

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

Lima, nueve de mayo
de dos mil trece.-

I. VISTOS:

I.1 Consulta

Los presentes autos son elevados en consulta dispuesta en la sentencia de primera instancia, resolución número diecisiete de fecha cuatro de setiembre de dos mil doce, obrante a fojas ciento treinta y nueve, expedida por el Juez del Segundo Juzgado Mixto de Paucarpata – Arequipa de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en razón de haber inaplicado el inciso 2 del artículo 378 del Código Civil; en los seguidos por doña Engracia Suárez Quispe contra doña Georgina Quispe Domínguez y don Jesús Suárez Barrionuevo, sobre Adopción.

I.2 Fundamentos de la resolución elevada en consulta.

La sentencia consultada resuelve la pretensión de adopción formulada por doña Engracia Suárez Quispe a favor del hermano menor de la actora; fundamentando la inaplicación de la norma que establece como requisito de la adopción que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, una diferencia mínima de dieciocho años; pero que de acuerdo al documento de identidad de la actora y la partida de nacimiento del menor, entre ambos únicamente existe una diferencia de edad de quince años, once meses y once días, razón por la que legalmente no podría aceptarse la adopción. Por lo que acude al amparo del artículo 4 de la Constitución Política del Estado que protege especialmente al niño, a la madre, así como a la familia como institutos naturales y fundamentales de la sociedad; al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece la amplia protección a la familia, elemento natural y

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

fundamental de la sociedad, las más amplia protección y asistencia posibles para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo; que por las circunstancias particulares del caso en que el menor ha vivido desde los cuatros años de edad con la demandante reconociéndola como su mamá, que quiere ser hijo de la demandante; considerando el principio del interés superior del niño señala que no debe aplicarse el artículo 378 inciso 2 del Código Civil, por atentar contra la familia que ha formado la demandante con el menor; que el conviviente de la demandante ha señalado que considera al menor como su hijo, resultando primordial que el menor mantenga la familia que actualmente conforma con la demandante; que los padres biológicos han prestado su asentimiento a la adopción, el menor reconoce como padre al conviviente de la actora, y que de considerar la diferencia de edad exigida en la norma legal, se atenta contra el derecho a formar y consolidar una familia que tiene la demandante y el menor, por lo que al amparo del artículo 138 de la Constitución Política de 1993 prefiere las normas constitucionales a la legal; elevando en consulta para los efectos del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento.

1.1 Como se tiene señalado en la parte expositiva de esta resolución, se trata de una consulta por inaplicación del inciso 2 del artículo 378 del Código Civil vía control difuso.

La inaplicación ha sido efectuada en sentencia de primera instancia no apelada, emitida en proceso sobre adopción por excepción de menor de edad; siendo la demandante hermana del menor a adoptar con quien ha convivido como madre e hijo, pero que sin embargo no se cumple con el

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

requisito de la diferencia mínima de edad previsto en la norma legal para la procedencia de la adopción.

1.2 Siendo objeto de consulta la inaplicación vía control difuso del inciso 2 del artículo 378 del Código Civil, en primer término se procederá a precisar las reglas para el ejercicio del control difuso, luego verificar si la norma supera el examen de constitucionalidad, para finalmente resolver sobre la aprobación o no de la sentencia.

SEGUNDO: Sobre el control difuso.

2.1 El ejercicio del control difuso constituye más que una facultad un deber constitucional de los jueces, conforme se desprende del principio de primacía de la Constitución y del deber prescrito en el segundo párrafo del artículo 138 de la misma Constitución Política del Perú del año 1993, de preferir la norma constitucional: *"En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera"*; estamos ante un principio en el sentido de *norma dirigida a los órganos de aplicación*, que indica como deben proceder los magistrados en los casos de incompatibilidad constitucional de una norma legal prefiriendo la norma constitucional.

La norma constitucional citada guarda perfecta armonía con lo previsto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado que dispone: *"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente"*.

2.2 En este contexto del ordenamiento jurídico, la aplicación del control difuso es "excepcional" -se aplica en los casos de conflicto de normas y para efectos de preservar la primacía de las normas constitucionales-; sin perjuicio de ello, debe atenderse que en principio se presume la validez constitucional de las leyes, además que éstas son obligatorias durante su

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

vigencia conforme lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política de 1993 "*La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación (...)*"¹; en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución, las leyes gozan de legitimidad²; como señala la doctrina especializada, se debe suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden quien enjuicie la norma debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente dicha inconstitucionalidad³; procediendo el control judicial de constitucionalidad de las leyes como última vía, cuando la inconstitucionalidad resulta manifiesta y no sea factible encontrar alguna interpretación acorde a la Constitución⁴.

