



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

Lima, veinte de enero
de dos mil veintitrés

VISTOS; el expediente principal y el cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema;

I. ASUNTO:

Es materia de consulta¹ la inaplicación del inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, realizada en la sentencia contenida en la resolución número dieciocho, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno², emitida por el Décimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Lima, en ejercicio del control constitucional difuso; y, por tanto, declara fundada la demanda sobre adopción por excepción; en el proceso seguido por [REDACTED]

II. ANTECEDENTES:

1. De la pretensión contenida en la demanda

Por escrito de fecha veintiséis de marzo de dos mil dieciocho³, [REDACTED]

En principio, el recurrente refirió que la menor nació el seis de octubre de dos mil cinco, producto de la relación conyugal entre [REDACTED] sin embargo, la menor desde su nacimiento ha estado viviendo únicamente con su madre, esto hasta que cumplió cuatro años, momento en el que el recurrente habría iniciado una relación de convivencia con la madre de la menor, siendo el responsable desde aquel entonces de solventar los gastos de alimentación, educación, vestido y salud de la misma, al considerarla como su hija, brindándole cariño y protección al igual que a sus otros dos hijos [REDACTED], los cuales son producto de la relación convivencial con la madre de la menor.

¹ La decisión objeto de consulta ha sido elevada en forma directa debido a que contra la misma no se interpuso recurso de apelación.

² Obrante a fojas 225 del expediente principal.

³ Obrante a fojas 83 del expediente principal.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

Respecto al padre de la menor, pone en conocimiento que, desde el nacimiento de la misma, nunca ha mostrado interés por ella, ni se ha preocupado por cumplir con sus obligaciones principales, como el apoyo económico, amor, cariño y protección que necesita toda niña, las cuales él refiere haber cubierto.

Finalmente, alega que la menor se encuentra plenamente identificada en una relación de padre – hija con su persona, incluso le solicita constantemente a él y a su conviviente (madre de la menor), que le ayuden porque no quiere tener el apellido de su padre biológico porque no lo conoce.

2. De lo alegado por la parte demandada

Por el escrito de contestación a la demanda, de fecha veintidós de octubre del dos mil dieciocho⁴, [REDACTED] [REDACTED] (padre de la menor) después del nacimiento de su hija las abandonó; posterior a ello, cuando su hija tenía cuatro años de edad, tuvo una relación sentimental con el demandante, quien siempre le brindó a su hija el amor, cariño y protección que toda niña merece, sentimientos que afloraron naturalmente desde que lo conoció; agrega que da por cierto los medios probatorios adjuntados a la demanda.

3. Fundamentos de la sentencia materia de consulta

Se desprende de la sentencia contenida en la resolución número dieciocho, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno, que el Décimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, amparó la demanda interpuesta bajo los siguientes fundamentos:

- Del Protocolo de Pericia Psicológica N°3153-2018-SRJ-EM-PSI, se estima que se tiene por probado que la menor ha logrado integrarse a la familia que conforma con el demandante y la madre de la menor, y que el demandante cubre las necesidades no solo económicas sino también afectivas de la menor, lo que abona a la solvencia moral que requieren tener para prodigar afecto y seguridad a una menor de edad.
- Conforme al Informe psicológico realizado al demandante, no se evidencian razones por las cuales no sea capaz de asumir la crianza de una menor de

⁴ Obrante a fojas 136 del expediente principal

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

edad, sino por el contrario se evidencia un vínculo afectivo entre el demandante y la menor, así como la madre de la menor y los hijos habidos entre ambos.

- Del Informe Social se verifica que la familia conformada por el recurrente y la madre de la menor, conforman una relación de convivencia estable, lo cual fue corroborado por los testigos [REDACTED] [REDACTED] quienes testificaron que el demandante y la demandada tienen una relación de pareja estable desde el año dos mil nueve, con el que se cumpliría el requisito para considerarlos en unión de hecho estable que excede el requisito de los dos años de convivencia ininterrumpida; concordante con lo opinado por el Representante del Ministerio Público respecto a inaplicar el requisito matrimonial dispuesto en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, al haberse determinado que lo solicitado en la demanda favorecerá al interés superior de la menor [REDACTED], quien se encuentra integrada al núcleo familiar constituido por su madre con el demandante.
- En consecuencia, se ha llegado a acreditar que el demandante vive con la menor desde que tiene cuatro años de edad, existiendo consentimiento de la madre biológica en esta adopción, quien ha señalado que se encuentra viviendo con el demandante desde el año dos mil nueve, además, habiéndose acreditado la solvencia moral del demandante y adjuntándose los certificados negativos de antecedentes penales, que abona al hecho que sea persona de bien, en consecuencia, se han dado las condiciones legales para que la menor sea dada en adopción al demandante, declarándose fundada la demanda.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO: De la cuestión fáctica en concreto

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

- 1) El Acta de Nacimiento de la menor [REDACTED], del cual se desprende que esta nació con fecha seis de octubre de dos mil cinco, se inscribió como padres biológicos a [REDACTED]
- 2) El demandante [REDACTED] madre de la menor, convive con ambas desde el año dos mil nueve; y, solicita la adopción por excepción de la menor.

