



**CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE**

Lima, diez de abril
de dos mil dieciocho.-

I. VISTOS,

1.1. Objeto de consulta

La sentencia contenida en la resolución número veintiuno de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, obrante a fojas doscientos treinta y cuatro del expediente principal, que resuelve **inaplicar la norma contenida en la disposición del artículo 364 del Código Civil**, por considerar que dicha norma colude con el derecho de identidad del menor, el cual se encuentra consagrado en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política, así como en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

Al sustentar la inaplicación de la norma contenida en la disposición del artículo 364 del Código Civil, la sentencia consultada señala que se debe inaplicar dicha norma, la cual establece un plazo de noventa (90) días contados desde el día siguiente del parto para interponer la acción constetatoria de paternidad, ya que ante tal situación en el presente caso el derecho de impugnar del demandante habría caducado, por cuanto a la fecha de presentación de la demanda, el menor cuya reconocimiento se impugna ya tenía casi ocho años de edad y no se encontraba en ninguno de los supuestos del citado artículo 364, precisando que dicha norma colisiona con el derecho de identidad del menor de iniciales I.R.C.D.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Es objeto de pronunciamiento la consulta de la sentencia de primera de instancia, por el ejercicio de control difuso en un proceso sobre contestación de paternidad de hijo, el cual se ha ejercitado en la etapa decisoria, para efectos de verificar excepcionalmente la validez de la relación jurídica procesal.

SEGUNDO: Sobre el control difuso



**CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE**

2.1. Esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, tiene establecido como doctrina jurisprudencial¹, que **es responsabilidad y obligación de los jueces velar por la efectiva supremacía de los derechos fundamentales y normas constitucionales**, en coherencia a lo prescrito en el primer párrafo del artículo 51 de la Constitución Política², y a la atribución constitucional contenida en el segundo párrafo del artículo 138 de nuestra Carta Magna; normas dirigidas a los órganos de aplicación, que indican cómo deben proceder los Jueces cuando se presente en la resolución de un caso concreto, incompatibilidad de una norma legal con otra de rango constitucional, prefiriendo ésta última por razones de jerarquía, en igual forma respecto de la norma legal sobre toda norma de rango inferior.

2.2. Se tiene destacado en la referida doctrina, la presunción constitucional de validez de las leyes que, además de ser obligatorias³, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución Política⁴; significando que **el control difuso es excepcional, gravoso y complejo, previsto para los fines constitucionales de preservar la primacía de las normas fundamentales y constitucionales**⁵, debiendo suponer *a priori* que las normas no vienen viciadas de ilegitimidad; en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente tal inconstitucionalidad⁶; solo está autorizado para la inaplicación de la norma legal cuando resulte manifiesta la incompatibilidad y no sea factible encontrar alguna

¹ Sentencia emitida en la Consulta N° 1618-2016 Lima Norte, de fecha 16 de agosto de 2016, que establece las pautas para el ejercicio del control difuso en los procesos judiciales, que sirven para orientar la labor de los jueces en tal delicado y complejo proceso de revisión judicial de las leyes.

² El artículo 51 de la Constitución Política del Perú establece que: “*Supremacía de la Constitución La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado*”.

³ El artículo 109 de la Constitución Política del Perú sostiene que: “*La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte*”.

⁴ El artículo 108 de nuestra Carta Magna regula el procedimiento de aprobación y promulgación de una ley.

⁵ En el caso de incompatibilidad de normas legales con normas constitucionales se procede al control de constitucionalidad, y cuando se diere la incompatibilidad con normas convencionales, además del control de constitucionalidad por la protección que los derechos fundamentales gozan en nuestro sistema jurídico, corresponde el control de convencionalidad cuando se vulneran tratados internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Estado Peruano.

⁶ CANOSA USERA, Raúl, Interpretación y Fórmula Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.



**CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE**

interpretación acorde a la Constitución⁷; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica y afectación del principio de igualdad en relación a la aplicación de las normas, vulnerando la seguridad jurídica y el orden del sistema normativo⁸, como en este caso, que se ha realizado en la etapa decisoria, verificando excepcionalmente la validez de la relación procesal.

TERCERO: Juicio de relevancia de la norma del artículo 364 del Código Civil

3.1. La norma inaplicada establece que la acción contestatoria de paternidad debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa (90) días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente⁹.