2.3 Sólo cuando no es posible obtener de la norma legal una interpretación conforme a la Constitución se procederá a realizar el control difuso, por el contrario el uso indiscriminado de este control acarrearía inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden de nuestro sistema normativo⁵. Es pertinente señalar que no procede revisar judicialmente la constitucionalidad de las normas cuya compatibilidad constitucional ha sido confirmada por el Tribunal

¹ Artículo 109 de la Constitución Política del Perú: 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.

² El artículo 108 de la Constitución establece el procedimiento de aprobación y promulgación de una ley.

³ CANOSA USERA, Raúl, Interpretación y Fórmula Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁴ MESIA, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, año 2004, página 77.

⁵ 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.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

Constitucional en ejercicio del control concentrado, conforme a lo prescrito en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

2.4 Ahora bien, sobre los supuestos para ejercitar el control difuso, la Ley Orgánica del Poder Judicial en el primer párrafo del artículo 14 regula: *"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 con arreglo a la primera"*; significando que el control difuso se ejerce al momento de resolver sobre el fondo del asunto –sea que se emita un auto o una sentencia-, y, cuando se presente incompatibilidad en la interpretación de una disposición constitucional con una de rango legal –para lo cual se requiere haber agotado la interpretación de las disposiciones-, prevaleciendo la norma constitucional en caso de conflicto.

Cabe anotar que la norma no tiene señalado que el control difuso sea una actuación exclusiva a realizarse en sentencia cuando el Juez resuelve la pretensión, sino en forma textual refiere que se realiza *"al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia"*; el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala en relación al control difuso, que el Juez debe preferir la norma constitucional *"siempre que ello sea relevante para resolver el fondo de la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución"*, estableciendo como parámetro del control, la supremacía de la norma constitucional; por lo que las expresiones referidas al fondo de la cuestión y al fondo de la controversia, deben entenderse en sentido amplio; ello en concordancia a la norma constitucional segundo párrafo del artículo 138, que tiene establecido que la preferencia de la norma constitucional sobre la legal se realiza *"En todo proceso"* cuando se presente la incompatibilidad entre

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

una norma constitucional y una norma legal⁶; así también lo ha interpretado el Tribunal Constitucional al fijar criterios para el control difuso, señalando sobre el control de constitucionalidad de la ley que: *"En ese sentido el juez sólo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito sólo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan vía incidental"*⁷

2.5 Como lo tiene anotado el Tribunal Constitucional, el control difuso es ciertamente un acto complejo que requiere para su validez la verificación de algunos presupuestos; esto es, que se trate de la aplicación de una norma considerada inconstitucional, que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, esto es, que sea relevante en la resolución de la controversia, además que dicha norma resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aún luego de haberse acudido interpretarla de conformidad con ésta⁸.

2.6 En igual sentido la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28301, Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece puntualmente: *"Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional"*.

2.7 De lo expuesto se concluye, que los jueces en los procesos judiciales a su cargo deben preservar la primacía de la norma constitucional en todo

⁶ El Tribunal Constitucional tiene señalado en la STC N° 142-2001-AA/TC de fecha 21 de setiembre del 2011, Caso María Julia, en el fundamento 24 en relación al ejercicio del control difuso por la justicia arbitral, que el artículo 138 de la Constitución Política no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, debe ser interpretado en sentido amplio.

⁷ Fundamento 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2008-PA/TC de fecha 9 de Mayo del 2011.

⁸ Fundamentos 14 al 16 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 06730-2006-AA de fecha 11 de junio del 2008.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

caso; asimismo deben considerar la presunción de validez constitucional de las normas legales; empero si al momento de resolver la cuestión encuentran alguna norma que no admita interpretación conforme a la constitución, procederán a realizar el control difuso; sin embargo se debe tener sumo cuidado pues se trata de un proceso gravoso y complejo, recomendando las siguientes pautas:

a) En principio, partir de la presunción de constitucionalidad de las normas legales respetando el orden y seguridad jurídica, teniendo presente que cuando se enjuicie la inconstitucionalidad de una norma esta circunstancia debe probarse.

b) Efectuarlo en el acto procesal por el cual se resuelve el asunto, esto es en la sentencia ó el auto, empero se recomienda en ambos casos, que se trate del pronunciamiento sobre el fondo o tema principal del asunto que se resuelve.

c) Requiere previamente realizar el juicio de relevancia, el examen del caso donde se determine sin lugar a dudas que se trata de la norma legal aplicable, esto es la norma relevante e indisoluble para la resolución del caso.

d) Ubicada la norma legal, debe procederse con la labor interpretativa en forma exhaustiva agotando la búsqueda de una interpretación compatible con las normas constitucionales y derechos fundamentales.

e) Finalmente sólo cuando no es posible salvar la constitucionalidad de la norma, procede declarar la inaplicación para el caso concreto.

TERCERO: Presunción de constitucionalidad del inciso 2 del artículo 378 del Código Civil.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

3.1 Como se tiene señalado en el considerando anterior, se debe partir de la presunción de constitucionalidad de la norma contenida en el inciso 2 del artículo 378 que perteneciendo al Código Civil contempla como requisito para la adopción que el adoptante tenga una edad igual o mayor a la suma de la mayoría y la edad del hijo a adoptar.

