

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

**CONSULTA N° 1601 - 2011
LA LIBERTAD**

Lima, siete de Julio
de dos mil once.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Viene en consulta la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, su fecha cuatro de marzo de dos mil once, en el extremo que inaplica el artículo 361¹ del Código Civil por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; en los seguidos por Johan Franz Ruiz Gonzáles contra doña Jessica Karina Pérez Cancino y otro, sobre impugnación de reconocimiento de paternidad.

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

TERCERO.- En tal sentido tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, 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; así las sentencias en las que se haya efectuado el control difuso deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

CUARTO.- 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;

¹ Código Civil, artículo 361.- Presunción de paternidad.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

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

CONSULTA N° 1601 - 2011

LA LIBERTAD

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 sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el "iter legislativo", están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

QUINTO.- Hecha la anterior precisión, para dilucidar el tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable al caso de autos en torno a la impugnación de reconocimiento de paternidad, en principio, el artículo 361 del Código Civil consagra la presunción de paternidad, según la cual, el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

SEXTO.- De otro lado, con relación al tema del derecho a la identidad, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú prevé que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar; en tanto que, el artículo 1 del Código Civil prevé que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento; por su parte con relación a los derechos de los niños el artículo 1 de la "Convención Sobre los Derechos del Niño" adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, suscrita por el Perú, el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25278 del cuatro de agosto de mil

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

CONSULTA N° 1601 - 2011

LA LIBERTAD

novecientos noventa y ratificada el catorce de agosto del mismo año, ha previsto que para los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad; y por tanto según sus artículos 7 y 8 el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su Identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.

SÉTIMO.- Con relación al tema que motiva la consulta, debe tenerse en cuenta que, el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en este sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; el conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás.

OCTAVO.- En consecuencia, el derecho que tiene todo niño a conocer quienes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene

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

CONSULTA N° 1601 - 2011

LA LIBERTAD

carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga omnes*, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales.

NOVENO.- En el presente proceso, se ha establecido que la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad promovida por el actor en contra de doña Jessica Karina Pérez Cancino y otro, deviene en infundada, al considerar la A quo que el artículo 361 del Código Civil, es una presunción *iuris tantum*, que puede enervarse en sede jurisdiccional; asimismo, según los artículos 362 y 396 del acotado Código, el hijo se presume matrimonial aunque la mujer declare que no es de su marido, el cual no puede ser reconocido sino después que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. De ello se deduce que la atribución de paternidad al marido, no depende de la voluntad de las partes, sino que lo es por mandato legal y que esta presunción nace con el matrimonio dentro de los plazos señalados en el artículo 361. El artículo 362 del Código Civil fue regulado en vigencia de la Constitución de 1979 que privilegió a la familia matrimonial y el derecho de los progenitores a su intimidad respecto de los hijos de conocer su verdadero origen biológico, luego ya regulado en la Constitución de 1993, que reconoce expresamente el derecho a la Identidad se busca descubrir la verdad biológica para hacer efectivo el deber que tienen los padres con sus hijos y a la igualdad de derechos de todos los hijos ante la ley, siendo así la norma en comento sería restrictiva. La controversia consiste en determinar a quien corresponde la paternidad del hijo procreado por mujer casada con un tercero, para lo cual el demandante ha invocado la aplicación taxativa del artículo 361 del Código Sustantivo, según el cual el niño Adrián Emmanuel (nacido el dieciocho de octubre de dos mil ocho) sería su hijo por el solo vínculo matrimonial (celebrado el nueve de julio de dos mil cuatro) que lo une con la demandada Jessica Karina Pérez Cancino, y de quien no ha impugnado la paternidad, con arreglo a los artículos 396 y 404 del mencionado texto normativo. En la demanda se reconoce que desde los últimos dos años, los esposos se encontraban separados, esto es, desde

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

CONSULTA N° 1601 - 2011

LA LIBERTAD

inicios del dos mil siete (atendiendo a que la demanda ingresó en marzo de dos mil nueve) y que el actor alega que en las primeras semanas de los meses de enero, febrero y marzo de dos mil ocho, se reencontraron y sostuvieron relaciones sexuales; sin embargo, sus argumentos aparecen poco consistentes, cuando afirma que "a fines de octubre de dos mil ocho la señorita Patty Mendiola le felicitó por el nacimiento de su hijo, (...) desconocía que ya había nacido (...), después de la noticia intenté localizar a la demandada sin éxito", para más adelante enterarse que en el acta de nacimiento del niño figuraba como padre el co-demandado don Moisés Heráclides Cari Ríos (quién –conjuntamente con la demandada- lo reconoció y declaró como hijo con fecha veinticuatro de octubre de dos mil ocho). Si bien los co-demandados fueron declarados rebeldes, sin embargo, la demandada junto a su menor niño se sometieron voluntariamente a la toma de muestras de sangre para la pericia de ADN, lo que implica desentrañar el origen biológico de su citado hijo; sin embargo, conforme a la comunicación del laboratorio BIOLINKS obrante a fojas ciento cuarenta y tres, no pudo enviar los resultados por falta de pago del saldo al que se obligó el accionante en el contrato respectivo, no obstante, el plazo concedido; ante su incumplimiento se prescindió de dicho medio de prueba. Atendiendo a la edad del niño, en la actualidad cuenta con (más de) dos años y cuatro meses de edad, debe asegurarse que lo que se decida en esta controversia debe reflejar y ponderar lo que le resulte más beneficioso para que logre un desarrollo integral armonioso, ello atendiendo a que existen normas que lo protegen y garantizan su derecho a la identidad, a conocer a sus padres, a crecer dentro de una familia.

