



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el mayor respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el caso de autos emito el presente voto singular sustentando mi posición en contra de la sentencia aprobada por mayoría, en los siguientes fundamentos que paso a exponer:

I. **La maternidad subrogada es una figura prohibida dentro del ordenamiento jurídico peruano**

1. En términos de Von Wright ⁽²⁸⁾, existen normas que pertenecen al ámbito de los conceptos deontológicos, como el *mandato*, la *prohibición* o el *permiso*. En tal línea, Guastini ⁽²⁹⁾ señala que las normas permisivas pueden tener dos funciones: a) abrogar o derogar (tácitamente) prescripciones preexistentes o, **b) prohibir la creación de prescripciones futuras por parte de autoridades normativas subordinadas.**
2. Sobre las técnicas de reproducción asistida, el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece lo siguiente:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

(El énfasis es nuestro)

3. Como se colige, **la norma permite recurrir a los tratamientos de infertilidad, solo si la madre genética o progenitora biológica gesta el embrión al que ha aportado sus propios gametos**, por lo cual, bajo la lógica de Guastini, esta permisión contiene la

²⁸ Von Wright, G. (1967). *La lógica de la preferencia*. Buenos Aires: Eudeba. (p.7).

²⁹ Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Ediciones Raguel. (pp.63-64)



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

- prohibición de que, mediante las técnicas de reproducción asistida, la madre genética y la madre gestante no sean la misma persona.
4. En ese sentido, los centros de salud dentro del sector público y privado se encuentran prohibidos de brindar tratamientos de infertilidad en los cuales la madre genética no sea la misma que la gestante.
 5. De acuerdo a lo señalado, cabe determinar cuales son las situaciones que se encuentran prohibidas de conformidad al sentido deontológico del artículo 7 de la Ley General de Salud. Así, de la literalidad de la norma, es plausible afirmar que se encuentran prohibidas todas las técnicas de reproducción asistida en las cuales la madre genética no coincida con la madre gestante.
 6. Dentro de estos supuestos prohibidos, se encuentran los servicios de *gestación subrogada* (maternidad portadora). En términos de Jouve de la Barreda ⁽³⁰⁾, ésta implica “el nacimiento de un niño que es gestado por una mujer ajena a quien desea tener el hijo. Para ello se utiliza alguna de las alternativas que ofrece la reproducción humana asistida, pudiendo el óvulo ser aportado por la mujer que va a gestar, en cuyo caso se recurre a la inseminación artificial, o ser implantando un embrión producido por fecundación in vitro (FIV) procedente o no de los padres que van a adoptar al niño”. Así también, Beier ⁽³¹⁾, señala que la maternidad subrogada implica que “una mujer realiza el trabajo del embarazo para dar a luz a un niño (que tiene vínculos genéticos y/o gestacionales con ella) en nombre de otra persona o pareja que lo criará como propio” (Traducción propia).
 7. Como se evidencia, **la maternidad subrogada definitivamente implica que la madre genética sea una persona distinta a la gestante, por lo cual es fácil colegir que este tipo de supuesto se encuentra abiertamente prohibido dentro del ordenamiento jurídico peruano.**

³⁰ Jouve de la Barreda, N. J. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 28(2), 153-162. (p.154)

³¹ Beier, K. (2015). Surrogate Motherhood: A Trust-Based Approach, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, Volume 40, Issue 6, 1, Pages 633–652, <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1093/jmp/jhv024> (p.633).



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

8. En consecuencia, se debe precisar que los contratos de subrogación materna son nulos por ser ilegales.

II. La maternidad subrogada es contrario a la moral y las buenas costumbres

9. De conformidad a lo recogido por el artículo 2, inciso 14, de la Constitución; y, al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, además de los artículos 6 y 140, incisos 2 y 3, del mismo, **los contratos de subrogación materna son nulos por ser contrarios a la moral y las buenas costumbres.**
10. Así, Varsi ⁽³²⁾ señaló en su oportunidad que la maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito y dicho carácter se da, entre otros motivos, por los siguientes: tiene un fin ilícito, un objeto jurídicamente imposible, es un pacto que atenta contra el orden público, pues comercializa con el cuerpo humano, constituye un fraude a la institución de la adopción y es contrario a la moral y a las buenas costumbres (como se citó en Castillo Freyre & Torres, 2014, p.13). En esa línea también, Zannoni ⁽³³⁾ señala que el pacto de maternidad subrogada implica un acuerdo de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres, nulos, ya que transforman en objeto de comercio a la persona humana, considerando a las personas objetos del derecho y no sujetos de este (como se citó en Castillo Freyre & Torres, 2014, p.13).
11. Ésta última situación descrita ha sido advertida por la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños en el Informe A/HRC/37/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se precisa que existe una amplia documentación sobre las prácticas abusivas en el contexto de la gestación subrogada, tales como explotación de madres de alquiler, trata de personas, abandono de recién nacidos en estado de discapacidad, abandono o venta de recién nacidos “sobrantes”, entre otras figuras. Por ello, se recomienda a los Estados expresamente lo siguiente:

