



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

Lima, doce de julio
de dos mil veintiuno

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

I. MATERIA DE CONSULTA

Es objeto de consulta ante esta Sala Suprema, la **sentencia** contenida en la resolución número diecisiete de fecha catorce de setiembre de dos mil veinte, obrante a fojas ciento sesenta y ocho, expedida por el Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, **que resuelve inaplicar al caso concreto el artículo 364 del Código Civil por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado**, en tal sentido declaró fundada la demanda en todos sus extremos sobre *impugnación de paternidad matrimonial*; y, en consecuencia, el demandante [REDACTED] no es el padre biológico de la menor [REDACTED], así como nula el acta de nacimiento N° 90779153 extendida ante el Registro de Identidad y Estado Civil de Lima. Asimismo, nombra a [REDACTED] como padre biológico de la menor, que deberá [REDACTED] para cuyo efecto se cursa oficio a RENIEC a fin de que proceda a expedir nueva acta de nacimiento.

II. ANTECEDENTES PRINCIPALES DEL PRESENTE PROCESO

2.1. Por escrito de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, obrante de fojas trece a doce a quince, [REDACTED], interpone demanda de **impugnación de paternidad**, a fin de que se esclarezca su paternidad sobre la niña [REDACTED], dirigiendo la demanda



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

contra los co demandados [REDACTED]
[REDACTED]

2.2. Según resolución número tres de fecha quince de agosto de dos mil dieciocho, obrante de fojas treinta a treinta y uno, se tiene por apersonada a la curadora procesal de la menor, la misma que absuelve la demanda conforme al escrito de fecha trece de agosto de dos mil dieciocho, obrante a fojas veintiséis en el que sostiene que en base a los hechos expuestos en la demanda, es del criterio que la prueba que se deberá practicar es la del ADN al demandado, a la niña y al demandante, con la finalidad de demostrar científicamente quién es el padre biológico y legal de la menor, debido a que si bien es cierto el menor nacido dentro del matrimonio se le reputa al padre biológico al cónyuge, pues en este caso aún queda la incertidumbre que el demandante haya mantenido relaciones íntimas con su aún cónyuge durante la etapa de la separación.

2.3. Mediante escrito de fecha veinticuatro de setiembre de dos mil dieciocho, obrante a fojas cincuenta y cuatro a cincuenta y seis y subsanada a fojas sesenta y tres, los co demandados se apersonan al proceso, reconociendo la veracidad de los hechos, indicando que si bien contrajo matrimonio con el accionante con fecha veintitrés de julio de dos mil cinco, también es cierto que el diecinueve de abril del año dos mil ocho, se retiró voluntariamente del hogar conyugal, para radicar en la casa de sus padres sito en [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], encontrándose desde dicha fecha separados y ambos han rehecho su vida sentimental, por cuanto desde hace mucho tiempo convive con [REDACTED] [REDACTED] y fruto de esa relación han procreado a la niña [REDACTED] [REDACTED] nacida el veintiocho de marzo de dos mil dieciocho; sin embargo, ante la RENIEC no aceptaron inscribir a su hija con los nombres de su padre biológico, por lo que se vio obligada a inscribir a su hija con el apellido de su esposo hasta entonces, este acto lo hizo para que su hija tuviera identidad.



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

Señalan que es cierto que los recurrentes son padres de la menor al haber nacido durante su convivencia y dicha menor se encuentra bajo su protección y cuidado, por lo que debe ampararse la presente demanda a fin de que se determine la filiación de la menor y de esta manera pueda llevar los apellidos que le corresponde.

2.4. El Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, por **sentencia** contenida en la resolución número diecisiete de fecha catorce de setiembre de dos mil veinte, obrante a fojas ciento sesenta y ocho, **resuelve inaplicar al caso concreto el artículo 364 del Código Civil por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado.**

III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL

PRIMERO: El control constitucional ejercido por la autoridad judicial es el marco general del tema materia de consulta, debiendo anotarse sobre dicho mecanismo que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de constitucionalidad de las normas jurídicas: el control difuso y el control concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes reside en comprobar si todas aquellas normas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución Política del Perú, control que varía de acuerdo a la opción del constituyente.