3.2 En principio la disposición anotada no viene viciada de inconstitucionalidad, tratándose de un artículo 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 1979, mediante Decreto Legislativo N° 295 de fecha veinticuatro de julio del año mil novecientos ochenta y cuatro⁹, el código citado y sus normas se encuentran en vigencia y son de carácter obligatorio conforme al artículo 109 de la Constitución Política del Perú de 1993.

CUARTO: Acto procesal en que se ha realizado el control difuso.

4.1 Se verifica de los actuados, que la revisión judicial de la constitucionalidad de la norma ha sido efectuado por la instancia de merito en el acto procesal de la sentencia en razón del pronunciamiento de fondo de la pretensión de adopción, guardando relación entre lo que se resuelve con la norma de derecho sustantivo que contempla los requisitos para la adopción.

QUINTO: Juicio de relevancia de la norma.

⁹ 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.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

5.1 El dispositivo legal del artículo 378 del Código Civil establece los requisitos para la declaración de la adopción:

Artículo 378°.- Requisitos de 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 concorra el asentimiento de su cónyuge.
- 4.- Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
- 5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
- 6.- Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
- 7.- Que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.(*)
- 8.- Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquel 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.

(*). Inciso vigente conforme a la modificación establecida por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26981, publicada el tres de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

5.2 El dispositivo citado contiene varias normas, entre ellas se encuentra la norma contenida en el inciso segundo que exige a la demandante contar con una edad igual o mayor a la suma de la mayoría y la edad del menor a adoptar; norma aplicable para resolver la pretensión formulada por la actora doña Engracia Suárez Quispe de veintisiete años de edad quien pretende la adopción de un menor de doce años; en este orden, el inciso segundo del citado artículo, se vincula en forma relevante e indisoluble con este caso específico de la pretensión de adopción, en tanto establece un requisito específico relativo a la edad de la demandante, que debe cumplir para obtener la adopción del menor.

SEXTO: Labor interpretativa de la norma inaplicada.

6.1 Al haberse determinado que la norma legal denunciada es la vinculada para la solución del caso, corresponde proceder con la labor interpretativa en búsqueda de una interpretación compatible con las normas constitucionales.

6.2 Como se tiene señalado, la norma del inciso segundo en cuestión, regula como requisito para la adopción, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar; significando que para declarar la adopción se requiere verificar que quién la pide tenga una edad igual o mayor al resultado de sumar la mayoría con la edad del hijo por adoptar.

6.3 En interpretación sistemática con el artículo 42 del Código Civil, se determina que la mayoría señalada en el inciso 2 del artículo 378, es aquella que se adquiere al cumplir los dieciocho años; en consecuencia para determinar la edad exigida al adoptante se debe sumar dieciocho años a la edad del hijo por adoptar.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

6.4 Continuando con la interpretación de la norma se aprecia que la adopción, acogida en nuestro ordenamiento jurídico tiene como finalidad constituir como familia a quienes por naturaleza o ley no lo son; y dicha relación familiar no se refiere a cualquier supuesto de entroncamiento, sino específicamente a vincular al adoptante como padre o madre (según el caso), con el adoptado quien adquiere la calidad de hijo; estableciendo el artículo 377 del código antes citado, que *"Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea"*; en este contexto, la exigencia de una diferencia mínima de edades adquiere sentido en tanto, la finalidad de la adopción es crear una relación paterno filial, en que el adoptante asumiendo la calidad de padre o madre del adoptado, evidentemente debe ser mayor en edad que el hijo adoptado.

6.5 Expone Cornejo Chávez que la diferencia de edad cuando menos en dieciocho años establecido por el legislador, toma como referencia a la naturaleza así como evitar que se oculten relaciones diferentes a las paterno filiales: *"el de imitar a la naturaleza –que, ordinariamente, no da hijos a nadie antes de alcanzar cierta edad, que es la de la pubertad, de modo que entre padre e hijo no hay, por lo general menos de catorce a dieciocho años de diferencia en la edad-, y el de impedir que bajo el disfraz de la adopción se oculten sentimientos o relaciones harto distintas de los paterno-filiales, como ocurriría o sería de sospechar que ocurre si el adoptante es unos pocos años mayor que la adoptada"*¹⁰.

6.6 El debate surge en torno a cuál sería la diferencia de edades adecuadas cuando se trata de establecer una relación paterno filial vía adopción; para lo cual, el legislador en principio consideró como uno de los criterios, la edad para procrear, así como fijar una diferencia de

¹⁰ CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Sociedad Paterno- filial, Editorial Studium, Lima, 1982, paginas 88 – 89.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

edades que eviten el mal uso de este instrumento legal para ocultar otro tipo de relaciones contrarias a los fines de la adopción.