³² Torres, M., & Castillo Freyre, M. (2014). Vicisitudes y perspectivas en torno a la maternidad subrogada en el Perú. *Génesis*, 30, 1-6. (p.13)

³³ *Ibid.*, (p.13)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

“(…)

- c) Creen salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter comercial, **en particular mediante la prohibición de esta modalidad hasta que, en calidad de condición necesaria, se implanten sistemas debidamente regulados para asegurar la prohibición efectiva de la venta de niños o una regulación estricta de la modalidad que garantice que la madre de alquiler conserva la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto y que todos los pagos a la madre de alquiler se efectúan antes del traslado jurídico o físico de cualquier tipo del niño y no son reembolsables (excepto en casos de fraude), al igual que rechace la obligación de cumplir las disposiciones contractuales en materia de patria potestad, responsabilidad parental o restricción de los derechos (por ejemplo, el derecho a la salud y el derecho a la libertad de circulación) de la madre de alquiler.**
- d) Creen salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter altruista, lo cual deberá incluir, cuando esté permitida esta modalidad, su regulación adecuada, por ejemplo para garantizar que todos los reembolsos y pagos a las madres de alquiler y los intermediarios sean razonables y estén detallados, además de someterse a la supervisión de los tribunales u otras autoridades competentes, y que la madre de alquiler conserve la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto”.

12. Como se evidencia, la problemática descrita responde a la necesidad de la prohibición de este tipo de técnicas de reproducción asistida. En el Perú, **la maternidad subrogada puede ser conectada con el tráfico de niños y niñas, razón por la que no puede ser aperturada bajo ninguna circunstancia.**

III. La Constitución como expresión de la cultura y el modelo de familia

13. Häberle ⁽³⁴⁾ ha propuesto que “la Constitución no es solamente un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación

³⁴ Häberle, P. (2005). Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. En *Interpretación constitucional*, vol. I, Editorial Porrúa, México D.F. (p.677).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”. En ese sentido, la concepción de la familia forma parte de una propia manifestación de la cultura de cada país, en atención al modelo contemplado por sus propias Constituciones.

14. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que la “familia es el *elemento natural* y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17 que “la familia es el *elemento natural* y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.
15. En el Perú, el artículo 51 de la Constitución de 1933 reconoció expresamente la tutela de la familia, señalando que “el matrimonio, la familia y la maternidad estaban bajo la protección de la ley”. Luego, el artículo 5 de la Constitución de 1979, conceptualizó a la familia como una “*sociedad natural y una institución fundamental de la Nación*”. La actual Constitución de 1993 reconoce a la familia como un “*instituto natural y fundamental de la sociedad*”:

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

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.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

16. Para analizar los fundamentos que dieron origen a esta disposición, nos debemos remitir al Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático:

El señor Torres y Torres Lara. – (...) Los artículos 4º y 5º que se proponen, señor Presidente, tienen por objeto regular dos situaciones que consolidan la unidad familiar. En primer lugar, el artículo 4º regula la unidad familiar formal, aquella que se instituye a través del matrimonio y que es la célula básica de la sociedad. Mientras que el artículo 5º, señor Presidente, establece la protección a las uniones no formales, pero que, con el tiempo, han establecido una unidad de carácter familiar. Son muchísimos los casos en nuestro país de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

situaciones de unión que no han sido formalizadas. Por lo tanto, estos dos artículos están dirigidos a regular dos situaciones dadas: la familia consolidada a través del matrimonio; y la unión de hecho de varón y mujer, que también debe ser protegida. ⁽³⁵⁾

El señor Fernández Arce. - (...) Yo creo que la familia es la célula básica de la sociedad; y no lo digo yo, lo dijeron los señores representantes que prepararon la Constitución del año 1979: "la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, y ámbito natural de la educación y la cultura" ⁽³⁶⁾

17. Como bien se señala, también resulta pertinente hacer mención al Diario de Debates de la Asamblea Constituyente de 1978:

El señor HEYSEN. - Señor Presidente de la Asamblea, honorables asambleístas: El debate del capítulo II dedicado a la familia, reviste solemnidad de acto trascendental. La familia enfocada por nosotros en la Comisión de Deberes y Derechos Fundamentales y Garantías del Estado, ha sido objeto de un trabajo exhaustivo, profundo, en común y tenemos la certeza de haber finalmente establecido firmes bases políticas para nuestro porvenir. Puédase afirmar, con justicia, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que tiene derecho a la protección. ⁽³⁷⁾