SEGUNDO: De acuerdo al segundo párrafo del artículo 138 de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas. En otras palabras, dicho control instituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

constitucional, debiendo ejercitarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses, en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero, además, es un mecanismo idóneo de control de excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo, convirtiéndose así en un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado.

TERCERO: El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de procesos o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación entre un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Tal disposición debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso¹ y que contiene el siguiente enunciado: "*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución*".

CUARTO: Sobre el control difuso el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Así, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002-AA /TC, sentencia de fecha seis de agosto de dos mil, se dejó establecido que: "6. (...) *El control difuso de*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

*la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**: **a.** Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. **b.** Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. **c.** Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional². La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución Política del Perú. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.³.*

QUINTO: Por su parte, esta Sala Suprema en la Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE, de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, ha emitido pronunciamiento respecto al ejercicio del control difuso, estableciendo que los

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

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



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

fundamentos de su segundo considerando constituyen **doctrina jurisprudencial vinculante**, en el cual se precisó que: **“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos”**. Y en el fundamento dos punto cinco (2.5) ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: **“i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto sólo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso (...). iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma; (...). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...)**”. Tales reglas son valoradas en el presente caso por esta Sala Suprema, para evaluar el ejercicio de control difuso realizado por el **Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este** en la sentencia elevada en consulta.

SEXTO: Asimismo, esta Sala Suprema en el cuarto considerando de la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce -Consulta N° 17151-

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

2013- precisó que: “(...) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el ‘iter legislativo’, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental”.

IV. EXAMEN DEL CASO EN CONCRETO

SÉPTIMO: Fluye de la demanda, que el demandante entre los argumentos que señala afirma que el veintitrés de julio del año dos mil cinco, contrajo matrimonio con [REDACTED], ante la Municipalidad Distrital de Comas, quien con fecha diecinueve de abril del año dos mil ocho se retira voluntariamente del hogar conyugal [REDACTED] [REDACTED] distrito de Comas, para dirigirse a la casa de sus padres sito en el [REDACTED] [REDACTED], en la que actualmente reside. Añade que posterior a ello, cada uno se dio la oportunidad de rehacer su vida sentimental, postergándose por problemas económicos el divorcio, el cual se ha tramitado recientemente ante la Municipalidad Distrital de Comas, entidad que resolvió declarar la Separación Convencional, conforme a la Resolución de Alcaldía N° 0900-2018-MC de fecha diecisiete de mayo del año dos mil dieciocho. Sostiene que ha tomado

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

conocimiento que la demandada ha dado a luz a una niña nacida el veintiocho de marzo el año dos mil dieciocho, fruto de la relación que tuvo con [REDACTED]

[REDACTED]
la demandada ha inscrito ante el RENIEC a la referida menor como si fuera su hija quien le ha referido que las autoridades del RENIEC no le permitieron inscribir a su hija con el apellido del verdadero padre biológico, debido a que el nacimiento se produjo dentro de la relación matrimonial con el demandante que aún no se ha disuelto, por lo que solicita que mediante sentencia se declare que la niña nacida y concebida por [REDACTED] fruto de su relación sentimental con [REDACTED], inscrita ante el RENIEC, no es su hija, sino de los demandados.

OCTAVO: El artículo inaplicado regula el plazo para la acción contestataria de paternidad matrimonial, cuyo contenido establece:

- **Artículo 364 del Código Civil:** *"La acción contestataria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente".*

Del texto normativo se desprende que, en los casos de hijos nacidos dentro del matrimonio, se podrá negar la paternidad siempre que la acción contestataria se realice dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto o de su regreso, dependiendo de si estuvo o no presente dicho día.