SEGUNDO: De la norma presuntamente contraria a la Constitución

El Juez del Décimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima ha ejercido el control constitucional difuso respecto de la siguiente norma del Código de los Niños y Adolescentes:

“Artículo 128.- Excepciones.-

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juzgado especializado, los peticionarios siguientes:

a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; y,

b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.” (...)

TERCERO: Norma constitucional presuntamente vulnerada

Constitución 1993

“De los Derechos Sociales y Económicos

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

CUARTO: Del mecanismo procesal de la consulta

- 4.1. En reiteradas sentencias, la Corte Suprema ha afirmado que el mecanismo procesal de la consulta opera como una suerte de garantía procesal, que tiene como fin último que la resolución emitida por el órgano jurisdiccional sea acorde a la Constitución, y que la medida correctiva de inaplicación de la norma al caso

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

concreto sea la más adecuada y pertinente desde una mirada constitucional. En ese sentido, se entiende que la consulta tiene por finalidad asegurar el interés de la ley, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo procesal que busca verificar el control de legalidad de la resolución por haberse contrastado con el texto constitucional, lo que permite al máximo intérprete jurisdiccional asegurar la correcta interpretación y aplicación de la ley dentro del marco de la Constitución.

- 4.2.** Respecto a ello, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-968-03, ha expresado lo siguiente: *“(...) A diferencia de la apelación, la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que esta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida (...)”*⁵.
- 4.3.** En nuestro sistema jurídico, el mecanismo procesal de la consulta opera por mandato legal, conforme ha sido previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Constitucional y el Código Procesal Civil; siendo que corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema validar el ejercicio del control difuso realizado por el juez, en todos sus niveles; de allí su importancia como mecanismo procesal que busca consolidar el ordenamiento jurídico observado desde la Constitución y el caso concreto.
- 4.4.** Al respecto, es necesario indicar que nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto al sistema judicial, contempla un esquema jerarquizado, cuya estructura consta de diversos niveles, según se determina en el artículo 26 del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS:
- La Corte Suprema de Justicia de la República

⁵. Véase en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-968-03.htm>



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA**

- Las Cortes Superiores de Justicia, integradas por Jueces Superiores
 - Los Juzgados Especializados y Mixtos
 - Los Juzgados de Paz Letrados
 - Los Juzgados de Paz.
- 4.5.** Con relación al control constitucional difuso, debe señalarse que el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que en todo tipo de procesos en los que los jueces ejerzan control constitucional difuso por existir incompatibilidad entre la norma aplicable al caso concreto y la Constitución, estos elevarán en consulta dicha sentencia, siempre que la misma no hubiese sido impugnada. Tal criterio también se aplica a las sentencias de segunda instancia que calcen dentro de este precepto.
- 4.6.** De igual forma, de conformidad con el artículo 408 del Código Procesal Civil, en todos los casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, se debe preferir la primera, es decir, proceder a ejercer el control difuso, y elevarse los actuados en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- 4.7.** El Código Procesal Civil, al regular el procedimiento de la consulta, no hace referencia al control constitucional difuso que ejercen los Jueces de Paz y Paz Letrado, solo se refiere a la consulta en el caso de determinadas resoluciones de primera instancia que no fueran apeladas, y de segunda instancia cuando no sean recurridas en casación; no obstante, se entiende que todos los jueces, incluidos los Jueces de Paz y Paz Letrado, cuando ejerzan control constitucional difuso respecto de una ley, sus pronunciamientos también deben ser elevados en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.
- 4.8.** Por lo tanto, puede aseverarse como premisa general que el ejercicio del control constitucional difuso, por mandato legal, tiene que ser aprobado o validado, lo que se realiza a través del mecanismo procesal de la consulta. También se puede afirmar que, por disposición de la ley, la consulta debe proceder en todos los procesos y especialidades de manera obligatoria, por lo que, de las normas mencionadas se desprende que es la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República el órgano jurisdiccional que debe conocer en

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

última instancia el ejercicio del control difuso, a través de este mecanismo procesal.

QUINTO: Del control constitucional difuso

5.1. Alcances generales

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

El control constitucional difuso no es una institución jurídica propia de nuestro sistema, esta aparece notoriamente en los Estados Unidos de América en el año mil ochocientos tres, con la sentencia expedida por la Corte Suprema de dicho país en el proceso judicial “Marbury versus Madison”, bajo el sustento de la supremacía constitucional; de tal pronunciamiento se coligen dos premisas de suma importancia para el estudio del control constitucional: la primera está referida a que la Constitución es la norma fundamental y suprema de una Nación; y, la segunda, a la nulidad de una norma que se dice contraria a la Constitución; de allí es que nace la facultad de los jueces de inaplicar una norma legal que contravenga a la norma constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano ha venido reafirmando que el ejercicio del control constitucional difuso corresponde a todos los jueces de la república como un poder-deber, por lo que resulta imperativo y obligatorio que el juez, en cada caso concreto, analice la constitucionalidad de la ley que va aplicar, conforme se advierte de la sentencia recaída en el Expediente N° 1679-2005-PA/TC [fundamento 2]: “(...) *El control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable (...)”.

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

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

5.2. Marco jurídico del control constitucional difuso

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

“Administración de Justicia. Control difuso.

Artículo 138.- (...)