DÉCIMO: La Constitución Política del Perú garantiza la vigencia de los derechos humanos de la persona, reconocidos en Tratados Internacionales, y según su artículo 55, concordado con los artículos V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la invocada Carta Magna, los mismos deben ser interpretados de

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

CONSULTA N° 1601 - 2011

LA LIBERTAD

conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos ratificados por el Perú. Por su parte, el Tribunal Constitucional reconoce que la filiación forma parte del derecho a la identidad, como derecho humano y fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades, precisando: (...) siendo uno de ellos el derecho a tener un nombre con apellidos, conforme al artículo 19 del Código Civil, de ese modo se otorga existencia legal lo que a su vez permite el ejercicio de sus otros derechos; que concuerda con el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño que alude, a respetar el derecho del niño de preservar su identidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, lo que incluye su nacionalidad, su nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley (...), siendo esto así, en el presente caso, se considera que debe privilegiarse el derecho de identidad adquirido por el niño, quien tiene derecho a que se respete su filiación, la cual no ha sido destruida con la prueba genética del ADN, dejando así de probar el demandante tal fundamento, debido a su falta de pago y sobre todo al haber reconocido estar separado de hecho de su esposa desde dos años atrás. Se precisa en la sentencia que el argumento de haber sostenido relaciones sexuales esporádicas con la demandada en enero, febrero y marzo de dos mil ocho, sin indicar, menos probar el lugar y fechas, son meras argumentaciones porque incluso se reconoció expresamente que no se tuvo conocimiento del nacimiento del niño, existiendo por ello dudas razonables, por lo que no contando con el resultado de la prueba genética ofrecida, se conceptúa que no se puede determinar automáticamente la paternidad en base a la presunción de la acotada norma. Se agrega que con el reconocimiento expreso del niño por parte del co demandado, se hace efectivo el deber de los padres (biológicos) demandados de prestarle asistencia y cuidado, a lo que el actor no está obligado. Siendo así, al no haber enervado el demandante la paternidad del co demandado que fluye del Acta de Nacimiento del niño, la *A quo* considera que no puede aplicarse

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

CONSULTA N° 1601 - 2011

LA LIBERTAD

la presunción de paternidad del aludido artículo 361, debiendo mantenerse la filiación paterna declarada por el co demandado Cari Ríos (su derecho de identidad), con lo que se está prefiriendo el artículo 2 numeral 2.1 de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, aplicando control difuso, según los alcances del artículo 138 de la Carta Fundamental, por lo que debe ser elevado en consulta, si no fuera apelado, a la Corte Suprema, conforme al artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

UNDÉCIMO.- Por tanto, establecido así los hechos en la sentencia y considerando que el actor no ha acreditado con medio probatorio (ADN) la paternidad alegada, así como **no ha apelado la sentencia**, es decir, la ha consentido, esta Sala de Derecho Constitucional y Social, advierte que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional (artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política) que reconoce como un derecho fundamental de la persona al derecho a la identidad, y de otro la norma legal (artículo 391 del Código Civil) que prescribe que: *"El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido"*; sin que de su interpretación conjunta sea factible obtener una conforme a la Constitución; siendo así, toda vez que, la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda; pues, en el presente caso, no existe razón objetiva y razonable que justifique la posibilidad de declarar al hijo de la demandada, como hijo del actor, según lo explicitado en la resolución expedida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de la Libertad; razón por la cual corresponde **aprobar** la sentencia del cuatro de marzo de dos mil once, en el extremo materia de consulta.

Por tales fundamentos: **APROBARON** la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, su fecha cuatro de marzo de dos mil once, en el extremo que **INAPLICA** el artículo 361 del Código Civil, al caso concreto, por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; en los seguidos por

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

**CONSULTA N° 1601 - 2011
LA LIBERTAD**

don Johan Franz Ruiz Gonzáles contra Jessica Karina Pérez Cancino y otro,
sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad; y, los devolvieron.-

Vocal Ponente Torres Vega.-

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

Erh/Cn.

.....
CARMEN ROSA DIAZ ACEVEDO
SECRETARIA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

10 OCT. 2011