NOVENO: La sentencia objeto de consulta considera que el artículo 364 del Código Civil deviene en inaplicable, por cuanto si bien la niña contaba a la fecha de interposición de la demanda (doce de julio de dos mil dieciocho) con más de tres meses de nacida, pues nació el veintiocho de marzo de dos mil dieciocho,



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

(partida de nacimiento de fojas tres), esto es un tiempo muy superior a los noventa días de ocurrido el parto, ***“importaría laafección de derechos sustanciales de la niña, como es el derecho a la filiación, el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda, así como el derecho del padre y de la madre a que se reconozca y ejerza su paternidad.”***, derechos que se encuentran reconocidos en el artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO: En relación al derecho a la identidad, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, prevé -como se ha adelantado- que toda persona tiene derecho a la vida, **a su identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; por otro lado el artículo 1 del Código Civil regula que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, y el artículo 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha cuatro de agosto de mil novecientos noventa y ratificada el catorce de agosto del mismo año, ha previsto que para los efectos de la Convención se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho (18) años de edad; y por tanto, según sus artículos 7 y 8 de la norma citada, el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; en esta Convención los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 18, señala que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

DÉCIMO PRIMERO: En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha remarcado en reiteradas ocasiones la protección constitucional con que cuenta en nuestro ordenamiento el derecho a la identidad, estableciendo que este “(...) *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 (...)*”⁴; y que comprende, entre otras cosas “(...) *el derecho a un nombre -conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica*”⁵. Por ende, el derecho bajo análisis exige conceder a toda persona la posibilidad de conocer en la medida que las circunstancias lo permitan quiénes son sus progenitores, a fin de que pueda formar adecuadamente su identidad a partir de este dato.

DÉCIMO SEGUNDO: Ahora bien, cabe resaltar que el caso del niño y del adolescente, el derecho a la identidad se encuentra reconocido en el artículo 6 del Código de Niños y Adolescentes, el mismo en el que se dispone:

“6.1 El niño, niña y adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a **tener un nombre**, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a **conocer a sus padres y llevar sus apellidos**. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

6.2 Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal de conformidad con el Código Penal.

6.3 En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos (...) [El resaltado es agregado]

⁴ STC N° 4509-2011-PA/TC, F.J. 10.

⁵ STC N° 550-2008-PA/TC, F.J. 10.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

Como se puede apreciar, **es deber del Estado preservar la identidad de los niños y adolescentes entendiendo como dicho derecho uno en el que involucra la preservación del derecho a tener un nombre, el conocer a sus padres y llevar sus apellidos**, derecho que en sentido del texto constitucional y el del Código del Niño y del Adolescente se extiende al desarrollo integral de su personalidad⁶.

Asimismo, la Corte Suprema de la República a través de su Sala Constitucional y Social Permanente en la Casación N° 950-2019/Arequipa de fecha veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis, ha destacado respecto al derecho a la identidad del menor, que se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos; debiendo ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en este 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; en tal sentido, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática,

⁶ La Constitución Política de 1993 en su artículo 2° inciso 1 cuando habla de los derechos fundamentales de la persona dice: "A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto le favorece". El primer párrafo del Artículo 6° del Código del Niño y del Adolescente describe como uno de sus derechos civiles: "A la identidad. - El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad." En esa orientación la preservación del derecho a tener un nombre, el conocer a sus padres y llevar sus apellidos, es denominada en doctrina "identidad estática", mientras que lo concerniente al desarrollo de la personalidad, al proyecto de vida es concebido como "identidad dinámica". Fernández Sessarego habla que esta identidad dinámica trasciende a la estática y se refiere a la "verdad personal o proyecto de vida" de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la "proyección social" de la persona. "...La identidad personal...que se proyecta socialmente...es dinámica, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involucre, cambia... tiene una connotación... (con) todo aquello que el ser humano hace en y con su vida..." (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. 1992: 25, 87, 88, 89, 108; El Derecho a la Identidad Personal, Buenos Aires: Editorial Astrea. Citado por María del Carmen Delgado Menéndez 2016 Lima Perú "El derecho a la identidad: Una visión Dinámica" Tesis para optar el grado de magíster en investigación jurídica Pontificia Universidad Católica del Perú).



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

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, 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; así, el conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

Este deber del Estado no solo es reconocido a nivel de la normativa nacional, sino que también por la Convención sobre Derechos del Niño, el que en su artículo 8 señala que: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas” [El subrayado es agregado]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fundamento décimo quinto de su resolución de fecha uno de julio de dos mil once, en el caso Medidas Provisionales respecto de Paraguay en el Asunto L.M., ha mencionado que: “En lo que respecta al derecho a la identidad, esta Corte ha señalado (...) que el mismo es un derecho humano fundamental que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos contenidos en la Convención, según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Así, tratándose de



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

niños, niñas y adolescentes, con base en lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a las relaciones de familia". [El resaltado es agregado]

Asimismo, en el artículo IX del Título Preliminar del antes citado Código de los Niños y Adolescentes, se reconoce el principio del interés superior del niño y del adolescente prescribiendo que: "*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente respecto a sus derechos*". [El resaltado es agregado].