18. La condición de *elemento o institución natural* forma parte de las bases del concepto de familia en los términos de la Constitución Política de 1993. Así, para delimitar su contenido se debe precisar que, según De la Fuente-Hontañón ⁽³⁸⁾, la familia en cuanto instituto natural, *no puede ser distorsionada ni por los cambios sociales, ni por el consenso social, sino que debe ser protegida.*

³⁵ Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional Pleno – 1993*. Tomo I. p. 353. Disponible en:
<https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/PlenoCCD/Tomocompleto93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf>

³⁶ *Ibid.* (p.373)

³⁷ Asamblea Constituyente 1978. *Diario de Debates*. Tomo VI. (p.11). Disponible en:
<https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/Comiprin/Tomocompleto/TomoVI.pdf>

³⁸ De la Fuente-Hontañón, R. (2014). ¿Es la Familia una Institución Natural? Algunas reflexiones en torno a la Jurisprudencia Nacional e Internacional. *SSIAS*, 7(2). (p.12).



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

19. En el mismo sentido, Dansey ⁽³⁹⁾ precisa que *“la familia no es una noción jurídica, pues es anterior al derecho positivo. Deriva del derecho natural y es objeto de regulación legal en los aspectos en que la ley necesariamente debe intervenir para fijar algunos lineamientos. Esta regulación debe encontrarse acorde con su esencia, que emana del derecho natural”*.
20. Así, la institución natural esgrimida por los constituyentes refiere a un modelo fundado en un vínculo matrimonial (Artículo 4), sin perjuicio de que se reconozcan otras como aquellas fundadas en las uniones de hecho (Artículo 5).
21. En esa línea, se puede colegir que la gestación subrogada tiene consecuencias trascendentales que afectan dicho modelo de familia permitiendo que existan hasta cinco (05) tipos de madres, en términos de Varsi ⁽⁴⁰⁾: la *madre genetrrix* (aporta el óvulo), *madre gestátrix* (gestacional), *madre biogénética* (enriquece con su material genético), *madre legal* (quien adopta) y la *madre social* (quien cría).
22. Por consiguiente, es plausible afirmar que la maternidad subrogada supone una contravención al mandato constitucional referido a la protección de la familia, así esta interpretación extensiva deviene en inconstitucional respecto del artículo 4 de la Carta Magna.
23. En definitiva, nuestra posición es que la maternidad subrogada no está prevista en el ordenamiento jurídico; sino la controversia está centrada en el presente caso en la inscripción de los menores como consecuencia de haber un mandato judicial y cuestionar una regla permisiva para las madres y no para los padres.
24. Aun con ello, sustentamos también nuestra posición divergente, la que desarrollamos en los siguientes puntos.

³⁹ Dansey, C. A. (1980). Naturaleza del matrimonio y la familia. *Revista Chilena de Derecho*, 7, 96. (p.97)

⁴⁰ Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida, IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 11, 39, (p. 129).



IV. El recurrente no acredita haber iniciado un proceso judicial de reconocimiento de sentencia extranjera

25. El demandante señala en su Recurso de Agravio Constitucional, que *una sentencia que versa sobre gestación subrogada no sería homologada en el Perú, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 2104 del Código Civil, en lo que respecta al requisito ‘La sentencia no debe ser contraria al orden público ni las buenas costumbres’, al no existir regulación sobre esa materia en el Perú* (f. 243-244).
26. Queda claro que el recurrente nunca inició un proceso de homologación de la Sentencia del Juzgado Civil del Estado de California (f.52), afirmando que resultaba innecesario acudir a esta vía, con lo cual pretende asimilar su omisión a la falta de exigibilidad del agotamiento de la vía previa contemplada en el artículo 43, inciso 3, del Nuevo Código Procesal Constitucional.
27. Así las cosas, se puede determinar que el recurrente tenía pleno conocimiento que la referida sentencia extranjera no es válida dentro del ordenamiento jurídico peruano y ha reconocido expresamente que resulta contraria al orden público y a las buenas costumbres.
28. El proceso de homologación de sentencia extranjera o *exequátur* no deviene en una materia prescindible en la presente *litis*, como parece asumirlo la sentencia en mayoría.
29. Dentro del ordenamiento jurídico interno, la eficacia de una sentencia extranjera se encuentra condicionada al previo proceso de *exequátur*. Así, en términos de Miaja de la Muela ⁽⁴¹⁾, mediante este último se “atribuye fuerza ejecutoria a una sentencia extranjera, que de otra manera carecía de ella”.
- 30. Así las cosas, la Sentencia del Juzgado Civil del Estado de California no tiene fuerza ejecutiva en el Perú.**

⁴¹ Miaja de la Muela, A. (1979). Derecho Internacional Privado. Ediciones Atlas, Madrid. (p.463).