3.2. Resulta que la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, es **aplicable para verificar la validez de la relación procesal entablada como consecuencia de la demanda de contestación de paternidad**, en tanto corresponde verificar si la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo legal, resultando una causal de improcedencia cuando se advierte la caducidad del derecho¹⁰; en este orden de ideas, la norma ***se vincula en forma relevante e indisoluble con este caso en específico***, esto es, con la pretensión de contestación de paternidad, formulada por **Raúl Chuctaya Bautista**, por cuanto establece un requisito específico para la procedencia de su demanda, relativo al plazo de caducidad para contestar la paternidad (a efectos de dejar insubsistente la presunción legal de paternidad).

3.3. Cabe reiterar que la vinculación de la norma procesal es con la procedibilidad de la demanda y no con la decisión de fondo en la

⁷ Mesia, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, año 2004, p. 77.

⁸ El control difuso tiene como antecedente la “judicial review” de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el caso Marbury vs Madison, actuando como Juez Supremo y Presidente de la Sala John Marshall en la acción de “*Writ of Mandamus*”, estableciendo la supremacía de la Constitución y que una ley contraria a ella era nula e ineficaz; sin embargo dicha Corte también tiene establecido que la validez constitucional es la última cuestión que realizará sobre una ley, debido que en principio no se busca una confrontación de la ley con la Constitución, debiendo agotarse todos los recursos para encontrar su constitucionalidad, y solo cuando sea inevitable se admite la revisión judicial de la ley.

⁹ **En cuanto al plazo de la acción contestatoria**, el artículo 364 del código civil regula que: “La acción contestatoria 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”.

¹⁰ El artículo 427 del Código Procesal Civil, dispone que: “*El Juez declarará improcedente la demanda cuando: (...) 3. Advierta la caducidad del derecho*”.

CONSULTA
EXP. N° 3245–2018
LIMA ESTE

sentencia; siendo aplicable en principio en la etapa postulatoria y al examinar el cumplimiento de los supuestos procesales, conteniendo una regla procesal sobre la procedencia de la demanda con un plazo para interponerla, o excepcionalmente en la etapa decisoria, al pronunciarse sobre la validez de la relación procesal¹¹ (como ha ocurrido en el presente caso); **no contiene regla aplicable para la decisión de declarar infundada o fundada la demanda**, por el contrario, la decisión judicial sobre la pretensión depende de las normas sustantivas y hechos establecidos que integren las premisas del silogismo jurídico de la argumentación jurídica, en justificación interna y externa, premisas que deben estar integradas por las razones y principios de derecho, como el principio del interés superior del niño o adolescente, si el caso se encuentra referido a un menor de edad.

CUARTO: Presunción de constitucionalidad del artículo 364 del Código Civil

4.1. Conforme se tiene sustentando, las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad, que viene a ser presunción relativa al admitir que se pueda establecer lo contrario¹²; ahora bien, **la norma en abstracto mantiene la presunción superando el control de producción normativa**, norma contenida en el artículo 364 que integra el cuerpo normativo del Código Civil, promulgado conforme al procedimiento constitucional previsto en los artículos 188 y 210 de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve¹³, mediante Decreto Legislativo N° 295 de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y

¹¹ El artículo 121 del Código Procesal Civil, refiere que: “Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.

Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”.

¹² “Como punto inicial del debate procesal, la presunción de constitucionalidad no es absoluta y más bien tiene carácter *juris tantum* al admitir “prueba en contrario”; es únicamente una posición preliminar sobre la cual incide la actividad procesal. (...) Como cualquier otro y anteriormente a su impugnación procesal el acto legislativo goza de una presunción de constitucionalidad, no puede decirse que antes de su reclamación o incluso luego de ella pero sin expresarse argumento tendente a mostrar su inconstitucionalidad, el acto naturalmente adolece de esta (...)” Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo VIII – Procesos Constitucionales Orgánicos. Sánchez Gil, Rubén “La presunción de constitucionalidad”, pp. 379 y 390. Marcial Pons, México, 2008.

¹³ Actualmente procedimiento previsto en el artículo 108 de la Constitución Política de 1993.

CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE

cuatro¹⁴; el código citado y sus normas se encuentran en vigencia y son de carácter obligatorio conforme al artículo 109 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres.