En ese mismo sentido, el artículo X del Título Preliminar del cuerpo normativo señalado, establece que "*el Estado garantiza un sistema de administración justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos*"

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03744-2007-PHC/TC, estableció:

"(...) Es necesario precisar que, conforme se desprende de la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

protegidos del artículo 4 de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...).”

*Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia norma fundamental (artículo 4), debe ser especial en la medida en que **un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respecto de sus derechos durante el proceso.** Asimismo, tal atención debe ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.”*

Es más, sobre el referido principio del interés superior del niño y del adolescente a ser considerado en cuanto concierne a sus derechos, debe tenerse en cuenta la IV Disposición Final y Transitoria normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú; en ese sentido, debe tenerse presente que la **Convención sobre los Derechos del Niño** es un tratado internacional de derechos humanos de las Naciones Unidas, adoptada el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, suscrita por el Perú el veintiséis de enero de mil novecientos noventa y aprobada por el Poder Legislativo del Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa N° 25278 de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa, que considera niños a todo ser humano menor de dieciocho (18) años de edad y con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. La referida Convención de los Derechos del Niño **reconoce** el aludido “**principio del interés superior del**



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

niño”, en el apartado 1 de su artículo 3, señalando que: “**1. 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.**” (lo destacado es nuestro); lo que significa, pues, que el referido principio-valor del interés superior del niño se torna en **un derecho con autoridad constitucional**, por tanto, debe tenerse presente en los casos en los cuales están involucrados los derechos de los niños, como el presente caso, por lo que su evaluación debe ser **desde esa jerarquía normativa**.

Considerando lo desarrollado con antelación, esta Sala Suprema concluye que es obligación del Estado, a través de sus diferentes dependencias, proteger los derechos del niño y adolescente a fin de que cuando se tengan que tomar decisiones que involucren una posible afectación a sus derechos fundamentales, como lo es el derecho a su identidad, se vele por el interés superior de estos, lo cual implicará que se anteponga su interés ante cualquier otro interés en juego. En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 01587-2018-PHC/TC, fundamento dieciocho que “*el deber especial de protección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por su interés superior, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. **Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses resultado que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este deber ser preferido antes que cualquier otro interés.** Y es que **la niñez constituye un grupo de personas de interés y de***



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar siempre una atención preferente.”

[El resaltado es agregado]

En ese escenario y considerando la motivación expuesta sobre el particular por el [REDACTED], se hace necesario determinar si dicha intervención es válida o justificada constitucionalmente, lo que va en línea con la estructura de análisis a cargo de esta Sala Suprema, encaminada a establecer si el control difuso ejercido por el precitado órgano de justicia ha sido válido o no, traducida en la motivación de la decisión judicial, determinando si dicha actuación está conforme a los fines de salvaguardar la hegemonía de la norma constitucional, sin que se vulnere la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, ni exista una actuación contra el ordenamiento jurídico y/o se utilice el control difuso para fines distintos a los autorizados. Para ello, los lineamientos a seguir serán los establecidos como doctrina jurisprudencial vinculante fijados en la Casación N° 1618-2016-Lima Norte, como ya se había adelantado.

V. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL CASO CONCRETO:

DÉCIMO TERCERO: Considerando los antecedentes de la sentencia objeto de consulta, se tiene que el Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, inaplicó el artículo 364 del Código Civil por considerar que colisiona con el derecho a la identidad de la menor, dado que al establecer un plazo determinado para incoar la acción contestaria de paternidad matrimonial, impide la determinación de la filiación paterna biológica de la menor, debiéndose tener en cuenta que en el presente caso acorde al resultado de la prueba de ADN realizada por el Laboratorio BYOSYN – ADN, practicado sobre los co demandados, accionante y la menor,

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

ha quedado debidamente acreditado que el co demandado, [REDACTED] [REDACTED] el padre biológico de la niña [REDACTED] [REDACTED] que nació de la relación sostenida con [REDACTED] [REDACTED] así como el accionante [REDACTED] [REDACTED] no es el progenitor - padre biológico - de dicha persona, aunque figure su nombre y se le repute como tal.