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

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

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

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236° de la Constitución⁶, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. (...).”.

Y el primer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional novísimo ha regulado el control constitucional en el siguiente sentido:

“Artículo VII. - Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. (...).”.

5.3. Algunas reglas sobre el ejercicio del control constitucional difuso

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, ha afirmado que el ejercicio del control constitucional difuso es un

⁶ La referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138 de la Constitución Política vigente.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

deber del juez, y que por tanto, la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella; sino también como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda que los jueces de toda sede y grado procuren hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Constitución.

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

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

6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda **sea relevante para resolver la controversia sometida al juez**. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (*nemo iudex sine actor*).

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

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

A su vez, se han fijado excepciones a la regla antes señalada:

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

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

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

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA**

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

(iii) Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N.° 0014-2003-AI/TC y STC N.° 0050-2004-AI/TC)”.

Algunas de las reglas antes descrita fueron incorporadas en el artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, por lo que, es imperativo su cumplimiento:

Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma 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.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

5.4. La interpretación en el ejercicio del control constitucional difuso

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

los hechos probados, admitir ello implicaría desnaturalizar el control difuso de la constitución.

En relación con la norma constitucional, en general, según Freixes y Remotti la Constitución “(...) *contiene normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, principios y reglas. Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades. Las reglas contienen disposiciones específicas. Valor y regla están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa (...)*”⁷.

Dicho ello, debe tenerse presente que la técnica de interpretación llamada “(...) *ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas, no de aquellas que pudieran resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales que se producen en el seno de un mismo documento normativo*”⁸.

Al respecto, Daniel Vázquez explica el uso adecuado de la técnica de la ponderación en la interpretación constitucional, señalando cómo la doctrina en general lo precisa: “(...) *cuando dos principios entran en colisión, las herramientas mencionadas para la regla no operan, es aquí que se actualiza la ponderación, es precisamente este aspecto el que lleva a Alexy (1993 y 1994) a afirmar que la ponderación es inherente a la aplicación de los principios. En términos de Alexy “Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más que por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren de ponderación. La Ponderación es la forma característica de la aplicación de principios*”⁹.

En esa línea, reafirmando lo anteriormente señalado, el profesor José Carlos Remotti expresa lo siguiente: “*La técnica de la ponderación o balancing resulta,*

⁷ Freixes, Teresa, y Remotti Carbonell José. 1992. Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 98-99. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79458.pdf>

⁸ Prieto Sanchís, Luis. 2002. *Derechos Fundamentales. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Palestra Editores; p. 212.

⁹ Daniel Vázquez. 2016. *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar*. Universidad Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas; p. 20

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

pues, una herramienta clave para la resolución de conflictos entre valores constitucionales, entre principios constitucionales o en, su caso, entre derechos constitucionales, es decir entre instituciones de la misma naturaleza, estructura y función constitucional”¹⁰.

Sobre el método de interpretación que debe utilizarse en el ejercicio del control difuso, el profesor José Carlos Remotti¹¹ señala: *“Por el contrario, la ponderación no sería la técnica adecuada frente al conflicto que los derechos o demás reglas, valores y principios e instituciones constitucionales pudieran tener con bienes, aspiraciones o intereses sociales extraconstitucionales, puesto que el juez es garante de la Constitución y debe hacerla prevalecer por más clamor social o sintonía que pueda tener con aquellas aspiraciones o intereses sociales que pudieran estar en contradicción con lo establecido por la norma constitucional. Para estos casos es bueno recordar que la ponderación es una herramienta válida para resolver conflictos entre instituciones constitucionales (de la misma naturaleza). Si lo que se pretende es el reconocimiento de una pretensión individual o colectiva que esté fuera o en contradicción de los valores, principios o derechos constitucionales, lo que procede es iniciar el proceso de reforma constitucional. Además, la ponderación tampoco procedería en los casos de conflictos que pudieran producirse entre reglas, derechos, contenidos materiales, instituciones valores, principios constitucionales y lo establecido en una norma o disposición con valor de ley. **Lo establecido en una ley no se puede ponderar con lo establecido en la Constitución, sino que se tiene que adecuar a ella.** En ese caso, lo que procedería por parte del juez al ejercer el control difuso es la aplicación del imperativo constitucional, aplicando principios como el de adecuación o conformidad, pero en ningún caso la ponderación. Lo que sí correspondería al juez (...) es analizar si el legislador, al aprobar la ley en cuestión, ha ponderado adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales”* (negrita y subrayado nuestro).

En ese sentido, corresponde, en el ejercicio del control constitucional difuso, adecuar la norma a la Constitución, por lo que se requiere utilizar los criterios de aplicación normativa por jerarquía, orden cronológico o de especialidad, dejando

¹⁰. Remotti, José Carlos. 2017. “Prologo” en Cartolin Pastor, Pedro. *El mecanismo Procesal de la Consulta en el Control Constitucional Difuso*; San Marcos; Lima; p.16.