6.7 Revisando la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Civil de 1984¹¹, nos informamos que la diferencia de edades se estableció teniendo como antecedente el Código Civil de 1936 que exigía la edad de cincuenta años mínimo para adoptar; el legislador consideró que esa edad era excesiva, pues con esa edad igual se podía empezar a ser padre tan ineficiente como abuelo cariñoso; también se consideró como criterio que mientras el varón o la mujer estén en edad de procrear no se le debía permitir que adopte a un hijo ajeno, sin embargo que era gratuito pensar que a la edad de cincuenta años ya no se pudiera procrear; así como el objetivo de la adopción de satisfacer el instinto de paternidad o maternidad, pero sobretodo a brindar un hogar a quien no lo tiene; por lo que se consideró al igual que en otros código extranjeros, considerar un criterio a su entender más elástico, añadiendo la edad del pretendido hijo a la edad de pubertad del pretendiente a padre a madre. Al final en la exposición de motivos sin mayor fundamento ni desarrollo, se acoge que la edad de la pubertad es a los dieciocho años y que la diferencia de edad no puede ser inferior a la suma de ésta con la edad del hijo que se adopta, estableciendo como referencia la mayoría¹².

6.8 La pregunta sería por que el legislador optó por señalar que la edad de la pubertad se produce a los dieciocho años, cuando tenía anunciado que ésta se encuentra relacionada con la edad para procrear; máxime

¹¹ Código Civil, IV, Exposición de Motivos y Comentarios, Derecho de Familia, Héctor Cornejo Chávez, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Tercera Edición, Lima Perú, Setiembre 1988, paginas 503-509.

¹² “Si no se tiene un hijo mientras no se es púber y su la pubertad se alcanza a los dieciocho años, la diferencia de edad que ha de haber entere adoptante y adoptado no puede ser inferior a la suma de dieciocho años y la edad del hijo que se adopta. Con este criterio, la ponencia propuso modificar el Código anterior en el sentido que indica el inciso 2”. Código Civil, IV, Exposición de Motivos y Comentarios, Derecho de Familia, op. Citado, pagina 509.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

que en el mismo código contiene normas (algunas existentes desde su promulgación, otras incorporadas con las modificaciones), reconociendo los dieciséis años como edad apropiada para contraer matrimonio (que entre sus consecuencias se encuentran la de formar una familia y procrear) - artículo 241.2-; reconociendo una maternidad anterior a los dieciocho años, autoriza a la madre menor de edad a ejercer la acción de declaración de paternidad (artículo 407); aceptando la maternidad o paternidad anterior a los catorce años, establece el reconocimiento por los abuelos cuando los padres sean menores de edad, sin embargo cumplidos los catorce pueden ellos reconocer directamente (artículo. 389); otorga capacidad jurídica a los padres o madres menores edad que tengan más de catorce años para reconocer a sus hijos, reclamar o demandar gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en procesos de tenencia, alimentos a favor de sus hijos (artículo 46); extrayendo que la edad de la pubertad recogida en los artículos del código tienen como referencia los catorce años (antes de los catorce, cumplidos los catorce y más de catorce).

6.9 No obstante, el reconocimiento de la edad de la pubertad y de derechos y capacidad jurídica para los padres menores de edad, no nos indica que ella sería la edad mas apropiada para establecer una familia, en tanto los catorce años se encuentran dentro del periodo de adolescencia en que los menores requieren apoyo y protección especial adecuada a su estado de desarrollo y minoridad, tal es así que los padres y madres menores de edad, requieren del apoyo de los adultos y cuando no cuenten con estos, del Estado, para poder llevar con éxito su anticipada paternidad o maternidad.

6.10 No es suficiente como único criterio la edad para procrear, cuando la adopción no solo persigue constituir una familia sino en especial la

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

protección del hijo adoptivo, brindando padres o madres en aptitud de proveer al normal desarrollo físico y ético del hijo por adoptar, pues no debe pasarse por alto que en la relación paterno filial surge la patria potestad con obligaciones y derechos, que para el bienestar del menor los padres deben ejercerla con madurez afectiva y humana, como señala Eduardo Zannoni: "La patria potestad encuentra en la diferencia de edad entre padre e hijo, impuesta en lo biológico por la naturaleza misma, las posibilidades de ejercerse con madurez afectiva y humana"¹³; resultando mas apropiado que el adoptante cuente con la mayoría de edad, aceptando el legislador que a los dieciocho años las personas ya han completado su desarrollo contando con una estabilidad física, psíquica, biológica y social para tomar decisiones responsables como ejercer por si mismas sus derechos como contraer obligaciones, reconociendo el artículo 42 del Código Civil que las personas naturales se encuentran aptas y con capacidad para ejercer por si solas sus derechos civiles al cumplimiento de los dieciocho años de edad¹⁴.

6.11 En concordancia con la edad de la capacidad civil, la formula del inciso 2 del artículo 378 del Código Civil, permite que una persona de dieciocho años pueda pedir la adopción de un recién nacido, una persona de veinte años puede solicitar la adopción de un menor de dos años de edad y así sucesivamente.