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

31. Dentro del Título IV del Código Civil, se establecen las condiciones y requisitos a cumplir para otorgar eficacia a las sentencias extranjeras. De este modo, el artículo 2104 del Código Civil precisa los siguientes requerimientos:

Artículo 2104.- Requisitos para Exequátur

Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103.

- 1.- Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.
- 2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.
- 3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.
- 4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.
- 5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.
- 6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.
- 7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.
- 8.- Que se pruebe la reciprocidad.

32. La excepción de orden público se aplica únicamente cuando una sentencia no sea compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres. En términos de Virgos ⁽⁴²⁾ el orden público resume “todos los valores esenciales del ordenamiento y los protege frente a decisiones extranjeras”. (citado en Cabello, 2015, p.324).

33. Existe una relación directa entre el derecho de familia y el orden público, toda vez que, según Cabello ⁽⁴³⁾, “el primero engloba perspectivas religiosas, morales, jurídicas y sociales diferentes. La fundamentación de los lazos familiares en el matrimonio, filiación, unión de hecho o alimentos es altamente susceptible de ser contraria entre las diversas concepciones que cada país pueda tener al respecto”.

⁴² Cabello Matamala, C. J. (2015). *Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en el Perú: 1994-2014*. Tesis de doctorado, PUCP. (p.324)

⁴³ *Ibid.* (p.330)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

34. En ese sentido, el artículo 4 del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante de 1928) suscrito por el Perú señala lo siguiente: “*Los preceptos constitucionales son de orden público internacional*”.
35. Así, en concordancia con lo que se ha detallado *supra*, la Sentencia emitida por el Juzgado Civil del Estado de California resulta contraria al modelo de familia actualmente contemplado en la Constitución Política de 1993 y, por ende, al orden público peruano, toda vez que: (i) declara al amparista como padre legal de los menores E.M. y C.M., quienes fueron gestados a través de la maternidad subrogada, y (ii) contraviene la prohibición expresa respecto a la gestación subrogada contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud.
36. Por consiguiente, resulta claro que la referida sentencia contraviene las propias concepciones sobre el modelo familia que cuentan con protección constitucional. En todo caso, a mi consideración, mediante la argumentación esgrimida en la presente ponencia se está validando el contenido de una sentencia que no tiene fuerza ejecutiva en el Perú y que el propio amparista reconoce que no cumple con los requisitos para su homologación.

V. Sobre la alegada vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación

37. El recurrente aduce que se vulnera su derecho a la igualdad pues, de conformidad a los artículos 20 y 21 del Código Civil, cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus dos apellidos. Sin embargo, el demandante, en tanto padre de sus hijos, se encuentra impedido de inscribir el acta de nacimiento de sus menores hijos al no declarar la identidad de la madre.
38. Siendo así, discrepo con la línea argumentativa de la presente sentencia en mayoría que ha asumido el equivocado planteamiento del amparista; toda vez que, considero que no existe un *término de comparación (tertium comparationis)* entre las dos situaciones de hecho.



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

39. Tal como ha establecido este Tribunal Constitucional en numerosas oportunidades, para analizar una presunta vulneración al principio-derecho de igualdad, se debe proponer un término de comparación (*tertium comparationis*) válido. Ello significa que es preciso que las dos situaciones de hecho que han merecido un trato desigual por parte del legislador deben ser válidas constitucionalmente y compartir una esencial identidad en sus propiedades relevantes. Sólo entonces cabe ingresar a valorar las razones que podrían justificar, o no, la diferencia de trato en el correcto entendido de que la ausencia de objetividad y proporcionalidad en tales razones harán del tratamiento disímil, un trato, a su vez, discriminatorio, y, por ende, inconstitucional (STC 00014-2007-AI/TC, 00183-2002-PA/TC, 00015-2002-PI/TC, 00031-2004-PI/TC, 00435-2004-PA/TC, 00045-2004-PI/TC).
40. En términos de De Vergottini ⁽⁴⁴⁾, el denominado *tertium comparationis* sirve como término de referencia en el contraste entre lo que se compara (*comparatum*) y lo que se debe comparar (*comparandum*). Sin embargo, no resulta suficiente que se proponga un término de comparación, sino que -además- deben existir cualidades comunes entre las situaciones comparadas.
41. En el caso en concreto no existe tal equiparación entre el objeto del juicio de igualdad (*el padre no puede inscribir a sus hijos sin declarar la identidad de la madre*) y la situación normativa que se ha propuesto como término de comparación (Artículo 21 del Código Civil, “*cuando la madre no revele la identidad del padre, podría inscribir a su hijo con sus apellidos*”).
42. La referida disposición normativa se encuentra en concordancia con el artículo 409 del Código Civil:

Artículo 409.- Declaración judicial de maternidad extramatrimonial

La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

⁴⁴ De Vergottini, G. (1987). Balance y perspectivas del Derecho constitucional comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (19), 165-221. (p.218).