¹¹. Remotti, José Carlos; Ob. Cita; p. 17.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA**

de lado el método de interpretación de ponderación; puesto que, en el control constitucional difuso está en conflicto una norma de rango legal frente a una de rango constitucional; no obstante, de presentarse en el caso en concreto una colisión entre dos principios o normas constitucionales, claramente evidenciada, corresponderá recurrir a la técnica de la ponderación; en todo caso, respecto de la norma en conflicto, deberá evaluarse si el legislador, al aprobar la ley cuestionada, ponderó adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales, como bien lo ha señalado el profesor José Carlos Remotti.

SEXTO: Análisis de la norma inaplicada en la sentencia consultada

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

6.1. Descripción de lo que es materia de consulta

En el caso de autos, es en mérito a los medios probatorios actuados durante el proceso, que el Juez sustentó la necesidad de inaplicar para el presente caso el inciso a) del artículo 128 del Código de Niños y Adolescentes; y, de esa forma acceder a la pretensión del demandante de “adopción por excepción”, con el fin de que se declare a [REDACTED] como hija de [REDACTED]
[REDACTED]

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

En muchas ocasiones, las autoridades encargadas de resolver los problemas concernientes al derecho de familia, en los que se discutieran intereses de menores de edad, han considerado a los adultos intervinientes como los únicos afectados en el proceso judicial, mientras que los menores de edad han sido valorados no como sujetos de derecho –esto es, personas–, sino como objeto de protección jurídica.

Por lo tanto, aquellos quienes conozcan y decidan con relación a derechos de menores deben actuar con suma responsabilidad, realizando un adecuado ejercicio de ponderación que tutele de manera efectiva el interés superior del menor, de forma tal que se superen aquellas interpretaciones en donde los derechos que le asisten a este son tratados bajo el amparo de normas que



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

terminan constituyéndose en cómplice de la ruptura de la filiación, la cual –como veremos más adelante– no solo se agota en el ámbito biológico y legal, sino que alcanza la esfera psicológica del menor, generando una identidad y posición de estado de familia que le permita un desenvolvimiento correcto dentro de la sociedad; por ello, lo que se estime en cada caso singular debe sujetarse a lo señalado en el artículo 3 de la Convención del Niño y del Adolescente, no en el sentido de considerar a la protección del menor como el fin de la norma, sino por el contrario, el menor y su bienestar deberán ser la base que conduzca las actuaciones de la sociedad y el Estado; bajo ese concepto, consideramos que el sistema normativo debe interpretarse de la manera más favorable para el menor.

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

Es importante resaltar que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en concordancia con la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, y a nivel nacional, los artículos 9 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, consagran, respectivamente, el derecho de todo niño, niña y adolescente no solo a expresar su opinión, deseo y sentir sobre una controversia en la que se encuentra inmerso, sino, sobre todo, a que dicha opinión sea tomada en cuenta, valorada por el operador jurídico al resolver la *litis*, en clara materialización del principio del interés superior del niño.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

consignándose expresamente que en los actos judiciales en los que participen menores de edad se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral.

De ahí que en concordancia con la Regla 78 antes referida, el Poder Judicial aprobó el “Protocolo para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial en el marco de ejecución del Plan Nacional de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad 2016-2021”¹².

De igual forma, la Ley N° 30466¹³ establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, definiéndolo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento; y del mismo modo, que el derecho del niño a expresar su propia opinión es una garantía procesal, y por ello resulta indispensable no solo escuchar la opinión del niño, sino que además la autoridad respectiva debe tomarla en cuenta al momento de resolver.

De ahí que la valoración que efectúe el Juez debe estar acompañada del uso de herramientas que no revictimicen o causen un perjuicio al estado emocional del menor, puesto que –como se ha señalado– el derecho del niño a ser escuchado y a que sea tomada en cuenta su opinión por parte de las autoridades que van a resolver procesos en los que se encuentren afectados sus derechos, tiene sustento legal en la convención citada en el párrafo precedente, estableciendo no solo un derecho en sí mismo “*sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos*”¹⁴.

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

¹² Protocolo aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 228-2016, de fecha 31 de agosto del 2016.

¹³ Publicada el 17 de junio de 2016 en el diario oficial “El Peruano”.

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado*. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño; p. 203. Recuperado de <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

través de un profesional en psicología, previsto según el protocolo en el uso de este sistema para entrevistas únicas.

6.3. Cuestiones previas relevantes:

Conforme lo refiere el doctor Fernández Sessarego, existe cuatro categorías de sujetos de derecho, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil: **a)** Las dos primeras categorías de sujetos de derecho, que están en relación al término persona, son la persona natural, referida al ser humano a partir de su nacimiento, y la persona jurídica, referida a la persona en su forma colectiva y organizada constituida formalmente como tal; y **b)** las otras dos categorías de sujetos de derecho, a quienes no se les atribuye la denominación de persona pero, al existir vida humana, cuentan con la calidad de sujetos de derecho, son el concebido y los colectivos u organizaciones de personas que no se encuentran formalmente constituidas.

Por ello, es necesario distinguir lo que implica ser un sujeto de derecho, en su categoría de ser persona natural, y lo que representa el objeto de protección jurídica. Así, expone que *“[l]os ‘derechos de la persona’ tienen la característica fundamental de que el objeto de protección jurídica se encuentra situado en el ámbito de la persona misma, del sujeto de derecho. El que el objeto de aquellos derechos se halle en el mundo personal, dentro del contorno mismo del ser humano, no significa, por cierto, que pueda haber una confusión entre el sujeto y el interés materia de tutela jurídica. El sujeto de derecho, en este caso, es el ser de la persona, lo que el hombre es en cuanto hombre. El objeto o interés sujeto a protección jurídica está constituido por aquello que sirve a la persona para existir, para ser ella misma, para realizarse conforme al llamado de su vocación dentro del contexto social al cual pertenece”*¹⁵.