6.12 La norma legal establece una intervención limitando la adopción al cumplimiento del requisito de la edad del adoptante, persiguiendo la consecución de una finalidad de protección de una persona humana sujeto de derechos que goza de doble protección por su minoría de edad; no es en principio excesivo que se requiera a los adoptantes que tengan

¹³ ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo II, 4ta. Edición Actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, pagina 608.

¹⁴ Código Civil: **Artículo 42.-** Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

una edad que supere en dieciocho años la edad del hijo por adoptar, resultando la medida legislativa adecuada para lograr el objetivo de protección del hijo adoptivo, que tenga padres adoptantes que por su edad se encuentren en aptitud de cumplir a satisfacción dicho rol (ésto no excluye que los jueces deban verificar que reúnan las demás condiciones y cualidades exigidas por la ley y circunstancias del caso); así como es compatible con la protección especial que gozan los menores de edad conforme al artículo 4 de la Constitución Política del Estado, encontrando compatibilidad de la medida legislativa con la finalidad constitucional de proteger a los niños.

6.13 En el caso concreto de la demandante doña Engracia Suárez Quispe se le exige una edad igual o superior a la suma de dieciocho años con la edad del menor que pretende adoptar, el cual cuenta con doce años a la fecha de la demanda (ocho de setiembre de dos mil once), resultando la edad exigida para este caso específico de treinta años; sin embargo a la fecha de la demanda contaba con solo veintisiete años no alcanzando el mínimo de edad exigido por la norma legal; la exigencia de una edad mínima de treinta años para adoptar al menor formando una familia por vínculo jurídico, confronta el derecho fundamental de la demandante de formalizar una familia que de hecho ya la tiene desde que el menor nació y le fue entregado, integrándolo a su familia le brindó protección, alimentación, cuidado, educación y amor, constituyéndose de facto en su madre; y con el derecho fundamental del menor de ser integrado jurídicamente a su familia de hecho, así como al principio del interés superior del niño que le asegura una protección especial a sus derechos e intereses; produciendo la norma en este caso particular, un conflicto con los derechos fundamentales protegidos en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, como es el derecho a la familia, la protección especial al niño y a la madre, así como el reconocimiento constitucional de la

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

1 familia como institutos naturales y fundamentales de la sociedad: *“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”*; siendo que: *“el primer deber constitucional que dimana del artículo 4 para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional”*, constituyendo la familia elemento natural y fundamental de la sociedad gozando de especial protección social y estatal¹⁵.

6.14 Por lo que, si bien en abstracto la norma contenida en el inciso segundo del artículo 378 del Código Civil es constitucional, ello no descarta que la misma norma en este caso específico por las particularidades y circunstancias anotadas, presente incompatibilidad con los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente¹⁶; ante dicha situación de conflicto de la norma legal con el derecho fundamental a la familia, el principio del interés superior del niño de los afectados, y para resolver la inaplicación de la norma, corresponde acudir al test de proporcionalidad como estrategia argumentativa que sirve para resolver 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*

¹⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F., “La familia en la Constitución Peruana”, En, La Constitución Comentada, Análisis artículo por artículo, obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del Perú, Director Walter Gutiérrez, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Diciembre 2005, Lima, Pagina 333-334.

¹⁶ 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.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

*cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado*¹⁷, para lo cual se precisará los derechos involucrados, el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

SÉTIMO: Derechos afectados.

7.1 En el caso particular se encuentra de por medio los derechos e intereses de un menor de edad, siendo de aplicación el principio del interés superior del niño y adolescente, el cual además de encontrar sustento en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado al establecer una protección especial al mismo, también se encuentra reconocido como una guía hermenéutica que orienta las decisiones judiciales en todos los casos en que se encuentre de por medio los derechos e intereses de un menor de edad, así el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de sus diversos poderes, como el Judicial y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, "se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos"; el artículo X del mismo código contempla que el Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los menores de edad, y que los procesos sujetos a resolución judicial en los que se encuentren involucrados dichos menores, sean tratados como problemas humanos.

7.2 En el mismo sentido, los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, recogen la protección especial de los derechos e

¹⁷ GRANDEZ CASTRO, Pedro, "El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano", Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, 1 de Enero de 2010, Paginas 337-336, vlex.com.pe/vid/proporcionalidad-jurisprudencia-tc-peruano-378203630.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

intereses de los menores, debiendo ser atendido este interés superior en toda medida y decisión que se adopte:

a) La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 3.1 establece la obligación de todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño; en el artículo 3.2 señala el compromiso de los Estados partes de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

b) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece en el Principio 2 que los niños gozarán de especial protección, y dispondrá de oportunidades y servicios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, y en condiciones de libertad y dignidad; que al adoptar leyes se deben tomar en cuenta, el interés superior del menor.