43. Ambos artículos se inspiran expresamente en el principio del Derecho Romano –ilustrado por la declaración del jurista Paulo en el Digesto– “*mater semper certa est*” (“la madre siempre es conocida”) bajo el cual, el estado de gestación y el parto de la mujer llevan a la certeza de la maternidad. Según Gruenbaum ⁽⁴⁵⁾, este principio ha sido recogido en diferentes sistemas jurídicos, como Argentina, Austria, Chile, Alemania, Países Bajos, Portugal, España, Suiza, el Reino Unido, entre otros (Traducción propia).
44. El fundamento del referido principio radica –según Talavera ⁽⁴⁶⁾– en la necesidad de “identificar al responsable primario de las obligaciones inherentes al cuidado del neonato. *El único criterio jurídico que puede identificar al obligado de manera irrefutable es un hecho biológico: el parto.* Por ello, ese hecho es el que determina primariamente la atribución de la filiación legal a la mujer y da lugar al nacimiento de las obligaciones legales de esta respecto del cuidado del menor. La situación del padre resulta manifiestamente diferente, ya que la prueba del parto únicamente permite identificar la identidad de la madre; no existiendo esa posibilidad irrefutable en el caso del varón. En consecuencia, cuando entran en concurso el factor genético y el biológico, la prevalencia del factor biológico a la hora de atribuir legalmente la filiación resulta indiscutible”.
45. En esa línea coincide Gonzáles Pérez de Castro ⁽⁴⁷⁾ al señalar que “la relación madre-hijo es *directa e inmediata*, por lo que la mayoría de las legislaciones parten del principio romano según el cual la maternidad es siempre cierta. En cambio, la paternidad no lo es, ya que la relación padre-hijo es conocida por conducto de la madre y, por tanto, es *mediata e indirecta*; razón por la cual se encuentra plenamente justificado que, para su determinación, se establezcan mecanismos de atribución mucho más complejos: instrumentos lógicos-formales (presunciones o pruebas)”.

⁴⁵ Gruenbaum, D. (2012). Foreign Surrogate Motherhood: *mater semper certa erat*, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 60, Issue 2, 475–505, <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.5131/AJCL.2011.0010> (p.476)

⁴⁶ Talavera Fernández, P. A. (2017). Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica. *Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica*, 197-231. (p.217).

⁴⁷ Gonzáles Pérez de Castro, M. (2013). La verdad biológica en la determinación de la filiación. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, 1-374. (p.329).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

46. Lo señalado evidencia que resulta materialmente imposible equiparar los requisitos de inscripción del padre con los de la madre en función a las razones desarrolladas *supra*. Así las cosas, es menester concluir que **el demandante no ha ofrecido un término de comparación válido, aspecto no advertido por la sentencia en mayoría.**
47. Sumado a ello, es relevante analizar los motivos que denotaron la redacción actual de los artículos 20 y 21 del Código Civil, cuestionados por el amparista, teniendo en cuenta que las referidas disposiciones normativas fueron modificadas mediante la Ley 28720, publicada el 25 de abril de 2006, según el siguiente detalle:

Texto anterior	Texto actual modificado por la Ley 28720
Nombre del hijo matrimonial Artículo 20.- Al hijo matrimonial le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre.	Artículo 20.- Apellidos del hijo Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.
Nombre del hijo extramatrimonial Artículo 21.- Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos. Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial	Artículo 21.- Inscripción del nacimiento Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación. Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento. Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.

48. El espíritu de estas modificaciones obedece a una situación de discriminación positiva, pero principalmente a la tutela del derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

a la identidad de los menores; tal y como se desprende de una lectura aguda de los siguientes documentos:

- ***Dictamen de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social recaído sobre los proyectos de ley N° 2412/2001-CR, 3471/2002-CR referidos a las modificaciones del Código Civil de los artículos 19, 20, 21, 392, los que garantizan el derecho al nombre.*** Se concluye que se vulnera el derecho a la identidad de los niños, pues las normas vigentes al momento (Artículo 21 del Código Civil: el hijo extramatrimonial llevará los apellidos del progenitor que lo haya reconocido) desprotegen al niño en su derecho al nombre, en tanto aparece como hermano del progenitor que lo reconoció. El Estado debería permitir que el niño pueda llevar el apellido del progenitor, no obstante que éste no lo haya reconocido. Atribuirle al niño, el apellido del progenitor que no lo ha reconocido, no significa que se le atribuya efectos filiatorios, porque para ello se requiere la voluntad de aquél, o en todo caso la declaración de filiación.
- ***Proyecto de Ley 7478/2002-CR, Ley que modifica los artículos 21 y 292 del Código Civil y 37 del Reglamento de inscripciones del RENIEC, que establece normas sobre la inscripción de hijos extramatrimoniales; así como el artículo 53 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N°017-93-JUS, modificado por el artículo 1 de la Ley N°2755, que establece competencia de los jueces de familia.*** Este proyecto se fundamenta en los derechos a la identidad e igualdad ante la ley de los hijos extramatrimoniales. Se precisa que bajo el principio del interés superior del niño el Estado debe dictar normas legales que tiendan a proteger los derechos del niño, como es el derecho al goce del nombre que debe incluir el sobre nombre y los apellidos paternos de ambos progenitores; lo cual no implica violentar el derecho de las personas que son consideradas agraviadas con una presunta usurpación de nombre, por cuanto tienen expedito su derecho de acción ante el órgano jurisdiccional competente. En consecuencia, se propone la modificación de las disposiciones contenidas en el Código Civil y normas conexas, y permitir que las madres