En esa línea, resulta relevante la posición asumida por [REDACTED], en relación a poder identificar al menor de edad como sujeto de derecho, en el marco de la doctrina de protección integral vigente a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, considerando anacrónica la concepción de la

¹⁵ Fernández Sessarego, Carlos. 1985. Exposición de motivos y comentarios. Código Civil IV. Derecho de las Personas. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Perú- Pág. 56.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

doctrina de la situación irregular respecto al niño como objeto de protección, al señalar lo siguiente: *“El hecho de considerar al niño como ‘sujeto de derechos’ tal cual lo entiende la doctrina de protección integral, o como objetos de ellos (doctrina de la situación irregular) tiene serias implicancias que a la postre se ejecuten. La llamada doctrina de la situación irregular concibe a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales. Una definición basada en lo que no saben, no tienen, o no son capaces. De ahí que sean objeto de protección. En efecto, si se les considera como objetos de derechos no serán sus derechos los que deban ser protegidos, sino el niño mismo. A la inversa, considerado como titular de derechos, son éstos los que merecen protección”*¹⁶.

❖ **LA ADOPCIÓN**

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

Asimismo, en el artículo 377 del Código Civil se establece que por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea; requiriéndose los siguientes requisitos: *“Artículo 378.- Requisitos para la adopción, Para la adopción se requiere: 1. Que el adoptante goce de solvencia moral; 2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar; 3. Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge; 4. Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concurra el asentimiento del otro conviviente; 5. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años; 6. Que asientan los padres del adoptado si estuviere bajo su patria potestad o bajo su curatela; 7. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz; 8. Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales; 9. Que, si el*

¹⁶ Weinberg, Ines M. 2002. Convención sobre los Derechos del Niño. Rubinzal-Culzoni Editores. Ciudad de Buenos Aires. Pág. 99 -100.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.”

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

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

❖ **ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN**

La adopción en el ordenamiento peruano es una medida de protección, cuyo procedimiento se ejecuta en la vía administrativa a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección General de Adopciones¹⁷; y, excepcionalmente, se realiza a través de la vía judicial en dos supuestos señalados en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes.

Tratándose del supuesto de adopción por excepción, previsto en el artículo 128 del citado código, una persona puede adoptar al hijo o hija de su cónyuge, para lo cual se requiere el consentimiento del padre o madre biológica del menor de edad por adoptar; sin embargo, en el presente caso el recurrente no se ha casado con la madre de la menor, pero si convive con ella, y es justamente ese el motivo por el cual el juez inaplica el mencionado artículo, a fin de conceder la adopción por excepción, considerando que dicha norma contraviene lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

❖ **POSESIÓN DE ESTADO DE FAMILIA**

El **estado de las personas** es, a decir del jurista Guillermo Borda, *“la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad; o para decirlo con más propiedad, es el*

¹⁷ Según el Decreto Legislativo N° 1297- Decreto Legislativo Para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, publicado el 30 de diciembre de 2016 en el diario oficial “El Peruano”.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

*conjunto de cualidades que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos*¹⁸. *“Es por ello importante resaltar en este orden de ideas que “el estado de las personas se vincula directamente con los derechos que le corresponden al hombre como tal, como miembro de la familia y como ciudadano”*¹⁹.

Como bien lo expresa el referido autor, el estado se puede apreciar desde tres puntos de vista: con relación a las personas, con relación a la familia y con relación a la sociedad; entendiendo al **estado de familia** como *“la posición que la persona detenta en su familia, dependiendo de los distintos vínculos familiares que tenga con quienes forman parte de la estructura familiar, como cónyuge, progenitor, hermano/a, tío/a, sobrino/a, nieto/a, abuelo/a, yerno/nuera, suegro/a, entre otros”*²⁰.

Para poder precisar la posesión del estado de familia, partiremos por atender el significado de la palabra poseer: *“Dicho de una persona de tener en su poder algo”*²¹; de ello se puede inferir que quien ‘posee’ es la persona que aparece como titular, sea cierta o no su titularidad, de ahí que la posesión resulte ser una situación de hecho.

En tal sentido, la posesión de estado de familia es el goce de determinado estado de la persona en su entorno familiar con o sin título de estado. Sobre ello, Fanzolato refiere que *“la posesión de estado de familia es el goce público, notorio y constante de una determinada situación familiar que surge del prolongado ejercicio fáctico de los derechos y obligaciones propios de la misma, con prescindencia de que quien los ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él”*²².

Habrá entonces una **posesión de estado de familia** cuando una persona disfrute de un determinado estado de familia independientemente de si tiene el título en relación al mismo estado. Así, se puede decir que existe la posesión de estado de familia cuando alguien ocupa una determinada situación familiar, en

¹⁸ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil – Parte General. Tomo 1. Editorial Abeledo - Perrot. 1999; Pág. 362.