DÉCIMO CUARTO: Al respecto, para que la norma inaplicada puede considerarse como válida o justificada, requiere pasar por los filtros (reglas) que se establecen en la Casación N° 1618-2016-Lima Norte, esto es, partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma legal inaplicada, realizar el juicio de relevancia, efectuar una labor interpretativa exhaustiva y aplicar el test de proporcionalidad:

i) Sobre la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad, esto es que se encuentra libre de vicios formales o materiales, cuyo contenido se vincule directamente con la optimización de los principios, valores y derechos que pretenden cautelar y proteger. Se aprecia que el aspecto formal del precitado texto legal se ve satisfecho, al observarse que su expedición se ha producido dentro del contexto contemplado en el ordenamiento constitucional, según se lee del texto normativo del artículo 102 de la Carta Magna, que contiene un conjunto de atribuciones que se le confiere al Congreso de la República, entre ellas, el de dar leyes (numeral 1). En lo concerniente a su aspecto material o de fondo, éste puede vincularse con la afectación a una norma sustantiva de la Constitución Política, por ejemplo, derechos fundamentales, garantías institucionales, principios constitucionales, prohibiciones, entre otros. La infracción material a la Constitución Política del Perú es única, esto es, la que deriva del hecho que la aplicación de una norma con rango de ley que afecte en el caso concreto una norma sustantiva del Texto Fundamental, que es precisamente lo que ha de verificarse en la

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

presente consulta. Al respecto, la disposición legal en principio no se encuentra afectada con vicio de inconstitucionalidad, dado que se trata de una norma que integra el cuerpo normativo del Código Civil promulgado conforme al procedimiento constitucional.

ii) El juicio de relevancia, que comprende el ejercicio del control difuso, significa que el órgano jurisdiccional tendrá que justificar y especificar en qué medida la solución del caso controvertido depende de la validez de la norma que se cuestiona, en cuya situación no es suficiente que la misma sea aplicable y relevante para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses que se conoce, sino que, además, la judicatura exponga en qué medida la validez o invalidez del precepto cuestionado condiciona la solución del conflicto sometido a su conocimiento.

Conforme a los hechos valorados por el Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, se tiene que el artículo 364 del Código Civil resulta aplicable al presente caso al tratarse de una demanda contestataria o de negación de paternidad en el marco de una filiación matrimonial entre el demandante con la demandada y su menor hija nacida el veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, lo que colisionaría con los derechos fundamentales de la menor, como su derecho a la identidad, según criterio expuesto en la sentencia consultada. Por tales consideraciones, la inaplicación realizada por el juzgado supera el juicio de relevancia.

iii) Efectuar una labor interpretativa exhaustiva, esto es que el órgano de justicia, en este caso, haya agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad del artículo 364 del Código Civil. Sobre el particular, si bien en la sentencia el Juez no precisa taxativamente acerca de la interpretación constitucional del artículo inaplicado, sí se precisan las razones por las cuales la norma inaplicada, aplicable al caso en concreto al tratarse de una demanda de impugnación de paternidad en el contexto de filiación matrimonial, la misma que no admite otra posibilidad de interpretación

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

constitucional en la medida que establece un plazo determinado para presentar la demanda de negación de paternidad.

Aplicación del Test de Proporcionalidad

iv) El test de proporcionalidad constituye un instrumento metodológico que se emplea para medir si el grado de limitación o restricción de un derecho fundamental, dispuesto por la ley o por alguna medida gubernamental, resulta compatible con la Constitución Política del Estado, con atención a la razonabilidad y proporcionalidad de la afectación del derecho involucrado. En el caso particular, el test de proporcionalidad está referido a una antítesis entre los principios y derechos constitucionales que subyacen tras la inaplicación del artículo 364 del Código Civil, en relación al derecho a la identidad que tiene todo niño y adolescente, reconocido por la Constitución Política del Perú.