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

solteras, que representan un número considerable de la población nacional, puedan registrar a sus hijos con el apellido paterno de quienes consideran padre de los mismos, hecho que a la vez permite la protección de los derechos sociales y patrimoniales que por ley les corresponde.

- ***Proyecto de Ley 6683/2002-CR, Ley de Paternidad Responsable.*** Este proyecto se fundamenta en el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad y al libre desarrollo y bienestar. Se reconoce que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus progenitores. En ese sentido, el proyecto propone que la madre del niño o niña no reconocida voluntariamente por su padre, puede declarar bajo juramento, cuál es el nombre del padre del menor. Una vez realizado tal juramento se realizará de oficio el trámite administrativo, en el cual se notificará personalmente al presunto padre biológico y se le concederán 30 días hábiles para que declare si acepta o no la paternidad a él atribuida. Si el presunto padre se niega a ser notificado o no contestase dentro del plazo o negase la paternidad, se ordenará la obligación de practicarse una prueba de marcador genético o ADN. En caso de no presentarse, sin causa justificada a la prueba, se ordenará inscribir el apellido del presunto padre junto con al de la madre. Lo mismo se realizará si practicada la prueba se determina que el presunto padre es el padre biológico del menor. Igualmente sucederá con el presunto padre, que considere que el hijo o hija nacida de la madre, con quien tuvo una relación sentimental es suyo, claro que todo estará sujeto a la aceptación de la otra parte o a los resultados de la prueba del ADN al cual se someta.
- ***Proyecto de Ley 3421/2002-CR, Ley que deroga y deja sin efecto el artículo 37 del Decreto Supremo 015-98-PCM.*** Este proyecto se fundamenta en el derecho a la identidad. El artículo 37º del Decreto Supremo N° 015-98-PCM (Norma que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) deviene en inconstitucional, por cuanto niega al recién nacido el derecho a su identidad expresada en el nombre y los apellidos de sus padres. Se precisa que no puede otorgarse o irrogarse la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

facultad de no inscribir el apellido del padre o madre ausente, menos aún prohibir al padre o madre presente revelar el nombre con quien considere o hubiere tenido el hijo, porque ello atenta contra la libre voluntad de expresar lo conveniente como forma de garantizar los derechos del recién nacido y coacciona la libre iniciativa de no guardar silencio sobre hechos.

- ***Proyecto de Ley 3471/2002-CR, Ley de reconocimiento y anotación de apellidos del hijo extramatrimonial.*** Este proyecto se fundamenta en el derecho al nombre y a la identidad de los niños. El Artículo 6 de la Constitución Política, señala que la política nacional. Con esta iniciativa se propone que los hijos nacidos fuera de matrimonio deben ser reconocidos por uno de sus padres, pudiendo consignar en el acta de nacimiento los apellidos del padre ausente, para que el niño tenga derecho al nombre y su identidad, conforme a la Convención de los Derechos del Niño. En el país gran cantidad de niños carece de identidad, debido que no tienen, especialmente, los datos del progenitor y por consiguiente tampoco el reconocimiento paterno, por lo que este tema debe ser asumido por todas las Instituciones que tienen competencia conforme a ley.
- ***Proyecto de Ley 2412/2001-CR, Ley que garantiza el derecho al nombre.*** Este proyecto se fundamenta en el derecho a la identidad. Se precisa que en el Perú existe una problemática por la negativa de inscribir a los recién nacidos con el apellido del padre a sola declaración de la madre, por lo cual existen miles de niños no inscritos. En el caso de los hijos extramatrimoniales se exige que ambos padres concurren de manera conjunta de conformidad al artículo 37 del Decreto Supremo N°015-98. Así, se sustenta que la aplicación de este artículo confunde el acto de inscripción (tutela del derecho al nombre) con el acto de reconocimiento (tutela el derecho de filiación). El proyecto propuso la modificación de este dispositivo que atenta contra el derecho de los niños a tener un nombre y una identidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