4.2. Asimismo, la norma del artículo 364 ubicado en el Libro III de Derecho de Familia del Código Civil, Sección Tercera de Sociedad Paterno Filial, Título I de Filiación Matrimonial, Capítulo I de Reconocimiento de Hijos matrimoniales; regula el plazo de caducidad de noventa días para contestar la paternidad, constituyendo una norma jurídica regulativa con una regla procesal que califica como permitida la realización de una acción constestatoria de paternidad¹⁵. El *supuesto normativo*, que contiene una descripción simplificada y abstracta, es la existencia de un hijo matrimonial y la *consecuencia atribuida* a la verificación del supuesto viene a ser el establecimiento del derecho a contestar la paternidad dentro de un plazo de caducidad de noventa (90) días, que se computa desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente; cabe anotar que dicha norma viene *encadenada* con el contenido de la norma de los artículos 363 y 367 del Código Civil que prevén los casos en que el cónyuge que no se crea padre del hijo de su esposa puede negarlo¹⁶, dicha negación se puede realizar en el plazo de noventa (90) días, previsto en el artículo 364 del mismo Código.

¹⁴ Mediante Decreto Supremo N° 95 de 1 de marzo de 1965 se estableció la Comisión de reforma del Código Civil, y por Ley N° 23403 se creó la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, facultando al Poder Ejecutivo para que, dentro del período constitucional y mediante Decreto Legislativo, promulgue el nuevo Código Civil, lo que se concretó por Decreto Legislativo N° 295 del 24 de julio del año 1984.

¹⁵ CARDENAS QUIROZ, Carlos, En "Para Leer el Código Civil", Volumen II, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999. Señala el autor que el Código Civil contiene normas procesales, de definiciones procesales, trámites, plazos, como el caso del artículo 400 que incluye en la lista de normas con regulaciones procesales. Página 135. Señala Manuel Atienza sobre las diferentes normas: "Aquí partiremos de la idea de que los sistemas jurídicos están formados no sólo por normas regulativas de mandato o que imponen deberes, sino también por otros enunciados (de los que nos ocuparemos en capítulos sucesivos, como las disposiciones permisivas, las definiciones y las reglas que confieren poderes) y de que las normas regulativas de mandato pueden, a su vez, ser reglas o principios". Atienza, Manuel/ RUIZ Manero, Juan, Las Piezas del Derecho, Teoría de los Enunciados Jurídicos [1996], Editorial Ariel, Barcelona, 2004, p. 28.

¹⁶ **En referencia a la negación de la paternidad**, el artículo 363 del código civil dispone que: "*El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.*

2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza." ()*



CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE

4.3. La norma inaplicada regula el plazo para interponer una acción de estado, entendiendo por **estado**: “*la particular atribución a la persona, efectuada por el ordenamiento jurídico, como sujeto de relaciones jurídicas familiares*”, ahora bien, las acciones de estado “*son aquellas que tienden a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado, o a constituir, modificar o extinguir el emplazamiento*”¹⁷; dichas acciones se encuentran referidas al *título de estado* con el objetivo de modificarlo, constituirlo o extinguirlo, así el emplazamiento del estado de hijo matrimonial se logra, con la existencia previa de los presupuestos correspondientes (matrimonio de los progenitores, concepción y nacimiento dentro del matrimonio, paternidad y maternidad de la cónyuge)¹⁸, presupuestos existentes de aplicación, respecto a la **presunción *pater ist est***, por lo que las acciones negatorias de paternidad tienden a extinguir dicho emplazamiento.

4.4. La interpretación sistemática de los artículos 2003 y 2007 del Código Civil, prescribe que el plazo de caducidad, contenido en el artículo 364 en el citado código, extingue la acción y el derecho, caducidad que se materializa transcurrido el último día del plazo; en consecuencia, para que no se produzca la extinción de la acción y el derecho, la demanda debe ser interpuesta antes del vencimiento del término de noventa días, contabilizado desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente, evitando incurrir en causal de improcedencia por caducidad prevista en el numeral 3 del artículo 427 del Código Procesal Civil.

Así, la fijación legal de un plazo perentorio persigue la consecución de una **finalidad de protección y consolidación del estado de familia**, *máxime* si la familia goza de protección constitucional según el artículo 4 de la Constitución Política, contando la medida legislativa del artículo 364 de fijar plazo de caducidad, compatibilidad **en abstracto** con la norma constitucional que protege la institución jurídica de *familia*, tutela que encuentra fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente en el artículo 17.1 de

(*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99, en los casos de negación de paternidad matrimonial a que se refiere este Artículo, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

¹⁸ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil, 4ta. Edición, Editorial Idemsa, Lima, 2008, pp. 395 -401.



**CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE**

la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual contempla que: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”.