El juicio o test de proporcionalidad, cuyo origen es atribuido a la justicia germánica, es en la doctrina y jurisprudencia internacional no sólo el medio más idóneo de arribar a la ponderación, sino también de realizarla. A nivel dogmático Robert Alexy ha establecido una estructura de tres niveles para la aplicación del test de proporcionalidad. El eje del cual parte su teoría es la consideración de los derechos fundamentales como principios. En tanto principios, los derechos fundamentales constituyen mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. La verificación respecto de las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales corre a cuenta de los subprincipios de idoneidad y necesidad, en tanto que el análisis respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales en cuanto a sus posibilidades jurídicas, corresponde al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁷.

⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal. 2ª edición, CEC, páginas 92 y 93



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

Estando a lo señalado anteriormente, la proporcionalidad se encuentra estructurada, a su vez, en tres subprincipios o niveles de evaluación: idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, los mismos que la doctrina nacional concibe como una estructura triádica, a saber: idoneidad, necesidad y ponderación⁸. El análisis acerca de si la norma inaplicada supera el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es una labor que debe estar precedida de la identificación de los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención.

iv.1 Primer nivel de análisis: Subprincipio de idoneidad.

El examen de idoneidad de la medida requiere de dos momentos: a) la identificación de un fin de relevancia constitucional; y, b) la determinación de si la medida es idónea o adecuada para lograrlo, esto es, la vinculación de los medios, la finalidad y el objetivo pretendido, donde las medidas se relacionan con fines constitucionales y a la par se persigue el logro de estados de cosas tangibles, de tal manera que se proscriben las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, coetáneamente, la vigencia o realización de algún otro principio o derecho.

En el caso que nos convoca se aprecia, que se supera el examen de idoneidad dado que con la inaplicación del artículo 364 del Código Civil se pretende garantizar al derecho a la identidad de la menor (artículo 2 inciso 1 de la Constitución), en lo relativo al derecho que le asiste de conocer a sus padres

⁸ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

biológicos y llevar sus apellidos; motivo por el cual la medida limitativa de derecho es lícita y coherente con los fines constitucionales asignados a la persona humana, y en específico atendiendo al interés superior del menor, superando este primer nivel del juicio.

iv.2 Segundo nivel de análisis: Subprincipio de Necesidad

El examen de necesidad requiere que la medida restrictiva adoptada sea la menos gravosa para el principio constitucional afectado, entre todas aquellas que era posible elegir para promover la vigencia del otro, lo que permite advertir dos etapas: primero, establecer la existencia de medidas alternativas que, siendo por lo menos igualmente satisfactorias, permitan satisfacer la finalidad perseguida (necesidad teleológica); y segundo, una vez determinada la existencia de estas medidas, establecer si es que se ha elegido aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se interviene (necesidad técnica)⁹.

En el presente caso se aprecia que la inaplicación del artículo 364 del Código Civil deviene en necesaria, desde que lo que se busca es proteger y garantizar el derecho a la identidad de la menor, procurando que aun cuando la acción de negación de paternidad no se haya interpuesto dentro del plazo que establece la ley, este sea admitida con la finalidad de establecer la verdadera filiación biológica de la menor; en esa perspectiva, la medida satisface este segundo juicio examinado.

iv.3 Tercer nivel de análisis: Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

⁹ <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/junio/11/1.pdf>



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE

El examen de ponderación implica compulsar los derechos y principios que han entrado en conflicto, para determinar cuál de ellos debe prevalecer sobre el otro en el caso concreto, es decir, que en este juicio de ponderación corresponde determinar si el grado de afectación de los derechos constitucionales es menor en comparación con el grado de satisfacción del derecho o bienes constitucionales que se pretende concretar con la medida legislada; en otras palabras, si resulta justificable la inaplicación de la exigencia del cumplimiento del requisito de interponer la demanda de impugnación de paternidad dentro de los noventa días contados a partir del día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente, en beneficio de la satisfacción del derecho a la identidad del menor, entre otros derechos y principios afectados.