¹⁹ Borda, Guillermo A. 1999. Ob. Cit., Pág. 363.

²⁰ Krasnow, Adriana N. Directora. Manual de derecho de familia. Varios autores. Astrea. Buenos Aire - Bogotá- Porto Alegre. 2016, página 38.

²¹ Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Tomo 8, 2001; Pág. 1228.

²² Fanzolato, Eduardo. Derecho de familia. Buenos Aires. Advocatus. 2007, página 170.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

cuanto hijo, padre, etc., y goza de las ventajas de dicha relación de parentesco, así como de las responsabilidades que de ella se deriven.

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

De acuerdo a la doctrina clásica, la posesión de estado de hijo debe estar integrada siempre por los tres elementos expuestos con anterioridad, a saber: el nombre, que implica el uso del apellido familiar; el trato, es decir el comportarse socialmente como hijo; y la fama, es decir el trato vinculado con la pertenencia a determinada familia, tanto al interior de ella como a nivel de la sociedad. Al respecto, la doctrina moderna reconoce en la actualidad como único elemento fundamental de la posesión de estado al trato o *tractatus*. En este sentido como lo señala Mizrahi, “[l]a posesión de estado consolidada constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico. Se excluyen los supuestos en que la relación fáctica familiar tiene su origen en la comisión de delitos y cuando han mediado reclamos positivos por parte de la familia biológica del hijo. En cualquier caso, existirá a favor de quien se considere posible titular del vínculo genético, una acción autónoma de conocimiento de la realidad biológica sin efectos emplazatorios ni desplazatorios de la filiación; y en tanto el ejercicio de tal acción no afecte el interés superior del niño”²³.

De otro lado, la posesión de estado en materia de filiación se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el *status* de hijo en relación a otra, al margen de que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica. En otras palabras, “la posesión de estado de filiación es el resultado de un cúmulo de circunstancias que, referidas a una persona, por un considerable período de

²³ Mizrahi, Mauricio Luis. 2004. Perspectivas del derecho de Familia en el siglo XXI. Ponencia presentada en el XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Sevilla, Huelva.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

*tiempo, acreditan que dicha persona goza, de hecho, de la situación correspondiente a la de su hijo, aun cuando no exista un título justificativo del mismo*²⁴.

Conforme lo refiere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República²⁵: *“El estado constante de familia afirma la filiación (...)”*; es decir, la continuidad del vínculo y apego seguro en una relación intrafamiliar, brindada de adultos a niños, permite considerar la existencia de un vínculo filiatorio por el estado constante de llevar una vida en familia. Asimismo, según Varsi Rospigliosi, la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es *“una forma de estado de familia. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: estado jurídico, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; estado civil, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad”*²⁶.

Es por tanto, a través de la posesión del estado o el estado constante de familia que puede comprobarse la existencia de una relación de filiación o de parentesco, condiciones básicas para la existencia de una familia, entendida esta como *“grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”*²⁷, y como tal debe ser protegida por la comunidad y el Estado.

❖ **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

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

El principio del interés superior del niño se encuentra amparado tanto en nuestro ordenamiento jurídico, como en el internacional. Así, el acotado principio se

²⁴ Gonzales, M. 2013. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. En: Colección Monografías de Derecho Civil: Universidad de Piura, p. 67.

²⁵ Casación N° 2726-2012, Del Santa, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre impugnación de reconocimiento de paternidad.

²⁶ Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima 2004, página 89.

²⁷ Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Tomo 5, 2001; Pág. 703.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

encuentra previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y en la Ley N° 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

Este principio no constituye una simple recomendación ética, sino una directriz determinante que representa un importante cambio en la concepción que se tiene sobre el niño, quien deja de ser objeto para ser considerado como sujeto de derechos, lo que implica el reconocimiento de su participación como actor de cambios dentro de los espacios sociales donde se desarrolla: la familia, la escuela, la comunidad, entre otros.

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

6.4. Interpretación de normas

En torno a la interpretación de normas, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.° 03088-2009-PA/TC lo siguiente: **“Sólo a través de la interpretación se podrá aspirar, con la mayor expectativa de éxito, a encontrar la más definida voluntad de la norma jurídica o del mandato judicial para la solución del caso concreto**, a efectos de optimizar el valor justicia. Para el cumplimiento de esta noble finalidad, este Supremo Colegiado, teniendo como base la identidad estructural entre una norma jurídica (que contiene un mandato preceptivo compuesto de supuesto de hecho y consecuencia) y un mandato judicial (que contiene una regla de comportamiento - obligación de dar, hacer o no hacer), tiene a bien establecer la ineludible obligación del operador judicial, juez o sala superior encargado de ejecutar lo resuelto en el proceso judicial, de valerse de los siguientes métodos de interpretación jurídica: el literal, el histórico y el finalista (ratio mandato), a efectos

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

de evitar incurrir en futuras vulneraciones del derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada” (el énfasis es nuestro).

Así, entre las reglas que recoge nuestro ordenamiento jurídico para resolver estos problemas, encontramos aquella que dicta que la disposición especial prima sobre la general, lo que quiere decir que, si dos normas con rango de ley establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más restringido, primará esta sobre aquella en su campo específico²⁸.