49. Conforme a lo señalado, se evidencia que el motivo del legislador radica en la tutela del derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales, lo cual implica que se permita llevar el apellido de un progenitor a pesar de que no lo haya reconocido. En esa línea, también se parte de una situación objetiva como el impedimento de las madres solteras de inscribir a sus menores hijos con el apellido del padre cuando este se encuentra ausente.
50. Es claro que el derecho a la identidad devino en un fundamento primordial para el legislador. En función a ello, cabe cuestionarse lo que sucede en el caso del derecho a la identidad de los menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida –como la maternidad subrogada– en las que presuntamente existe un anonimato de la persona donadora del óvulo.
51. Sobre este punto, Cárdenas Krenz ⁽⁴⁸⁾ sostiene que debe tutelarse el “*derecho a la identidad biológica*” a partir de una lectura sistemática del derecho a la identidad, a la verdad y al principio de interés superior del niño, toda vez que es un derecho natural de toda persona y es algo que por su contenido es fundamental cada uno. Sumado a ello, según Moro ⁽⁴⁹⁾, negar el derecho a la identidad biológica devendría en discriminatorio, pues existiría un grupo que sí puede conocer sus orígenes (los nacidos por medios ordinarios), mientras otro grupo de personas no podría gozar de ese mismo atributo (los nacidos mediante medios extraordinarios).
52. Como tal, las modificaciones realizadas a los artículos 20 y 21 del Código Civil se fundan en razones objetivas que resultan concordantes con la finalidad que se planteó, la tutela del derecho a la identidad.
53. Sin perjuicio de lo señalado, considero que, para que la maternidad subrogada se encuentre permitida dentro de nuestro ordenamiento

⁴⁸ Cárdenas Krenz, A. R. (2015). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. (p.60)

⁴⁹ Moro Almaraz, M.J. (1988). “La exigencia de un anonimato absoluto discrimina a los hijos nacidos a partir de las nuevas técnicas de los demás” (1988) Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”. Barcelona: Bosch. (p. 109)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

jurídico, resulta necesario que el Congreso, como titular del Poder Constituyente Derivado, proponga una reforma constitucional del artículo 4 de la Constitución y, también, se desarrolle el marco legal pertinente referido a la regulación de la gestación subrogada y la inscripción de los nacimientos.

VI. La demanda deviene en improcedente por la existencia de una vía igualmente satisfactoria

54. No obstante lo desarrollado *supra*, corresponde determinar si, como ha señalado la entidad emplazada, debe declararse improcedente la demanda en aplicación del artículo 7, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Constitucional.
55. De conformidad con el fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC (precedente *Elgo Ríos*), para determinar la existencia de una vía igualmente satisfactoria se debe cumplir con los siguientes requisitos:

Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

56. En el presente caso, desde una perspectiva objetiva, tenemos que el procedimiento ordinario, previsto en el Texto Único Ordenado ("TUO") de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. Ello, en tanto la controversia se encuentra referida a la nulidad de las Resoluciones Regionales 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC y 288-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC a fin que se disponga la inscripción administrativa del acto de nacimiento de los menores E.M. y C.M.



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

57. Así, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, los actos administrativos – como los cuestionados por el amparista– son impugnables en la referida vía ordinaria. En adición, el proceso ordinario prevé las etapas necesarias para conocer la pretensión del recurrente, en consecuencia, resulta claro que se constituye en una vía célere y eficaz donde puede resolverse el caso *iusfundamental* propuesto por el demandante; y, además deja abierta la posibilidad de hacer uso de las medidas cautelares pertinentes a fin de garantizar la eficacia de la ejecución de la sentencia.
58. Aunado a ello, se debe precisar que lo pretendido por el recurrente versa sobre un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional, sino que debe ser dilucidado en un proceso que cuente con etapa probatoria; toda vez que la determinación de las categorías de “madre genética”, “madre biológica” y “madre legal” –en tanto el tema subyace en función a la maternidad subrogada– únicamente pueden calificarse a través de los propios términos del contrato de subrogación y de la donación de óvulos. Ambos aspectos, como se desprende de autos, no se encuentran detallados en el Expediente y tampoco podrían evaluarse en sede constitucional, pues se requiere una discusión técnica.
59. En adición, la propia ponencia reconoce que en los Certificados de Nacimiento de los menores E.M. y C.M. emitidos por el Departamento de Servicios de Salud del Estado de Texas, Estados Unidos de América, se reconoce a Ricardo Morán Vargas como *padre legal*; sin que se haya determinado si el recurrente es el *padre biológico* de los menores, lo cual es necesario más aún si, de la revisión del Expediente, no consta la realización de una prueba de ADN. Este examen hubiera permitido acreditar el *vínculo biológico* entre los menores y el amparista, aspecto que resulta de crucial importancia en tanto dicho requisito es esencial para determinar la procedencia de la inscripción de niños nacidos mediante una gestación subrogada siguiendo la línea jurisprudencial comparada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia* ⁽⁵⁰⁾. En ese sentido, al no haberse

⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de *Valdís Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia*. (Fundamento 59). El TEDH reconoce como requisitos para la inscripción



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

ofrecido como medio probatorio el referido examen de paternidad biológica, el proceso de amparo no resulta una vía idónea para analizar la pretensión del recurrente, pues se carece de etapa probatoria para ordenar la realización de la señalada prueba.