El que la norma supere el control en abstracto no excluye la posibilidad de que en casos concretos¹⁹, por las particularidades y circunstancias específicas, la misma norma pueda ser lesiva de los derechos fundamentales anotados en la resolución consultada y, como tal, inconstitucional²⁰, correspondiendo establecer si la norma es o no inconstitucional y si debe ser o no inaplicada en el caso particular.

QUINTO: Inaplicación de la norma al caso concreto

5.1. La resolución consultada sustenta esencialmente la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, al verificar la validez de la relación procesal entablada en razón de la demanda de contestación de paternidad formulada por Raúl Chuctaya Bautista, por considerar que dicha norma colisiona con el derecho de identidad del menor, el mismo que se encuentra consagrado en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución, así como en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

5.2. La norma inaplicada en el caso concreto no admite una interpretación compatible con los derechos fundamentales arriba anotados, en tanto es una norma de carácter general que no contempla excepciones para tales casos, conteniendo plazo de aplicación obligatoria y de carácter perentorio, que como se tiene antes señalado, deriva en la improcedencia de la demanda por caducidad, ocasionando la extinción de la acción y del derecho, restringiendo el

¹⁹ “Se trata de una dimensión que nos aproxima a la aplicación práctica de la ley o norma con ese mismo rango, que permite una mejor y más adecuada valoración de sus presuntos efectos inconstitucionales en la sociedad. (...) De este modo la dimensión subjetiva permite que los magistrados observen los efectos concretos de la norma acusada de afectar el orden constitucional” En HAKANSSON NIETO, Carlos “El proceso de inconstitucionalidad, una aproximación teórica y jurisprudencial”. Palestra, Lima, 2014, pp. 32 y 33.

²⁰ Como señala el Tribunal Constitucional en el fundamento 23.ii de la Sentencia N° 02132-2008-PA/TC de fecha 9 de Mayo del 2011, el Juez puede realizar el control de constitucionalidad de una ley que el Tribunal haya declarado su validez en abstracto, pero que “sin embargo él mismo advirtió que la aplicación de la ley, en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional”; presentándose casos, como el de la norma materia de análisis que verificada en abstracto es constitucional, sin embargo por las circunstancias anotadas del caso concreto, es inconstitucional.



CONSULTA
EXP. N° 3245–2018
LIMA ESTE

acceso a la justicia al demandante y su derecho de obtener sentencia fundada en derecho que resuelva el conflicto.

5.3. Es importante reiterar que **la norma procesal no prohíbe las acciones de invalidez del reconocimiento, sino que se vincula con la caducidad de la acción por vencimiento del plazo perentorio prevista en ella en aras de una estabilidad jurídica**; estando ante una acción permitida por el ordenamiento, es necesario examinar si el plazo de noventa (90) días, impuesto en la norma, afectan los derechos fundamentales antes anotados, resultando que si bien, un plazo breve y perentorio aporta a la seguridad, estabilidad en las relaciones jurídicas y consolidación —en este caso— del estado de familia, también **dicho plazo acarrea la improcedencia de la demanda, afectando el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en su expresión de acceso a la justicia**, derecho protegido en nuestra Carta Magna y en normas convencionales vinculantes para el Estado peruano²¹, así como la interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que el Estado al garantizar los derechos consagrados en la Convención no solo debe respetarlos (obligación negativa), sino que además debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)²²; la tutela es reconocida como el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos, cautela el derecho a obtener una respuesta cierta, fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas, constituyendo la reafirmación del carácter instrumental del proceso como mecanismo de pacificación social, abarcando garantías formales de la conducción del proceso, como la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales que son discutidas en la *litis*²³; asimismo, la norma afecta el derecho fundamental a la identidad biológica que sustenta la pretensión de la demanda de autos, existiendo identificación del verdadero padre biológico, pretensión vinculada a un derecho fundamental y que no podría acceder a la justicia ni obtener pronunciamiento de fondo, debido a limitación relativa al plazo para interponer la demanda.

²¹ En el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política, y artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²² Sentencia CIDH caso Mejía Idrovo vs Ecuador, párrafo 85.

²³ Materiales AMAG, Curso Teoría General del Proceso Civil, 2017, p. 8.

CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE

En este caso concreto, de acuerdo a los sustentos de la pretensión contestatoria de paternidad formulada por Raúl Chuctaya Bautista, se advierte que la partida declarada en el acta de nacimiento, fecha **veinticuatro de julio del dos mil siete**, del menor de iniciales I.R.C.D., por la demandada Zilka Giulianna Delgado Rojas, no es coincidente con la realidad biológica paterna, resultando de las premisas fácticas que a la fecha de presentación de la demanda, **veinte de marzo de dos mil quince**, han transcurrido en exceso el término de noventa días, lo que habría producido la caducidad de la acción y el derecho y, consecuentemente, la improcedencia de la demanda con afectación del derecho de acceso a la justicia.