Para enfrentar este conflicto normativo, el profesor Luis María Díez-Picazo señala que “(...) para resolver los problemas suscitados por la presencia de antinomias en los ordenamientos jurídicos, se han elaborado en sede de Teoría General del Derecho tres criterios abstractamente posibles –lo que no significa que hayan de existir en todo ordenamiento positivo– de resolución de esas antinomias. Dichos criterios son: el jerárquico –según el cual la norma de rango superior prevalece sobre la de rango inferior–, el cronológico –según el cual la norma posterior prevalece sobre la anterior– y el de la especialidad –aplicable tan solo a las antinomias parciales, según el cual la norma de contenido más particular o concreto prevalece sobre la de contenido más general o abstracto–. En este último criterio, sin embargo, no queda incluido el principio de competencia, en virtud del cual ciertos ámbitos materiales o territoriales quedan reservados a determinados tipos de normativos”²⁹.

En relación con el método de interpretación literal de la norma, el profesor Marcial Rubio sostiene lo siguiente:

“(...) consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de reglas lingüísticas **propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producida la norma**, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma. Es decir, el método literal trabaja con la **gramática y el diccionario**”³⁰ (énfasis agregado).

²⁸ Rubio Correa, Marcial. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Perú. Fondo Editorial PUCP. Décima Edición; p. 137.

²⁹ Díez-Picazo, Luis María. (1990). *La Derogación de las Leyes*. Madrid. Editorial Civitas. Primera Edición; p. 69-70.

³⁰ Rubio Correa; *Óp. Cit.*, p. 238.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

Por su parte, respecto del método de interpretación de la *ratio legis* (razón de ser de la norma), el profesor Rubio Correa expresa lo siguiente:

“(...) otorga significados a partir de la precisión de la razón de ser de la norma. Esta razón de ser es distinta de la intención del legislador y de la ratio iuris, concepto de mayor abstracción. Es un método importante, reconocido y en verdadero ejercicio en nuestro medio jurídico.

(...) El Tribunal Constitucional, luego de sostener que la interpretación literal es insuficiente añade que el intérprete: ‘Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucional comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes (...)’.

Este es un llamado del Tribunal [a] comprender no solamente la literalidad de las normas que establecen los derechos, sino su contenido mismo, es decir, el sentido de lo que el derecho establecido protege: su razón de ser para la protección de la persona³¹ (énfasis agregado).

De igual manera, respecto del método de interpretación sistemática, el profesor Rosendo Huamani Cueva, comenta lo siguiente:

“Por las características del ordenamiento jurídico, y la ubicación de la norma tributaria en tal sistema, también debemos tener en cuenta a la interpretación sistemática (método por el cual se interpreta la norma considerando la estructura del ordenamiento jurídico; así, **se evalúa su ubicación en el mismo y su vinculación con las demás normas, a la luz de las instituciones y principios generales que las rigen**). Marcial Rubio nos habla de dos modalidades del método sistemático: el método sistemático por comparación de normas (si hay dos normas que son más o menos homogéneas en sus mandatos, comparara una con otra permite enriquecer la interpretación de una en función de la otra) y el método sistemático por ubicación de la norma (‘Toda norma tiene uno o más lugares dentro del Derecho. **En ese lugar, interactúa con otras normas y, el conjunto de ellas, permite que dentro de esa ubicación cada norma enriquezca su significado y regule específicamente un determinado campo de la realidad excluyendo a los demás**’)³² (énfasis agregado).

³¹ Rubio Correa; *Óp. Cit.*, pp. 241-242.

³² Huamaní Cueva, Rosendo. 2011. *Código Tributario Comentado*. Lima, Perú: Jurista Editores; p. 142.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

El principio de especialidad es aquel que señala que en un supuesto de conflicto normativo la norma especial prima sobre la general. Al respecto, el profesor Etala señala que “[e]l problema de las antinomias solo se plantea con toda su agudeza cuando dos normas incompatibles son igualmente válidas y no existen reglas generales que permitan, en el caso concreto, otorgar prioridad a una o a otra: Así, en el caso de conflicto entre una ley general y una ley especial, consideraremos que el legislador, quiso, a través de la legislación especial, derogar la regla general, cuyo campo de aplicación queda limitado automáticamente y de este modo la antinomia se elimina”³³.

De otro lado, el artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, señala que cuando el juez ejerce el control difuso deberá realizarlo siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución, es decir, el ejercicio del control difuso se convierte en ultima ratio, dado que el juez debe utilizar los métodos de interpretación que el sistema jurídico contempla para llegar a dar solución al posible conflicto normativo que se presente al momento de tomar una decisión, antes que inaplicar una norma por ser inconstitucional.

Cabe precisar la Corte Suprema en diversas decisiones ha declarado nula la elevación en consulta cuando verifico que el conflicto normativo fue resuelto mediante el ejercicio interpretativo de acuerdo con los métodos de interpretación que el sistema jurídico provee.

En ese sentido, debe señalarse que en la Consulta recaída en el Expediente 1841-2011³⁴ se determina el carácter excepcional del ejercicio del control difuso; “... Que, con relación al control constitucional, es preciso 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 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 que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido

³³ Etala, Carlos Alberto. (2016). *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*. Argentina. Marcial Pons; pág. 21.