Al respecto, consideramos que de un análisis de los hechos del caso concreto y verificando los elementos o circunstancias que llevaron a establecer al Juzgado que correspondía la inaplicación del artículo 364 del Código Civil, en el presente caso resulta justificable la no restricción para interponer la demanda de negación de paternidad vencido el plazo de noventa días, dado que si bien se ha determinado que el demandante [REDACTED] no es el padre biológico de la menor, también se ha establecido que el demandado [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] es el padre biológico de la menor, declarándose nula el acta de nacimiento de la menor y que se proceda a expedir nueva acta de nacimiento derivada de la declaración de nombramiento del demandado [REDACTED] como padre biológico de la menor. Por consiguiente, inaplicar el artículo 364 del Código Civil al caso concreto declarándose fundada la demanda no ocasionaría a la menor una lesión a su derecho fundamental a la identidad, sino todo lo contrario en su vertiente estática y en la vertiente dinámica, por tanto no se aprecia afectación alguna porque en definitiva permite establecer una relación paterno-filial

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

correlativa al lazo biológico [REDACTED]
[REDACTED] razón por el que se aprecia en el caso concreto una optimización del interés superior del menor, porque además de permitir conocer su paternidad biológica con certeza mediante la prueba científica del ADN consolida el desarrollo integral de la personalidad del menor, estableciendo el lazo paterno legal a partir de bases biológicas que pasa además por el tamiz de la voluntad de los involucrados, razón por la cual la medida de inaplicación del artículo 364 del Código Civil por el juzgador no es ajena a la finalidad de nuestro ordenamiento jurídico y responde a la axiología del derecho familiar de nuestro Estado, compatible con la dignidad del ser humano y conforme a las Cartas Internacionales que el Perú ha suscrito.

En ese sentido, el establecer la desafiliación legal del padre no biológico simultáneo al establecimiento de la filiación legal del padre biológico como acontece en la sentencia consultada, resulta correcto, porque además de gozar del nivel de certeza científica en el lazo biológico es acorde al interés superior del niño, verificándose en el presente caso, que la menor es beneficiada en su identidad estableciendo un lazo paterno filial más consolidado sin caer en desamparo.

DÉCIMO QUINTO: En tal sentido, en ejercicio del control difuso, esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente considera que no existe razón válida que justifique la necesidad de fijar en noventa (90) días el plazo para impugnar la paternidad por quien se considera con legítimo interés para interponer la demanda, al no ser el verdadero padre biológico de la menor, dado que ha quedado establecido durante el proceso, a través de las conclusiones vertidas en el resultado de la prueba de ADN realizada por el Laboratorio BYOSYN – ADN obrante de fojas ciento trece a ciento veintiséis, practicado sobre los co demandados, accionante y la menor [REDACTED]

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

██████████, al ser hija biológica del co demandado ██████████ ██████████ ██████████ de lo que se concluye que el accionante ██████████ ██████████, no es el progenitor - padre biológico - de dicha persona, aunque figure su nombre y se le reputa como tal.

DÉCIMO SEXTO: En ese contexto, esta Sala Suprema estima que el actuar del **Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este**, al preferir la norma constitucional sobre la ley ordinaria, no hace más que reconocer el principio de jerarquía normativa que nuestro ordenamiento constitucional prevé en su artículo 138 segundo párrafo, concordante con el artículo 408 inciso 3 del Código Procesal Civil, al regular que de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal ordinaria, los jueces dan preferencia a la primera y, para el caso de autos, al estar en discusión el derecho a la identidad, como se ha comprobado en juicio en mérito a los resultados de la prueba de ADN el demandante no tiene la calidad de padre biológico de la menor, siendo correcta la aplicación de la norma constitucional a la ley ordinaria en la sentencia consultada, anotándose que en la presente causa se ordena se expida nueva partida o acta de nacimiento por haberse establecido como padre biológico al demandado ██████████ ██████████

VI. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **APROBARON** la **sentencia** contenida en la resolución número diecisiete de fecha catorce de setiembre de dos mil veinte, obrante a fojas ciento sesenta y ocho expedida por el Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que resuelve inaplicar al caso concreto el artículo 364 del Código Civil por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 2264-2021
LIMA ESTE**

del Estado; en los seguidos por [REDACTED]
[REDACTED] sobre *impugnación de paternidad*; y los devolvieron.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Quispe Salsavilca.

S.S.

QUISPE SALSAVILCA

YAYA ZUMAETA

YALÁN LEAL

HUERTA HERRERA

BUSTAMANTE ZEGARRA

Maz/cda