De ello resulta que si bien la norma tiene por **finalidad la protección y consolidación del estado de familia**, no obstante ser una finalidad legítima y constitucional, al establecer un plazo de caducidad breve cuyo vencimiento acarrea la improcedencia de la demanda, consolida una restricción al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, en su expresión de acceso a la justicia, derecho que al igual que el derecho a la consolidación del estado de familia, encuentra protección en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos, estando ante una situación de conflicto que requiere acudir a la técnica de ponderación.

5.4. La técnica de ponderación se materializa a través del **test de proporcionalidad** como canon argumentativo que sirve para solucionar conflictos de derechos, siendo el objeto del indicado test: *“el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado”*²⁴, en la aplicación del test se realizará atendiendo a sus **tres fases** delimitadas por: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto²⁵, las que por

²⁴ GRANDEZ CASTRO, Pedro, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Palestra, Lima - 2010, p. 347.

²⁵ “El primer sub-principio exige una adecuación de los medios a los fines, es decir, que los medios empleados resulten aptos para lograr la finalidad legítima perseguida. El sub- principio de necesidad examina que el medio empleado sea el menos restrictivo sobre el derecho fundamental en juego. Por último, mediante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se suele realizar una ponderación entre los principios jurídicos, aunque esto se traduce en un examen entre las neveras y los sacrificios de la medida” En SAPAG, Mariano. “El Principio de Proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al Poder



CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE

cierto son excluyentes en el sentido que si no supera una de las fases la norma resulta inconstitucional y ya no es necesario proceder a examinar las fases subsiguientes:

En primer orden, a través del **examen de idoneidad**, se evalúa el medio empleado por el legislador, para la consecución del fin constitucional, es decir, se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación “medio-fin”; en este caso, el medio empleado por el legislador es el establecimiento de un plazo de caducidad para interponer la demanda, cuyo vencimiento acarrea la extinción de la acción y el derecho; la finalidad perseguida es la consolidación del estado de familia.

Nuestro ordenamiento contempla dos modos de constituir una familia, por vínculos naturales y por vínculos jurídicos; que se orienta principalmente al derecho de la persona (del hijo matrimonial y extramatrimonial) de ser integrado a su familia de manera permanente e irreversible, reafirmando su sentido de pertenencia, así como atendiendo a la protección, beneficio, desarrollo y bienestar familiar, protegiéndolo de la forma que sea más conveniente a su realidad e intereses.

5.5. En derecho de familia, las relaciones reguladas en el ordenamiento jurídico vincula a las personas para la realización de fines e intereses que son dignos y merecedores de tutela, definiendo la relación jurídica familiar “*como toda relación que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes o recíprocos para la realización de fines o intereses familiares*”²⁶. El primer presupuesto que recoge el ordenamiento jurídico para vincular a los miembros de una familia reside en el vínculo biológico²⁷, del cual se señala “*Esta la hemos definido como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión intersexual y la procreación. El sustrato de la relación jurídica pues, atiende a la existencia de vínculos biológicos básicos, que destaca Díaz de Guijarro*”, y es que **la realidad biológica tiene un contenido ético y social**: “*(...) se trata de que la relación*

del Estado: un estudio comparado”. Revista DIKAIION N° 17- Diciembre 2008. Universidad de la Sabana. Bogotá, p. 172.

²⁶ ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo II, p. 46.

²⁷ También se admite el establecimiento de la familia por vínculo jurídico como el matrimonio, adopción, etc.

CONSULTA
EXP. N° 3245–2018
LIMA ESTE

jurídica familiar propenda a la realización de los fines familiares que, ya lo hemos dicho, son objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de cultura. De este modo solo un vínculo biológico cuyo contenido ético satisfaga la consecución de los fines familiares debe merecer adecuada recepción en la relación jurídica familiar²⁸.