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 19 establece que: "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

d) La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 25.2, establece el derecho a cuidados de asistencia especiales a favor de la maternidad y la infancia, el derecho a igual protección social de todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio.

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 24.1 el derecho de todo niño sin discriminación alguna por

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

cualquier motivo, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

f) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 10.3 establece que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

7.3 La Constitución Política del Perú en el artículo cuarto antes citado, así como los instrumentos internacionales anotados, también protegen el derecho a la familia; el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconocen el derecho de las personas humanas de fundar una familia; en igual forma lo tiene establecido el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece el derecho de toda persona al nivel adecuado de vida que le asegure a ella y a su familia la salud y el bienestar; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación del Estado de brindar a la familia la mas amplia protección y asistencia posible para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.

7.4 En relación a los instrumentos internacionales, es pertinente señalar que el Estado Peruano se encuentra obligado a cumplir los tratados del cual es parte, ello conforme al "pacta sunt servanda" y de acuerdo a los artículos 26 y 27.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales; asimismo, conforme a la norma constitucional del artículo 55, los tratados en vigor celebrados por el Perú forman parte de nuestro derecho nacional; por otro

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

lado respecto de la jerarquía constitucional de los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ello se desprende de lo previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución actual, en tanto las normas relativas a los derechos y libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales; y ampliamente en la cláusula de derechos implícitos del artículo 3 de la Constitución, establece que la enumeración de los derechos establecidos en la Constitución no excluye los demás que ésta garantiza ni aquellos de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre; a mayor abundancia el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en vigencia desde diciembre del año dos mil cuatro, contempla que el contenido y alcances de los derechos constitucionales se interpretan conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte. Así también el Tribunal Constitucional supremo interprete de la Constitución, ha reconocido que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, y en específico la protección del interés superior del niño y adolescente tienen contenido constitucional implícito, y sustento en las normas internacionales vinculantes para el Estado Peruano¹⁸, que el derecho a la familia y su protección es un derecho fundamental¹⁹.

¹⁸ Sentencia N° 02132-2008-PA/TC de fecha 10 de Mayo del 2011, fundamentos 5, 6, 7, 8. Señala: "El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental en cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)". Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N.º 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño". En la STC N° 03744-2007-PHC/TC

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

7.5 En este contexto normativo, se extraen tres premisas: primero la protección especial al interés superior del menor, que debe tenerse en consideración al momento de emitir la resolución judicial, considerando el trato preferente, su condición de sujeto de especial protección, y la garantía de sus derechos; apúntese, que la protección especial del menor forma parte de la doctrina de la doble protección o protección integral del menor, que obliga a considerar los derechos de los que es titular como persona humana y como menor de edad, con la comprobación de tales derechos en las circunstancias particulares del menor y de su realidad, orientado a que los derechos y protección especial del menor sean efectivos; la segunda premisa, es la protección especial a la familia, que también resguarda al menor debiendo preservar su derecho a tener una familia a través de la adopción, y a la demandante en su derecho fundamental de constituir jurídicamente su familia; y la tercera, que del examen de las normas denunciadas se tiene presente, que en este caso específico no es un caso de infracción a una norma legal, sino de trasgresión de normas y principios constitucionales, por lo que, de determinarse la infracción, se procederá a la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional.

OCTAVO: Examen de Idoneidad.

8.1 Nuestro ordenamiento contempla dos modos de constituir una familia, por vínculos naturales y por vínculos jurídicos; en este último se encuentra la adopción, que se orienta principalmente al interés superior del menor proveyéndole de una familia ubicándolo en un núcleo familiar apto y adecuado integrando esta familia de manera permanente e

estableció la atención especial y prioritaria del interés superior del niño y adolescente, el cual tiene contenido constitucional.

¹⁹ STC N° 01905-2012-HC-/TC del 17 de octubre del 2012; STC N° 09332-2006-AA/TC del 30 de noviembre del 2007, en los fundamentos cuarto y quinto de esta sentencia el tribunal señala la protección constitucional de la familia en el artículo 4 y en los tratados internacionales.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

irreversible, reafirmando su sentido de pertenencia, así como atendiendo a la protección, beneficio, desarrollo y bienestar del menor, protegiéndolo de la forma que sea más conveniente a su realidad e intereses.

8.2 En el caso de la demandante doña Engracia Suárez Quispe y de su menor hermano, se ha establecido un conflicto entre la norma contenida en el inciso 2 del artículo 378 del Código Civil con el derecho fundamental a la familia, e intensamente con el principio del interés superior del niño; entendiéndose como principio jurídico a una clase de estándares diferente a las normas jurídicas, que como señala Ronald Dworkin "*los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas*"²⁰.