60. Por otro lado, atendiendo a una perspectiva subjetiva, cabe analizar si acudir a la vía ordinaria pone en grave riesgo, o no, el derecho presuntamente afectado y, de ser el caso, si es necesaria una tutela urgente atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir; teniendo en cuenta que el demandante argumenta que, a la fecha, sus hijos no tienen Documento Nacional de Identidad (“DNI”), pasaporte peruano, acceso a EsSalud ni al SIS y deben salir cada tres meses del país por mandato de la Ley de Extranjería.
61. Sobre la tutela de urgencia, este Tribunal Constitucional -en el fundamento jurídico 3 de la STC 01387-2009-PA/TC- ha señalado lo siguiente:

[...] el proceso de amparo procede cuando se pretenda evitar que la agresión o amenaza se convierta en irreparable, a pesar de que existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias. En este supuesto, la urgencia de tutela tiene que ser valorada por el juez en el caso concreto, teniendo en consideración **las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada o amenazada con la acción u omisión.**

62. En el caso en concreto, el amparista no acredita la tutela de urgencia, toda vez que sus hijos *tienen nacionalidad norteamericana* al haber nacido dentro de los Estados Unidos de América conforme obra en sus Certificados de Nacimiento emitidos por el Departamento de Servicios de Salud del Estado de Texas. En consecuencia, los menores no son apátridas y pueden acceder a un seguro de salud, un pasaporte norteamericano ⁽⁵¹⁾, entre otros, dentro de los Estados Unidos de América, así como identificarse en otro país.

la prueba del vínculo biológico y, también, la existencia de vida familiar (lazos emocionales).

⁵¹ (F.20) del Expediente Administrativo, adjuntado en el cuaderno del Tribunal Constitucional.



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

63. Sumado a ello, se debe precisar, que el hecho que el recurrente haya decidido residir en el Perú de manera permanente con sus dos menores hijos fue a pleno conocimiento de la normativa interna referida a la inscripción de nacimiento de niños, y respecto a la prohibición expresa de la maternidad subrogada.
64. En consecuencia, la presunta tutela de urgencia que argumenta en su escrito de demanda, fue generada por su propio accionar y con absoluto entendimiento del marco legal aplicable; razón por la cual lo pretendido por el amparista constituye un manifiesto caso de ejercicio abusivo del derecho.
65. Sobre ello, la Constitución Política de 1993 indica, en su artículo 103 que, “la Constitución no ampara el abuso del derecho”, y el Código Civil señala en el artículo II de su Título Preliminar que “la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”.
66. A partir de ello, este Tribunal ha definido el abuso del derecho como “desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas”; indicando además que “los derechos no pueden usarse de forma ilegítima (...), sino de manera compatible con los valores del propio ordenamiento” (STC 05296-2007-PA, F.J. 12). En efecto, tal y como refiere Muñoz Aranguren ⁽⁵²⁾, “al señalar que los derechos fundamentales no son absolutos y que están sujetos a determinadas limitaciones, se reconoce que puede existir un ejercicio desviado de tales derechos”.
67. El ejercicio de la figura del abuso del derecho se ve reflejado más aún en la Sentencia emitida por el Juzgado Civil del Estado de California, en la cual se ordena expresamente que **“los demandados [REDACTED] (gestante) y [REDACTED] colaboraran con el demandante Ricardo Morán Vargas y firmarán todos los documentos necesarios para obtener el certificado de nacionalidad del Perú y/o pasaporte del Perú que le será emitido al menor hijo alumbrado por la demandada [REDACTED] después del 25 de agosto de 2018 y antes**

⁵² Muñoz Aranguren, A. (2018). Abuso del derecho y ponderación de derechos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41), 35-48. (p.38)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC
LIMA
E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

del 25 de junio de 2019” (f.53). En ese sentido, se aprecia que el recurrente cuenta con todas las facilidades –incluso judicialmente ordenadas – para poder inscribir a sus menores hijos, sin embargo, se encuentra en una situación jurídica que, a propia decisión, podría revertir. Por consiguiente, se acredita que el amparista no se encuentra bajo el supuesto de la tutela de urgencia.

Por estas razones, en aplicación del artículo 7, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Constitucional, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la presente demanda de amparo en el extremo de la inscripción en el RENIEC de los menores E.M. y C.M.

S.

GUTIÉRREZ TICSE