³⁴ Cartolin Pastor, Pedro; Ob. Cit. 106 a 107

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

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 estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, solo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución. ...”

6.5 El caso en concreto

Corresponde analizar si existe un conflicto constitucional entre el artículo 128 del Código de Niños y Adolescentes, relacionado a la posibilidad de que el conviviente pueda adoptar, conforme a las reglas de la adopción por excepción, frente al derecho a la protección del niño y la familia, previsto en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado.

Al respecto, se debe tener presente la normatividad que regula el tema planteado, a efecto de poder analizar si es posible una interpretación de la norma cuestionada en el sentido que si se permite al cónyuge adoptar bajo el supuesto de excepción señalada en la norma cuestionada:

i. Código Civil

Artículo 326.- Unión de hecho

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años contínuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos,

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indevido.

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Artículo 377.- Noción de la adopción

Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Artículo 378.- Requisitos para la adopción* ³⁵

Para la adopción se requiere:

1. Que el adoptante goce de solvencia moral.
2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
3. Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.
4. Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concorra el asentimiento del otro conviviente.
5. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
6. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
7. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
8. Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.
9. Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

Artículo 382.- Prohibición de pluralidad de adoptantes *

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges o por los convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del presente Código.

³⁵ Norma modificada por Ley N° 30311 – Publicado Miércoles 18 de marzo de 2015

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

ii. Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos –Decreto Legislativo N° 1297

Capítulo II

ADOPCIÓN

Artículo 124.- Personas que pueden solicitar la adopción

Puede solicitar la adopción de una niña, niño o adolescente:

- a) Cónyuges.
- b) Integranes de unión de hecho con declaración notarial vigente.
- c) Personas que deseen conformar una familia monoparental.

iii. Código de los Niños y Adolescentes

“Artículo 128.- Excepciones.-

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juzgado especializado, los peticionarios siguientes:

- a) *El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; y,*
- b) *El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.” (...)*

En el caso de autos se advierte que el juez de la causa ha realizado una interpretación el inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, conforme se advierte del considerando 5.3. de la sentencia elevada en consulta, además interpretando dicha disposición invocó el interés superior del niño.

Al respecto, utilizando el método de interpretación sistemática y finalista de la ley, debe señalarse que, el Código Civil y la Constitución reconocen la unión de hecho para fines patrimoniales, sin embargo, con la modificación del artículo 326 del Código Civil (Ley N° 30007, publicada el diecisiete de abril de dos mil trece), se establece que, la unión de hecho tiene como finalidad cumplir los deberes semejantes a los del matrimonio, reconociéndole además derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio; y, la adopción en general regulado en el Código Civil, establece como requisitos para la adopción, entre otras (artículo

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA**

378, inciso 4 – Según modificación realizada mediante la Ley N° 30311 – publicada el dieciocho de marzo de dos mil quince), que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326 concurre el asentimiento del otro conviviente; en igual sentido, lo reconoce el artículo 382, cuando señala que nadie puede ser adoptado por más de una persona a no ser por los cónyuges o convivientes, conforme lo señala el artículo 326 del mismo texto legal; de igual forma se estableció en el artículo 379 que la adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, Código de Los Niños y Adolescentes, entre otras disposiciones legales; asimismo, el Decreto Legislativo N° 1297 reconoce en su artículo 124, inciso b), que los integrantes de una unión de hecho con declaración notarial vigente pueden solicitar la adopción de niña, niño o adolescente.

Conforme a la normatividad antes descrita, y de acuerdo con una interpretación sistemática y finalista del inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes puede afirmarse que los integrantes de una unión de hecho pueden iniciar, en vía de excepción, la acción judicial de adopción; lo que importa reconocer que dentro de dicho dispositivo legal no solo se le reconoce a los cónyuges sino también a los convivientes iniciar la acción judicial de adopción por excepción; a dicha conclusión se llega realizando una interpretación de la norma, y de acuerdo con lo previsto en el artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, en cuanto afirma que el juez cuando ejerce el control difuso deberá realizarlo siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución, lo que supone que el Juez de la causa cuando tenga un conflicto normativo debe resolverlo utilizando los métodos de interpretación que el sistema jurídico prevé, dada la presunción de constitucionalidad que tiene toda ley; por lo que, siendo ello así y no advirtiéndose en la sentencia materia de consulta la necesidad del ejercicio del control difuso, dado que el conflicto normativo ha sido resuelto mediante una interpretación de las normas del sistema jurídico, corresponde declarar nulo el extremo que ordena elevar en consulta la sentencia.

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expresados, **DECLARARON NULA** el extremo que dispone la elevación en consulta de la sentencia contenida en la resolución número dieciocho de



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 23384-2022
LIMA

fecha treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno, obrante a fojas doscientos veinticinco, emitida por el Décimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que **INAPLICÓ** el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes; y, declaró fundada la demanda de adopción por excepción, interpuesta por [REDACTED]; ORDENARON se devuelvan los actuados al juzgado de origen. **Juez Supremo Ponente: Cartolin Pastor.**

S.S.

AMPUDIA HERRERA

CARTOLIN PASTOR

LINARES SAN ROMÁN

LLAP UNCHON

CORANTE MORALES

Vkma/bma