8.3 La demandante y el menor tienen fácticamente relaciones de madre e hijo, pues la actora siendo hermana del menor se hizo cargo de él desde su nacimiento; el menor no conoce otra madre que la actora con quien tiene su hogar formado, los padres biológicos han dado su conformidad, y más bien podría ser contrario al bienestar, desarrollo y estabilidad emocional del menor, que se le obligue a reconocer a otra persona como madre, cuando él ha crecido con la noción que su madre biológica es su abuelita.

8.4 No obstante, la medida legislativa restringe la adopción a la exigencia a la demandante de contar con una edad igual o superior a la suma de la mayoría con la edad del menor; resultando lesiva a los derechos involucrados de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, como es el derecho a la familia y el principio del interés superior del menor; siendo grave la intensidad de la intervención cuando la norma imposibilita el derecho a formalizar vía adopción una relación que de hecho se encuentra constituida, que le ha favorecido al menor y a sus derechos,

²⁰ DWORKIN, Ronald, El modelo de las normas", página 80.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

por la protección y cuidado brindado por la demandante durante sus primeros años de vida en que se forma la personalidad temprana y la identidad como persona.

8.5 La exigencia que la demandante cuente con treinta años de edad superando en dieciocho años a la edad del menor, no resulta idónea con la realidad de la adopción integrativa en que la actora cuenta con veintisiete años accionando para dar fuerza legal a la relación luego de haber convivido por más de doce años con el menor en situación de su hijo; demandando una respuesta diferente del ordenamiento a las nuevas realidades del mundo social y familiar, que también plantean requerimientos de justicia, debiendo el derecho ir al compás de la vida sirviendo a la justicia de cada caso concreto; teniendo la adopción por integración, justificación y fundamento en la protección del menor, por lo que el interés en abstracto del legislador cede frente al interés concreto del menor que pretende ser integrado jurídicamente a la familia donde se ha formado.

8.6 Concluyendo que el medio adoptado por el legislador en relación de la edad exigida para adoptar, no es idóneo para el fin perseguido de protección del menor de iniciales J. A. S. Q. que se pretende adoptar; la intervención lesiona el derecho intervenido de formalizar una familia de hecho y el principio del interés superior del niño; resultando inconstitucional la medida en este caso particular de adopción por integración, tanto mas, que es perjudicial a la protección especial del cual es titular el menor afectado, y la protección a su derecho de ser integrado jurídicamente a su familia de hecho, que además reúne las demás condiciones exigidas legalmente.

NOVENO: Examen de necesidad.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

9.1 La medida legislativa tampoco supera el examen de necesidad, en tanto el menor cuya adopción se solicita es sujeto de derecho, tiene una identidad propia y pertenencia sociocultural en relación a su madre de facto, que debe respetarse; es así que éste, es un caso diferente de adopción, conocido como "**adopción por integración**", que ha merecido un tratamiento distinto en el inciso c) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes permitiendo que en vía de excepción, se pueda iniciar la acción judicial sin que medie declaración de abandono, cuando los peticionarios hubieren prohijado o convivido con el menor durante un periodo no menor de dos años; en el caso de autos, la demandante es hermana consanguínea del menor y ha convivido con él desde que nació habiendo transcurrido doce años, superando en exceso el mínimo de convivencia requerido.

9.2 La norma que contempla requisitos cerrados en relación a la edad, confronta derechos fundamentales en el caso particular, que demanda ser resuelta conforme a sus singularidades en atención de que se encuentra de por medio la familia y los derechos e intereses de un menor de edad; más aún cuando la diferencia de edades exigidas por la norma se justifica en un contexto muy diferente en que la relación entre adoptante y adoptado se inicia a partir de la adopción; mas la situación y el tratamiento debe ser distinto cuando los supuestos de hecho también son distintos, como es este caso en que se encuentra precedida de una relación familiar y de filiación fáctica de años que se quiere consolidar con la adopción judicial.

9.3 Como lo señala el Tribunal Constitucional, desde una perspectiva constitucional la familia al ser un instituto natural "*se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales*", así como los

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

cambios sociales y jurídicos²¹; el contexto social y la realidad da cuenta de muchos casos de familias ensambladas, no sólo por matrimonio y unión de hecho, sino aquellos casos en que los hermanos mayores asumen las funciones de los padres e incorporan a su familia a los menores como si fueran sus hijos, asumiendo de facto la patria potestad de los mismos con todo los deberes y responsabilidades que ello implica; es así que la adopción por integración entre hermanos, responde a una realidad social y familiar, demandando medios menos gravosos para formalizar jurídicamente a la familia de hecho; por lo que el mismo objetivo de protección del menor se puede alcanzar estableciendo en este caso, una excepción para la adopción del hermano menor peticionada por la hermana mayor cuando esta última no solo cumplan los requisitos legales, sino que además sin cumplir la diferencia de dieciocho años en las edades, supera por lo menos la edad de la pubertad, esto es, una diferencia de catorce años.

DÉCIMO: Examen de proporcionalidad.