5.6. En tal contexto, el plazo de caducidad de negación de paternidad contenido en la norma del artículo 364 del Código Civil, *prima facie* en un examen abstracto, tendría una finalidad constitucional, la cual es la protección y consolidación del estado de familia; sin embargo, **no se observa** que el medio para obtener dicha finalidad en el **caso concreto resulte idóneo**, ya que la norma limita el derecho a la familia y a la identidad, restringiendo la determinación de la familia biológica a la que pertenece el menor de iniciales I.R.C.D., lo cual es comprobable con la prueba de ADN practicada en el presente proceso; en tal sentido, la medida legislativa de acción de estado de contestación de paternidad sujeta al plazo de caducidad de noventa (90) días resulta lesiva a los derechos involucrados expuestos en el fundamento 5.3 de la presente resolución; concluyéndose que dicho medio empleado por el legislador (materializado a través del artículo 364 precitado) **no guarda una causalidad razonable**, estando más bien alejado del fin constitucional que persigue, en razón a que termina afectando derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso concreto; careciendo de objeto el examen de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de conformidad con el fundamento 5.4. de esta resolución.

5.7. Lo anterior permite concluir que el medio adoptado por el legislador, en relación al plazo para negar la paternidad, no es idóneo para el fin perseguido al pretender consolidar un estado de familia, cuando éste es cuestionado y puede ser determinado fiablemente por medios científicos si el demandante es o no el padre biológico del menor; cediendo el interés en abstracto del legislador frente al interés concreto de que se determine la identidad y familia biológica del menor, más aún si con ello se favorece en un entorno familiar idóneo. Por tanto,

²⁸ ZANNONI, op. Cit., pp. 45 – 46.



CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE

en virtud al Interés Superior del Niño, cuya situación requiere una solución adecuada a su caso, se debe privilegiar el derecho a la identidad biológica del menor, el cual se persigue consolidar con el proceso de impugnación de paternidad al establecer un vínculo paterno filial preexistente, lo que le permite conocer quién es su padre biológico.

Es necesario ser enfáticos en que **las acciones de estado de impugnación de paternidad se encuentran permitidas en nuestro ordenamiento jurídico, y que la intervención de la norma del artículo 364, en relación al plazo para impugnar, responde a la primacía del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en su contenido protegido de acceso a la justicia, toda vez que la norma inaplicada contiene una norma procesal vinculada a la procedencia de la demanda, que prohíbe el acceso a la justicia cuando se interponga demanda después de los noventa días de plazo, situación que impide efectivizar el derecho a la identidad biológica del menor.** En ese sentido, en el caso particular, se observa que la norma inaplicada se encuentra en colisión con *el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y derecho a la identidad biológica*, es decir, presenta incompatibilidad con los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente²⁹. De lo discernido se colige que debe **declararse inaplicable el artículo 364 del Código Civil, correspondiendo declarar la inaplicación vía control difuso por incompatibilidad constitucional**, conclusión que se desprende del análisis pormenorizado del caso concreto, en el cual se pretende contestar la paternidad, dejándose insubsistente la presunción de paternidad, prefiriéndose el interés superior del niño y su derecho a la identidad biológica.

SEXTO: Aprobación de la resolución consultada

Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este asunto, la inconstitucionalidad de la norma legal inaplicada - artículo 364 del Código Civil -, por el Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de

²⁹ Como señala el Tribunal Constitucional en el fundamento 23.ii de la Sentencia N° 02132-2008-PA/TC de fecha nueve de mayo de dos mil once, el Juez puede realizar el control de constitucionalidad de una ley que el Tribunal haya declarado su validez en abstracto, pero que "sin embargo él mismo advirtió que la aplicación de la ley, en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional"; presentándose casos, como el de la norma materia de análisis que verificada en abstracto es constitucional, sin embargo por las circunstancias anotadas del caso concreto, es inconstitucional.



CONSULTA
EXP. N° 3245-2018
LIMA ESTE

la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en la sentencia contenida en la resolución número veintiuno de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, obrante a fojas doscientos treinta y cuatro del expediente principal, de conformidad a lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde aprobar la resolución consultada.

III. DECISIÓN:

Por tales consideraciones, resolvieron **APROBAR** la resolución elevada en consulta por haber efectuado el control difuso inaplicando el artículo 364 del Código Civil, mediante la sentencia contenida en la resolución número veintiuno de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, emitida por el Cuarto Juzgado de Familia de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este; en los seguidos por Raúl Chuctaya Bautista contra Zilka Giulianna Delgado Rojas y otros, sobre impugnación de paternidad; y, *los devolvieron. Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Rueda Fernández.*

S.S.

WALDE JÁUREGUI

RUEDA FERNÁNDEZ

WONG ABAD

SÁNCHEZ MELGAREJO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Eae/lc