10.1 La pretensión de adopción se sustenta en un acto de voluntad de la demandante para que mediante sentencia judicial se establezca una familia jurídica respecto de su familia de hecho, creando una filiación por adopción con efectos similares a la filiación natural; la finalidad de la adopción como se tiene dicho, es la protección familiar y social del menor, encaminada a integrarlo jurídicamente en un ambiente familiar del cual ya goza, garantizando en el futuro su bienestar y desarrollo integral.

10.2 Por el contrario, el rechazo de la adopción en este caso repercutirá directamente en el niño afectándole negativamente en su estabilidad familiar, en la identidad y vínculos afectivos que ha desarrollado con la demandante, así como en el pleno y armonioso desarrollo de su

²¹ Fundamento 7° STC N° 09332-2006-AA/TC antes citada.

286
✓

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

personalidad atentando contra su derecho de crecer en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, como lo establece el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño, y lo reconocen los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

10.3 Como lo tiene señalado la Corte Suprema de Justicia de la República en el Tercer Pleno Casatorio Civil, para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia, se debe abordar el significado de la fórmula política del Estado democrático y social del derecho, que tiene entre sus elementos esenciales a la justicia y la seguridad jurídica, la Constitución como norma suprema, la protección de los derechos fundamentales, el control constitucional de las leyes, entre otros²²; en ese contexto, no se justifica la limitación a los derechos fundamentales de los involucrados a constituir una familia y al principio del interés superior del menor, constituyendo una medida no razonable en la adopción por integración, la exigencia de una diferencia de edad que no tiene justificación en este caso, prevaleciendo la protección de los derechos fundamentales conforme a un Estado Constitucional de Derecho.

10.4 Por lo que, teniendo presente en la adopción de la decisión judicial, el interés superior del menor a adoptar por integración, cuya situación requiere una solución adecuada a su caso; considerando que los primeros años de vida ejercen influencia en la formación de la personalidad

²² La Corte Suprema ha señalado que el significado de la fórmula política del Estado democrático y social del derecho, que tiene entre sus elementos esenciales: "a) la justicia y la seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de administración, el control constitucional de las leyes, entre otros" Tercer Pleno Casatorio Civil Corte Suprema de Justicia de la República, publicada el 13 de mayo del 2011, página 12.

SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA

temprana, periodo en que el menor no solo aprende el lenguaje, incorpora conocimientos, significados, aprehende modos de relación social a partir de pautas familiares y culturales de su medio; que, en este caso con la adopción integrativa se esta consolidando un vínculo materno filial preexistente, preservando el medio familiar, mundo socio cultural, e identidad que ha desarrollado y formado el menor, resulta razonable y proporcional la exigencia a la demandante, que para adoptar a su hermano menor, cuente con una diferencia de catorce años que sumado a los doce años que detenta el menor, requiere una edad igual o mayor a los veintiséis años; edad que cumple contando con veintisiete años a la fecha de la interposición de la demanda.

10.5 Puntualizando finalmente, que estando por medio el interés superior del niño cuya adopción se pretende vía integración, al cautelar los derechos y principios constitucionales que protegen a éste, se está reafirmando el deber de los jueces de tener presente dicho interés al decidir.

10.6 Concluyendo de los argumentos de esta sentencia, que se han presentado los supuestos para el control difuso, debido que la norma prevista en el inciso 2 del artículo 378 del Código Civil es lesiva de los derechos fundamentales involucrados por las circunstancias particulares del caso concreto (derecho a constituir una familia por adopción integrativa y principio del interés superior del menor), correspondiendo declarar la inaplicación vía control difuso por incompatibilidad constitucional.

DÉCIMO PRIMERO: Aprobación de la sentencia consultada.

Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, la inconstitucionalidad de la norma legal inaplicada

**SENTENCIA
CONSULTA. N° 286 – 2013
AREQUIPA**

-inciso 2 del artículo 378 del Código Civil, por la instancia de merito en la resolución número diecisiete de fecha cuatro de setiembre de dos mil doce, de conformidad a lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde *aprobar* la sentencia consultada.

III. DECISIÓN.

Por tales consideraciones: **APROBARON** la sentencia de primera instancia elevada en consulta, resolución número diecisiete de fecha cuatro de setiembre de dos mil doce, obrante a fojas ciento treinta y nueve, expedida por el Juez del Segundo Juzgado Mixto de Paucarpata – Arequipa de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, por haber efectuado el control difuso inaplicado el inciso 2 del artículo 378 del Código Civil; en los seguidos por doña Engracia Suárez Quispe contra doña Georgina Quispe Domínguez y don Jesús Suárez Barrionuevo, sobre Adopción; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano"; y los devolvieron. Juez Supremo Ponente: Rueda Fernández.-

SS.

SIVINA HURTADO

ACEVEDO MENA

VINATEA MEDINA

MORALES PARRAGUEZ

RUEDA FERNÁNDEZ


SIlv/Ovo.
CARMEN ROSA DEL ACEVEDO
SECRETARÍA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema