



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 423/2023

EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de septiembre de 2023, en sesión de Pleno Jurisdiccional, los magistrados Morales Saravia (presidente), Pacheco Zerga (vicepresidenta), con fundamento de voto que se agrega, Domínguez Haro, con fundamento de voto que se agrega, Monteagudo Valdez, con fundamento de voto que se agrega, y Ochoa Cardich, con fundamento de voto que se agrega, han emitido la presente sentencia. El magistrado Gutiérrez Ticse ha emitido un voto singular, que también se agrega. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ricardo Morán Vargas a favor de sus hijos E.M y C.M. contra la Resolución 4, de fecha 23 de noviembre de 2022, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de diciembre de 2021, don Ricardo Morán Vargas interpuso demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), a fin de que se declare la nulidad de las resoluciones regionales 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC y 288-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC, ambas del 27 de mayo de 2021, mediante las cuales se declararon improcedentes los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones registrales 109-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC y 110-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC, de fechas 11 de marzo de 2021, que a su vez declararon improcedentes las solicitudes de inscripción administrativa del nacimiento de sus menores hijos E.M. y C.M, sin el apellido de la madre. Como consecuencia de ello, solicita que se disponga la inscripción administrativa del acta de nacimiento de sus hijos, para que puedan ejercer todos sus derechos constitucionales y convencionales.

Asimismo, solicita que se aplique el control de convencionalidad y se inapliquen los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificado por la

Firmado digitalmente por:
MORALES SARAVIA Francisco
Humberto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 10/10/2023 13:30:06-0500



Firmado digitalmente por:
PACHECO ZERGA LUZ IMELDA
FIR 02860240 hard
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 11/10/2023 10:53:59-0500

Firmado digitalmente por:
GUTIERREZ TICSE Luis
Gustavo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 13/10/2023 11:18:54-0500

Firmado digitalmente por:
DOMINGUEZ HARO Helder FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 13/10/2023 09:42:20-0500

Firmado digitalmente por:
REATEGUI APAZA FLAVIO
ADOLFO FIR 09984535 hard
Motivo: Doy fe
Fecha: 13/10/2023 13:30:06-0500

Firmado digitalmente por:
OCHOA CARDICH Cesar
Augusto FIR 06626828 hard
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 10/10/2023 18:00:14-0500

Firmado digitalmente por:
MONTEAGUDO VALDEZ Manuel
FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 11/10/2023 18:51:12-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

Ley 28720, que establecen que al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre, así como el numeral 6.1.1.2, literal c, punto 2 de la Directiva 415-GRC/032, sobre Procedimientos Registrales para la inscripción de hechos vitales y actos modificatorios del Estado Civil ante las Oficinas Autorizadas, en cuanto señala que “si el padre es el único declarante, deberá señalar como apellidos del titular, su primer apellido y el primer apellido de la madre” (sic).

Invocó la tutela de los derechos constitucionales de sus menores hijos E.M. y C.M. al nombre, nacionalidad, identidad, igualdad y no discriminación, a las garantías judiciales (debido proceso) y protección judicial (tutela judicial efectiva).

Sostiene que sus hijos nacieron por medio de maternidad subrogada en los Estados Unidos de América. Por tal razón, con fecha 11 de octubre de 2019, se apersonó al Reniec, con la finalidad de proceder a la inscripción del nacimiento extemporáneo de sus hijos, sin embargo, mediante las resoluciones registrales 109-2021 y 110-2021 se declaró improcedente sus solicitudes de inscripción extemporánea, por considerar que el levantamiento del acta de nacimiento únicamente con los apellidos del padre y sin revelar la identidad de la madre no se encuentra contemplado en la normatividad vigente, motivo por el cual interpuso recursos de apelación contra dichas resoluciones, los cuales fueron declarados improcedentes. Agrega que se le ha denegado la inscripción extemporánea de sus hijos por una incorrecta interpretación del interés superior del niño.

Asimismo, manifiesta que se les ha negado a sus hijos, de manera arbitraria, su derecho a la nacionalidad, pues a estos les corresponde la nacionalidad peruana, dado que son hijos de un peruano; sin embargo, el Reniec, en vista de lo establecido en los artículos 20 y 21 del Código Civil de 1984, se niega a inscribirlos, incurriendo incluso en un supuesto de discriminación, pues una madre sí puede registrar a su menor hijo o hija solo con sus apellidos, mientras que un padre no, ello sin existir razones objetivas y razonables para tal distinción.

Mediante Resolución 1, de fecha 28 de febrero de 2022, el Noveno Juzgado Constitucional de Lima admitió a trámite la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

Con fecha 15 de marzo de 2022, la Procuraduría Pública del Reniec se apersonó al proceso, formuló la excepción de incompetencia por razón de la materia y contestó la demanda solicitando que sea declarada improcedente, en la medida en que el proceso contencioso administrativo es la vía jurisdiccional adecuada para proteger los intereses del demandante, o infundada, toda vez que el Reniec se encuentra habilitado, por el marco legal, para realizar los registros correspondientes según los procedimientos regulados, como el aplicable para la inscripción extemporánea de niños y niñas. Asimismo, señaló que los artículos 20 y 21 del Código Civil, que establecen que los menores deben llevar el apellido de sus progenitores, configuran el parámetro de protección del derecho a la identidad; además, los menores al haber nacido en Texas en los Estados Unidos, son nacionales de tal estado y no tienen la condición de apátridas, por lo que no se estaría vulnerando el derecho a la nacionalidad. En igual sentido, señaló que no se ha acreditado la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, pues con la demanda no se ha realizado el análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación que se cuestiona. De otro lado, expresó que, ningún mandato jurisdiccional emitido por un tribunal extranjero tiene validez alguna dentro del territorio nacional si previamente no se cumple con el procedimiento judicial interno de *exequatur*.

Mediante Resolución 4, de fecha 22 de abril de 2022, el Noveno Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente la excepción de incompetencia por razón de material y saneado el proceso; y a través de la Resolución 5, de fecha 18 de julio de 2022 (foja 156), declaró infundada la demanda, tras considerar que la maternidad subrogada no tiene regulación en sede nacional, y que por las circunstancias en que se solicita la inscripción extemporánea del nacimiento de los menores no puede ser efectuado el registro, al no existir legislación positiva que justifique dichos actos jurídicos.

La Sala Superior revisora, mediante Resolución 4, de fecha 23 de noviembre de 2022 (foja 211), revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, al considerar que la sentencia dictada en Estados Unidos de América, que le otorgaría al actor la exclusiva patria potestad sobre sus menores hijos, no ha sido provista de fuerza ejecutoria en el Perú mediante el proceso judicial de reconocimiento de sentencia extranjera (*exequatur*); por lo que existe incertidumbre respecto de los actos que se denuncian



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

como lesivos en la demanda, situación que no puede ser esclarecida en la vía del proceso de amparo.

FUNDAMENTOS

Delimitación de la controversia constitucional

1. De la revisión de la demanda y otros actuados se desprende que las resoluciones del Reniec, que niegan el documento nacional de identidad (DNI) a los menores E.M. y C.M. (que a la fecha tienen 4 años de edad), dan cuenta expresa que el demandante no ha dado a conocer el nombre de la madre de tales menores de edad para así proceder a su inscripción. El Reniec alega que lo peticionado en la demanda de autos no está permitido en la legislación de la materia, por lo que no puede autorizar que dichos menores de edad puedan acceder a la nacionalidad peruana ni a tener un DNI. Por ello, corresponde que en el presente caso constitucional se analice lo siguiente:
 - i) El bloque de constitucionalidad de los derechos del niño, los principios de efectividad y de interés superior del niño, y los derechos a la inscripción del nacimiento, al nombre y a la nacionalidad, así como la exigencia de conocer a los padres de un niño, “en la medida de lo posible”.
 - ii) El derecho fundamental a la nacionalidad peruana de los hijos nacidos en el exterior de padre o madre peruanos; y
 - iii) El principio de proporcionalidad en el examen de igualdad de los artículos 20 y 21 el Código Civil, modificados por la Ley 28720, que sirvieron de base para la decisión del Reniec de negar la inscripción de los menores E.M. y C.M.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

Consideraciones previas del Tribunal Constitucional

2. Conforme se ha expuesto en el punto anterior y se desprende de autos no es objeto de pronunciamiento en este caso el examen de las circunstancias específicas del nacimiento de los menores E.M. y C.M., sino más bien el examen de los argumentos que respaldan las decisiones del Reniec para rechazar la inscripción de tales menores, en especial los argumentos relacionados con las disposiciones legales que le sirvieron de base. En este punto, conviene precisar que, teniendo en cuenta que en el Perú la Administración no tiene la competencia de aplicar el control difuso de constitucionalidad de las leyes, sí se verifica que el Reniec basó su decisión exclusivamente en determinada normatividad legal y que esta resulta contraria a la Constitución, ello, más allá de lo que resuelva el Tribunal Constitucional, podría ser indicativo de que el Reniec no debería ser condenado al pago de los costos del proceso.
3. Así también se debe precisar que una de las funciones más importantes del Tribunal Constitucional es ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, cuando una persona o institución cuestione su aplicación, alegando la vulneración de derechos fundamentales. En consecuencia, debe resolver los casos que se le presenten ya que se tiene la *obligación* de dar solución jurídica a los conflictos planteados, no pudiendo, en ningún caso, “dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”¹. En el presente caso, al existir contenido normativo que se desprende de reglas legales que impiden a un padre inscribir a sus hijos con sus apellidos, sin mencionar la identidad de la madre, pero que faculta a esta, sin expresión de causa, a inscribir a los hijos con sus apellidos, sin revelar la identidad del padre², es necesario que el Tribunal Constitucional, al resolver el presente caso, tenga en cuenta los principios constitucionales que resulten de aplicación, incluido el de interés superior del niño, y los derechos a la identidad y a la nacionalidad de tales menores de edad, así como los de igualdad y no discriminación.

¹ Constitución. Artículo 139, inciso 8

² Cfr. Código Civil, artículo 21 *in fine*: “Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

4. Asimismo, es necesario precisar que los procesos constitucionales de tutela de derechos no tienen por finalidad dictar un *exequatur*, ya que en el ordenamiento jurídico peruano existe una vía procesal específica, así como competencias judiciales delimitadas para la validación de sentencias extranjeras. No obstante, sí corresponde a este Colegiado valorar ciertos efectos de tal decisión judicial extranjera presentada conforme a los hechos que expone, sin que ello implique otorgarle validez jurídica a todo su contenido. Razón por la cual, al margen de no existir un *exequatur*, es menester reconocer que dicho documento ha permitido a los menores favorecidos acceder a una identidad en territorio estadounidense, reconocer a su padre el ciudadano peruano Ricardo Morán Vargas, generar lazos afectivos y permitir su desplazamiento entre Estados Unidos y Perú.

Sobre los argumentos de las resoluciones impugnadas del Reniec para negar la inscripción de los menores E.M. y C.M

5. Las resoluciones registrales 109-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC³ y 110-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC⁴, de fechas 11 de marzo de 2021, declararon improcedente la petición del recurrente. Específicamente, la Resolución Registral 109-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC, rechaza la petición respecto del menor E.M., con los siguientes argumentos:

Que, en el presente caso, el ciudadano Ricardo Moran Vargas, solicita ante esta Oficina Registral RENIEC, la inscripción del nacimiento de su menor hijo a nombre de [E.M.V.], nacido el 26 de abril del año 2019, en la ciudad de TEXAS, Estados Unidos de Norteamérica, Para tal efecto presenta la partida de nacimiento del menor expedido por funcionario extranjero, con el sello de la apostilla y traducido al castellano.

Que, mediante carta de notificación No. 258-2020, y en aplicación del artículo 15, inciso c y artículo 69 del Reglamento de Inscripciones, esta Oficina Registral formuló observación a la presente solicitud señalando que: "Para atender su solicitud de inscripción del acta de nacimiento de su hijo [E], es necesario conocer el nombre de la madre...". Asimismo: "...para registrar los

³ Foja 31

⁴ Foja 28



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por
RICARDO MORÁN VARGAS

apellidos del menor, se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificado por la ley 28720, que señala que al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre, concordante con el numeral 6.1.1.2, literal "c" punto 2. de la Directiva 415-GRC/032 "Procedimientos Registrales para la inscripción de Hechos Vitales y Actos Modificatorios del Estado Civil ante Oficinas Autorizadas" que señala; "si el padre es el único declarante, deberá señalar como apellidos del titular, su primer apellido y el primer apellido de la madre".

6. La Resolución Registral 110-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC, repite los mismos argumentos, pero esta vez vinculados a la menor C.M.
7. De otro lado, las resoluciones regionales 288-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC⁵ y 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC⁶, ambas del 27 de mayo de 2021, mediante las cuales se declararon improcedentes los recursos de apelación interpuestos por el recurrente, consideraron que lo solicitado no se encuentra contemplado en la normatividad vigente y contraviene las disposiciones sobre el nombre y el derecho del niño de conocer a sus padres como su nacionalidad. Específicamente, la Resolución Regional 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC, sostiene lo siguiente:

Que mediante Resolución Registral N.º 109-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, la Oficina Registral San Borja del RENIEC resolvió declarar IMPROCEDENTE la solicitud de Inscripción Administrativa del Acta de Nacimiento a nombre de [E.M.], solicitada por el ciudadano Ricardo MORÁN VARGAS; por no encontrarse contemplado (lo solicitado) en la normatividad vigente y por contravenir las disposiciones imperativas referidas al nombre y al derecho del niño de conocer a sus padres como el de su nacionalidad.

...

(...) en el presente caso, la pretensión del administrado (Ricardo MORAN VARGAS) no sólo implica desnaturalizar las disposiciones expresas de la Ley N.º 28720, que únicamente otorga la facultad de no revelar la identidad del progenitor a la madre, sino la propia Constitución, la norma especial -Código

⁵ Foja 5

⁶ Foja 5



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

de los Niños y Adolescentes- y las disposiciones previstas en Instrumentos Internacionales, con rango constitucional;

Que conforme lo expuesto, la admisión de la pretensión ilegal del padre declarante respecto a que no se consigne el nombre de la madre, lesiona gravemente los derechos de su hijo menor de edad.

8. Antes de realizar el respectivo control constitucional de las mencionadas resoluciones del Reniec, es necesario efectuar algunas consideraciones en relación con determinados conceptos que resultan centrales para la resolución de la presente controversia.

Bloque de constitucionalidad de los derechos del niño, principios de efectividad e interés superior del niño, y derechos a la inscripción del nacimiento, al nombre y nacionalidad, así como la exigencia de conocer a los padres de un niño, “en la medida de lo posible”

9. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. En tal sentido, todos los derechos del niño que están reconocidos en la Norma Fundamental deben ser interpretados en conjunto con la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, conformando así un bloque de constitucionalidad de los derechos del niño.
10. Precisamente, la Convención sobre los Derechos del Niño⁷ regula el **principio de efectividad** en su artículo 4, al disponer que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (...)”. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño emitió su Observación General 5, denominada “Medidas generales de aplicación de la Convención

⁷ La referida Convención fue aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa 25278, publicada el 4 de agosto de 1990, y ratificada el 14 de setiembre de 1990.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

sobre Derechos del Niño”. En dicha observación se sostiene lo siguiente:

Cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción. El artículo 4 exige que los Estados Partes adopten “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole” para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. El Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños. Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva.⁸

11. Con relación al **principio de interés superior del niño**, la referida Convención establece en su artículo 3 que “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a 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 (...)”.
12. Sobre este principio el Comité de los Derechos del Niño emitió su Observación General 14, denominada “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”. En esta observación se sostiene que este principio es dinámico y debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. El interés superior del niño es: 1) un *derecho sustantivo*: “derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que

⁸ Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Unicef México y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), 2014, p. 55.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”; 2) *un principio jurídico interpretativo fundamental*: “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”; y 3) una *norma de procedimiento*: “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”.⁹

13. Uno de los elementos a tener cuenta al evaluar el interés superior del niño tiene que ver con la situación de vulnerabilidad. Así, el referido Comité sostuvo que tal interés “en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única”.¹⁰
14. En cuanto a los **derechos a la inscripción del nacimiento, al nombre y a la nacionalidad**, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé en el artículo 7 que “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible**, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. [resaltado agregado]
15. Conforme a este artículo 7, los Estado Partes están obligados a velar porque todos los niños sean inscritos inmediatamente después de su nacimiento y mediante esta que adquieran su nacionalidad. Esta inscripción debe evitar obstáculos irrazonables o desproporcionados como el cobro de sumas de dinero, entre otros, y debe estar al alcance de todos. La inscripción inmediata del nacimiento de un niño está relacionada con el ejercicio de otros derechos como al libre tránsito, a la salud, a la educación u otros servicios sociales. Por ello es necesario que los Estados cuenten con un sistema efectivo de

⁹ *Ibid.* p. 260.

¹⁰ *Ibid.* p.272.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

inscripción de nacimientos. Es por ello que esta primera parte del artículo 7 de la Convención desarrolla un derecho que no es comúnmente identificado como es el **derecho a la inscripción del nacimiento**.

16. También se observa en este artículo 7, al reconocer los derechos al nombre y a la nacionalidad, que el conocimiento de los padres de un niño se puede dar “en la medida de lo posible”, lo que implica que para registrar a un niño no siempre se podrá conocer el nombre de los padres, de uno de ellos o de ambos, piénsese, por ejemplo, en el caso de los niños en situación de abandono u otras situaciones que denotan la imposibilidad de conocer el nombre de uno o de ambos padres. Sin embargo, esta situación no puede impedir el registro del nacimiento de estos niños.
17. Lo que debe diferenciarse al momento de la inscripción de un niño es precisamente el *acto de inscribir* inmediatamente a un menor de edad (lo que se relaciona con la tutela del derecho al nombre e incluso a la nacionalidad), respecto de aquel otro *acto de reconocer* a un menor de edad (lo que se relaciona con la tutela del derecho de filiación). Es precisamente la confusión entre ambos actos la que ha llevado a que en el mundo existan tantos millones de niños sin documento de identidad y, como lógica consecuencia de ello, no tengan acceso a servicios de educación, salud, seguridad social, etc. En la práctica, *un niño sin ser registrado es un niño sin derechos*.

Unicef informó que a nivel global casi 230 millones de niños menores de cinco años no existen oficialmente. La mayoría de ellos se encuentra en Asia y África sub Sahariana. Sin embargo, si bien América Latina y el Caribe tienen hasta un 92 % de niños menores de 5 años registrados,¹¹ todavía existe un considerable porcentaje (8 %) de tales niños que aún no son registrados.

El derecho fundamental a la nacionalidad peruana de los hijos nacidos en el exterior de padre o madre peruanos

¹¹ UNICEF. Every child's birth right. Inequities and trends in birth registration. New York, 2013. p. 14.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

18. En cuanto al derecho a la nacionalidad de los niños y adolescentes, corresponde precisar que su garantía se desprende a partir de lo dispuesto por el artículo 2, inciso 20 de la Constitución y el artículo 6.1 del Código de los Niños y Adolescentes, esto en clara observancia del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
19. Respecto de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, ha sostenido lo siguiente:

Respecto al derecho consagrado en el artículo 20 de la Convención, la Corte entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención.

La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos.¹²

20. El primer párrafo del artículo 52 de nuestra Constitución, modificado por el artículo único de la Ley 30738¹³, precisa lo siguiente sobre este derecho:

Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley.

Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en Perú.

¹² Corte IDH. Sentencia emitida en el Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, fundamentos 1136 y 137.

¹³ Ley publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo de 2018.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

21. Conforme a lo expuesto en el artículo 52 de la Constitución, es claro que el derecho a la nacionalidad peruana de los nacidos en el exterior, de padre o madre peruanos, se constituye como un derecho fundamental de aplicación directa. La remisión a la ley que allí se prevé es tan solo para operativizar la forma de inscripción en el respectivo registro.

El principio de proporcionalidad en el examen de igualdad de la decisión del Reniec de negar la inscripción de los menores E.M. y C.M.

22. Uno de los principales límites que tienen los poderes estatales o los centros de poder cuando intervienen o restringen derechos fundamentales en un Estado Constitucional es el principio de proporcionalidad. Este se constituye en un medio de control de tales poderes ya sea cuando hay un *exceso de restricción* (es decir, cuando los poderes actúan mediante la realización de acciones que vulneran derechos fundamentales) o cuando hay una *omisión o acción insuficiente* (es decir, cuando los poderes actúan mediante la no realización de acciones o la realización insuficiente de acciones, pese a existir un mandato de prohibición de omisión o insuficiencia, respectivamente, vulnerando así derechos fundamentales).
23. En el presente caso, las restricciones a los *derechos a la inscripción del nacimiento, al nombre y nacionalidad peruana* de los menores E.M. y C.M. están contenidas en las resoluciones regionales 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC y 288-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC, ambas del 27 de mayo de 2021, así como en las resoluciones registrales 109-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC y 110-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC, de fechas 11 de marzo de 2021, las que a su vez se fundamentaron en los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720.
24. Todas las resoluciones impugnadas, que versan sobre el caso de un *padre que no revela la identidad de la madre y que pretende inscribir a sus hijos con sus apellidos*, expresan la decisión del Reniec de aplicar los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720, exigiéndole al accionante que revele la identidad de la madre y sosteniendo que las citadas disposiciones legales solo permiten que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

“Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”. Por ello, en la medida en que el accionante, en tanto padre, no reveló la identidad de la madre, Reniec declaró improcedente su solicitud de inscripción del acta de nacimiento de sus menores hijos.

25. Por tales razones es que el accionante alega ante la jurisdicción constitucional que la actuación del Reniec resulta discriminatoria respecto de sus menores hijos E.M. y C.M. En tal sentido, se hace necesario utilizar el principio de proporcionalidad para el examen de igualdad respecto de la regla que ha utilizado el Reniec en el siguiente sentido: *si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*, a fin de verificar si esta resulta válida.

La base normativa de dicha regla se obtiene de la interpretación conjunta de los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720, pues si tenemos en cuenta que el artículo 20 establece la regla general de que “Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre” y que el último extremo del artículo 21, únicamente permite que “Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”, entonces queda clara la regla de que en el caso de que el padre no revele la identidad de la madre no podrá inscribir a sus hijos con sus apellidos.

Precisamente, la referida regla ha sido plasmada también de alguna forma en el numeral 6.1.1.2, literal “c” punto 2. de la Directiva 415-GRC/032 “Procedimientos Registrales para la inscripción de Hechos Vitales y Actos Modificatorios del Estado Civil ante Oficinas Autorizadas, aprobada mediante Resolución Secretarial N.º 49-2017-SGEN/RENIEC, de fecha 9 de agosto de 2017, en la que, de forma expresa, se menciona que, entre otras normas que utiliza como base legal, está la citada Ley 28720 que modifica los artículos 20 y 21 del Código Civil. Este numeral establece que “Si el padre es el único declarante, deberá señalar como apellidos del titular, su primer apellido y el primer apellido de la madre”.

26. Seguidamente, corresponde mencionar que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha desarrollado el test de igualdad para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

controlar medidas estatales que puedan resultar discriminatorias (expedientes 00045-2004-AI/TC, 00004-2006-PI/TC y 00617-2017-PA/TC).

27. En las citadas sentencias, se establecen los siguientes pasos del test de igualdad: a) determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación; b) determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad; c) determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); d) examen de idoneidad; e) examen de necesidad; y f) examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación

28. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En este caso, la regla bajo examen, que se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720, y plasmada también de alguna forma en el numeral 6.1.1.2, literal "c" punto 2 de la mencionada Directiva 415-GRC/032, establece que *si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*. Esta regla refleja un trato diferenciado respecto de otra regla (prevista en el artículo 21 del Código Civil, que regula la actuación de una madre en la inscripción, pues si esta no revela la identidad del padre sí podrá inscribir a su hijo con sus apellidos. Esta última regla funcionará como *tertium comparationis*.
29. Dicho de otro modo. Un niño puede ser inscrito con los apellidos de su *madre*, pese a que esta no revela la identidad del padre (término de comparación), mientras que, conforme a la regla bajo examen, un niño no puede ser inscrito con los apellidos de su *padre* si es que este no revela la identidad de su madre. Lo expuesto refleja una intervención en el derecho a la igualdad, esto es, una intervención en la prohibición de discriminación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad

30. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades: intensidad grave, intensidad media e intensidad leve. En este caso, la intervención legislativa tiene un grado de intensidad grave, toda vez que la diferenciación se sustenta en uno de los motivos proscritos por la propia Norma Fundamental, como es la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 2, inciso 2 de la Constitución) y tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio de los *derechos a la inscripción del nacimiento, al nombre y nacionalidad peruana* de los menores E.M. y C.M.

c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)

31. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El *objetivo* es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La *finalidad* o *fin* viene a ser el derecho, principio o bien jurídico de relevancia constitucional cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.
32. Cabe mencionar que en el expediente de la Ley 28720, publicada el 25 de abril de 2006, que modificó los artículos 20 y 21 del Código Civil, que obra en Archivo Digital de la Legislación del Perú, aparecen los proyectos de Ley 02412, 03471, 03421, 06683 y 07478, los dictámenes de las Comisiones de la Mujer y Desarrollo Social, de Justicia y Derechos Humanos y de Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad, además de las transcripciones de las sesiones de tales comisiones y de la sesión del Pleno.
33. En tales documentos se dio cuenta de algunos de los problemas identificados por el legislador antes de expedir la referida Ley 28720, que modificó los artículos 20 y 21 del Código Civil. Así, por ejemplo, se sostuvo que: “La problemática actual se ve reflejada en que la madre soltera se ve impedida de inscribir a su hijo con el apellido del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

padre cuando este se encuentra ausente, en aplicación de los artículos 21 y 392 del Código Civil y el artículo 37 del [Reniec]. Actualmente hay muchas niñas y niños que no están inscritos y que no son considerados en los diversos programas sociales o medidas presupuestales que desarrolla el Estado en beneficio de ellos. Por esa razón ha sido pertinente seguir luchando para que se debata este proyecto de ley y que se apruebe. El 18% del total de nacimientos que se dan cada año no son inscritos, lo cual equivale a 110 mil niñas y niños que no son tomados en consideración anualmente. De acuerdo con el plan nacional de restitución de la identidad, hay 550 mil 490 niños y niñas que no fueron inscritos entre los años 2000 y 2004. Las cifras arrojan que en la actualidad hay aproximadamente tres millones de personas que se encuentran indocumentadas por falta de aplicación del derecho al nombre”.¹⁴

34. Como se aprecia, el objetivo general de la Ley 28720 se circunscribe a efectivizar la inscripción de niños, en especial en casos, por ejemplo, de madres solteras, entre otro tipo de casos, que acuden al registro sin la compañía de los padres de dichos niños. Por ello, el artículo 21 del Código Civil en alguno de sus extremos prevé que “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*”. [resaltado agregado] Cabe destacar que de este último extremo se desprende la distinción que hace el legislador entre dos tipos de actos: el *acto de inscribir* a un menor de edad (que tutela el derecho al nombre) y el *acto de reconocer* a un menor de edad (que tutela el derecho de filiación). Esta distinción es corroborada con lo expuesto en el Proyecto de Ley 02412¹⁵ que aparece también en el expediente de la referida Ley 28720.
35. De la regla aquí examinada (*si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*) y de lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende que el *objetivo* que se pretende alcanzar con dicha regla es efectivizar la inscripción

¹⁴ Transcripción de la Sesión del Pleno del 30 de marzo de 2006, pp.16 y 17.

¹⁵ Proyecto de Ley 02412, página 4.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

inmediata de un niño para que pueda tener acceso a servicios como salud, educación o beneficios sociales, entre otros, así como para conocer a sus padres. Esto en la medida en que al exigirle al padre que revele la identidad de la madre, bajo amenaza de rechazar la inscripción, dicho padre debería realizar las acciones necesarias para proporcionar esa información y así realizar la respectiva inscripción.

La *finalidad o fin de relevancia constitucional* está constituida por los derechos del niño al nombre y a la identidad, así como a conocer a sus padres.

d) Examen de idoneidad

36. Habiendo identificado el objetivo y la finalidad del trato diferente, toca ahora examinar su idoneidad. Esta consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea adecuado, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad - medio- y el objetivo; y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención.
37. Sobre si en el presente caso existe idoneidad o nexo de causalidad entre la medida estatal impugnada y el objetivo se puede concluir afirmativamente. En efecto, la regla conforme a la que se exige que *si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*, sí puede servir, causalmente, para lograr el objetivo de efectivizar la inscripción inmediata de un niño para que pueda tener acceso a servicios como salud, educación o beneficios sociales, entre otros, así como para conocer a sus padres. Esto cabe explicarlo un poco más. En el examen de idoneidad solo se verifica si entre la medida estatal examinada y el objetivo que pretende hay o no un nexo de causalidad. Aquí no se verifica si es la mejor o peor medida estatal (pues esto se verá en el examen de necesidad). En el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

presente caso, la regla examinada podría servir para lograr el objetivo en la medida en que al exigirle al padre que revele la identidad de la madre, bajo amenaza de rechazar la inscripción, dicho padre debería realizar las acciones necesarias para proporcionar esa información y así proceder a la respectiva inscripción.

Si se pudiera lograr tal objetivo entonces se podría proteger a su vez los fines de relevancia constitucional como son los derechos del niño al nombre y a la identidad, así como a conocer a sus padres.

e) Examen de necesidad

38. En este punto se debe analizar si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que, siendo igualmente idóneos, hubieran podido adoptarse para alcanzar el mismo fin.
39. Por ello, debe examinarse: 1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y 2) la determinación de (2.1) si tales medios –idóneos– no intervienen en la prohibición de discriminación o (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad que aquella de la medida estatal cuestionada.
40. Respecto de los medios alternativos. La regla bajo examen conforme a la que se establece que si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos, que se desprende de la interpretación en conjunto de la Ley 28720, que modifica los artículos 20 y 21 del Código Civil, tiene un medio hipotético alternativo, igualmente idóneo para lograr el mismo fin y que consiste en una regla que establezca que *cuando la madre o el padre no revelen la identidad del padre o madre respectivos, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*. En efecto, si el objetivo de la citada regla que se desprende de tales artículos 20 y 21 del Código Civil era efectivizar la inscripción inmediata de un niño para que pueda tener acceso a servicios como salud, educación o beneficios sociales, entre otros, así como para conocer a sus padres, ello podía realizarse, de igual modo e, incluso, de mejor modo, a través de una regla que posibilite la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

inscripción inmediata de un niño por parte del padre o la madre que no puedan revelar la identidad de la madre o padre respectivos, ya sea porque cada uno de ellos no desea revelarla o porque le resulta imposible conocerla, entre otras razones.

41. Por otra parte, la adopción de este medio alternativo (cuando la madre o el padre no revelen la identidad del padre o madre respectivos podrá inscribir a su hijo con sus apellidos) no genera ninguna intervención en el principio-derecho de igualdad, pues no contiene ninguna diferencia por razón de sexo de los padres.
42. Un tratamiento discriminatorio en función del sexo (solo respecto de los padres) no es necesario para proteger los derechos del niño al nombre y a la identidad, así como a conocer a sus padres. Evidentemente, el legislador tiene la competencia de desarrollar tales derechos fundamentales del niño; sin embargo, el medio adoptado no puede ser discriminatorio. En este caso, es claro que el legislador disponía, al menos, de un medio alternativo igualmente idóneo al empleado, que no contravenía la igualdad.

En consecuencia, el tratamiento diferenciado establecido en la regla bajo examen: *si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*, que se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720, al no superar el examen de necesidad, vulnera el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, el derecho a la igualdad. Por ello, resulta inconstitucional y así debe ser declarado.

Por las mismas razones, también resulta inconstitucional el numeral 6.1.1.2, literal "c" punto 2 de la Directiva 415-GRC/032 Procedimientos Registrales para la inscripción de Hechos Vitales y Actos Modificatorios del Estado Civil ante Oficinas Autorizadas, aprobada mediante Resolución Secretarial 49-2017-SGEN/RENIEC, de fecha 9 de agosto de 2017, que, basándose en la Ley 28720 que modifica los artículos 20 y 21 del Código Civil, establece que "Si el padre es el único declarante, deberá señalar como apellidos del titular, su primer apellido y el primer apellido de la madre".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

43. En tal sentido, teniendo en cuenta la existencia de una regla lesiva del derecho fundamental a la igualdad y, correlativamente, de los derechos a la inscripción del nacimiento, al nombre y nacionalidad peruana, cuya aplicación desconoce la supremacía de la Constitución y de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Tribunal Constitucional estima que debe estimarse este extremo de la demanda; y declarar inaplicable al presente caso dicha regla que se desprende de los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720, así como la regla establecida en el numeral 6.1.1.2, literal "c" punto 2 de la referida Directiva 415-GRC/032; y, en consecuencia, declarar nulas las resoluciones regionales 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC y 288-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC, ambas del 27 de mayo de 2021, mediante las cuales se declararon improcedentes los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones registrales 109-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC y 110-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC, de fechas 11 de marzo de 2021, que a su vez declararon improcedentes las solicitudes de inscripción administrativa del nacimiento de los menores de edad E.M. y C.M., fundamentándose en los aludidos artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720, así como en el numeral 6.1.1.2, literal "c" punto 2 de la Directiva 415-GRC/032.
44. Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, corresponde ordenar al Reniec que expida otras resoluciones que respeten los derechos fundamentales de los menores E.M. y C.M., conforme a las consideraciones que se mencionarán seguidamente.

Ejecución del presente caso conforme al principio de efectividad en la protección inmediata de los derechos al nombre y a la nacionalidad peruana del niño

45. Teniendo en cuenta que los menores E.M. y C.M. tienen 4 años y buena parte de este tiempo no han contado, hasta ahora, con la inscripción de su nacimiento en el Reniec debido a que este había aplicado una regla que resulta inconstitucional, como ya se ha verificado antes, corresponde determinar la solución normativa que del modo más efectivo contribuya a la protección más efectiva de sus derechos al nombre y nacionalidad peruana.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

46. Si bien la decisión de declarar la nulidad de las impugnadas resoluciones del Reniec generan que este órgano deba emitir otras decisiones que resulten conformes con la Constitución, cabe determinar la solución normativa que el Reniec debe aplicar respecto de las solicitudes de inscripción de los menores E.M. y C.M. (dado que no puede aplicar la inconstitucional regla de que si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos).
47. Por las consideraciones hasta aquí expuestas y los medios probatorios que obran en el trámite del presente proceso, el Tribunal Constitucional estima que ante la falta de reconocimiento legal del derecho del padre, en casos como el de los menores E.M. y C.M., no se puede dejar de resolver, por lo que se resolverá conforme a los principios de no discriminación e igualdad, a los principios de efectividad e interés superior del niño y otros derechos contenidos en la Constitución y Convención sobre los Derechos del Niño, de tal forma que se puedan identificar las soluciones normativas aplicables al presente caso.
48. Carecería de sentido jurídico y de justicia que en un Estado Constitucional las disposiciones previstas en la Constitución y en tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano no pudiesen servir como parámetro normativo vinculante que de forma directa sirvan para solucionar el caso de los menores de edad E.M. y C.M., de cuatro años.
49. Lo que en el presente caso constitucional está en discusión es si los menores E.M. y C.M. deben ser inscritos o no y, por tanto, si se debe expedir a su favor el respectivo DNI peruano que acredite su identidad y nacionalidad peruana. Al respecto, deben tenerse en cuenta las consideraciones que a continuación se expresan.
50. En primer lugar, conforme se ha expuesto al inicio de la presente sentencia, el artículo 52 de la Constitución establece que “Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos”. A su vez, el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño prevé que “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos”. Desarrollando tal criterio, el Código de los Niños y Adolescentes establece lo siguiente: “6.1 El niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres** y llevar sus apellidos”. [resaltado agregado]

51. En segundo lugar, en el presente caso está probado que los menores E.M. y C.M. (4 años), nacieron en Estados Unidos de América y tienen la nacionalidad de ese país. En autos, obran documentos probatorios que han permitido tener algunos datos sobre el nacimiento de los menores E.M. y C.M. Así, aparece una partida de nacimiento¹⁶ y una sentencia extranjera¹⁷ de la que se aprecia que, ante el ordenamiento jurídico estadounidense, Ricardo Morán Vargas aparece como el padre legal de los referidos menores E.M. y C.M., sin que aparezca el nombre de la madre. También se puede observar que ambos menores cuentan con pasaporte de los Estados Unidos de América.¹⁸
52. En tercer lugar, está probado que el accionante Ricardo Morán Vargas, padre de los menores E.M. y C.M., tiene nacionalidad peruana¹⁹.
53. En cuarto lugar, conforme se desprende de autos, los menores E.M. y C.M., pese a que ya tienen cuatro años, carecen en la actualidad del documento nacional de identidad peruano, debido a la decisión del Reniec. Esto, a su vez, les ha impedido acceder a su identidad y al reconocimiento de su nacionalidad peruana, pese a ser hijos de un ciudadano peruano. Como refiere el padre de los menores E.M. y C.M., en su recurso de agravio constitucional, “la negativa a tutelar el derecho a la nacionalidad de mis menores hijos, conlleva, asimismo, a una afectación a su derecho a la identidad, y al nombre,

¹⁶ Foja 67

¹⁷ Foja 52

¹⁸ Fojas 20 y ss. del expediente administrativo, adjuntado en el cuaderno del Tribunal Constitucional.

¹⁹ Foja 3



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00882-2023-PA/TC

LIMA

E.M. y C.M. representados por

RICARDO MORÁN VARGAS

teniendo una serie de impactos en su vida, tales como: no tener Documento Nacional de Identidad, no tener acceso a ESSALUD, ni SIS, no contar con Pasaporte Peruano, ser extranjero en su propio país (tener que salir cada tres meses en la actualidad para cumplir con la Ley de Extranjería, entre otros)”.²⁰

54. Por tanto, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes y en especial al artículo 52 de la Constitución, que consagra como un derecho de sustento constitucional directo al de la nacionalidad peruana de aquellos hijos nacidos en el extranjero de padre o madre peruanos, al artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño y artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, que prevén que para registrar a un niño y consignarle un nombre no siempre se podrá conocer la identidad de los padres, y a los principios de efectividad e interés superior del niño que exigen valorar las circunstancias de un caso concreto para traducir en la realidad los derechos fundamentales de un niño, el Tribunal Constitucional considera que debe ordenar al Reniec la inscripción inmediata del nacimiento de los menores a cuyo favor se interpuso el presente amparo.

Para el Tribunal Constitucional es de la mayor importancia que un niño conozca la identidad de sus padres, de ambos, pero lo que no puede hacer el Estado peruano es supeditar la inscripción inmediata del nacimiento de un niño y sus derechos al nombre y a la nacionalidad, al conocimiento de la identidad de ambos padres, manteniendo a dicho niño, indefinida y arbitrariamente, sin ser registrado. Como ya se ha mencionado antes, es necesario diferenciar entre un *acto de inscribir* inmediatamente a un menor de edad (que tutela el derecho al nombre e incluso a la nacionalidad), y un *acto de reconocer* a un menor de edad (que tutela el derecho de filiación).

Por ello, corresponde exhortar al Poder Legislativo para que, en el marco de sus atribuciones, extienda a un padre el derecho a inscribir a sus hijos con sus apellidos, sin develar el nombre de la madre, así como a establecer algún sistema o procedimiento para que cuando un niño, con posterioridad a su inscripción, desee conocer la identidad del otro progenitor, pueda hacerlo a través de un registro reservado al que pueda tener acceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

55. Asimismo, con relación a los apellidos de los menores favorecidos que se deberá consignar en el respectivo registro del Reniec, cabe mencionar que, al aplicar el principio de proporcionalidad como igualdad, se identificó una medida estatal alternativa que podría resultar adecuada para efectivizar la inscripción inmediata de un niño. Así, se identificó la siguiente regla: *cuando la madre o el padre no revelen la identidad del padre o madre respectivos, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*. Ahora, si bien el Tribunal Constitucional es respetuoso de las competencias del Poder Legislativo, lo que no puede dejar de hacer, como ya se ha expuesto antes, es encontrar una solución normativa para el presente caso. Por ello, considerando que en el ordenamiento jurídico peruano no está previsto un caso como el que plantea el accionante, pero se verifica que existe el último extremo del artículo 21 del Código Civil que posibilita que en el mismo supuesto del caso concreto la madre sí pueda realizar tal inscripción, debe procederse, en vía de integración, a extender la regla del artículo 21 al caso de un padre que se encuentra en la misma circunstancia que una madre. En suma, debe ordenarse al Reniec que inscriba a los menores E.M. y C.M. con los apellidos de su padre Ricardo Morán Vargas.
56. Finalmente, habiéndose verificado que el Reniec actuó en el caso de los menores E.M. y C.M. bajo las limitaciones de la normatividad que se desprende de los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificado por la Ley 28720, no corresponde disponer que sea condenado al pago de los costos del proceso.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; y, en consecuencia,
 - 1.1. Declarar nulas las Resoluciones Regionales 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC y 288-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC, ambas del 27 de mayo de 2021, y las Resoluciones Registrales 109-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC y 110-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC, de fechas 11 de marzo de 2021.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

- 1.2. Declarar inaplicable al presente caso la regla: si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos, que se desprende de los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720, así como la regla establecida en el numeral 6.1.1.2, literal "c" punto 2. de la Directiva 415-GRC/032, aprobada mediante Resolución Secretarial N.º 49-2017-SGEN/RENIEC, de fecha 9 de agosto de 2017.
2. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la inscripción inmediata de los menores E.M. y C.M. con los apellidos de su padre legal, debiendo reconocerse también su nacionalidad peruana, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.
3. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que, en el marco de sus atribuciones, equipare el derecho de un padre a inscribir a sus hijos con sus apellidos, sin develar el nombre de la madre, así como a establecer algún sistema o procedimiento para que cuando un niño, con posterioridad a su inscripción, desee conocer la identidad del otro progenitor, pueda hacerlo a través de un registro reservado al que pueda tener acceso.
4. Declarar que en el presente caso no corresponde el pago de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**

PONENTE MORALES SARAVIA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Emito el presente fundamento de voto a propósito de la exhortación que hace la sentencia al Congreso de la República, para que legisle sobre un sistema o procedimiento que permita a la persona conocer la identidad del progenitor no declarado al momento de la inscripción de su nacimiento, «a través de un registro reservado al que pueda tener acceso»²¹.

Esta exhortación se fundamenta en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescribe:

«El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, **a conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos» (énfasis añadido).

Consecuente con ello, el artículo 6.1 del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes señala lo siguiente:

«El niño, niña y el adolescente tienen **derecho a la identidad**, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, **a conocer a sus padres** y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad» (énfasis añadido).

Es decir, el derecho del menor a conocer a sus progenitores forma parte de su derecho a la identidad que Constitución reconoce en su artículo 2, inciso 1.

Esto guarda correspondencia con la forma cómo el Tribunal Constitucional ha entendido el derecho a la identidad en su jurisprudencia, en la que ha señalado:

«[el derecho a la identidad es] el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo

²¹ Punto resolutivo 3.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, **herencia genética**, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)»²² (énfasis añadido).

La herencia genética es, pues, parte del derecho a la identidad. Por ello dirá Fernández Sessarego que «la identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos [...]»²³.

Esa herencia genética, esas raíces que configuran el derecho a la identidad, serán conocidas si la persona conoce a sus padres biológicos o genéticos.

El padre o la madre podrá tener sus propias razones para no revelar el nombre del otro progenitor al momento de la inscripción del nacimiento de su hijo. Pero no debemos olvidar que estas razones tienen como límite el respeto de los derechos de los demás, en este caso, el derecho a la identidad del menor que lo faculta a conocer la identidad de ambos progenitores.

S.

PACHECO ZERGA

²² Sentencia recaída en el expediente 02273- 2005-PHC/TC, fundamento 21. También sentencias recaídas en los expedientes 04509-2011-PA/TC, fundamento 9 y 00139-2013-PA/TC, fundamento 1.

²³ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Lima 2015, p. 116.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

Con el respeto por la opinión de mis colegas, expido el presente fundamento de voto, con el objeto de precisar las razones por las que considero que la presente demanda resulta estimatoria.

1. Como se señala en la sentencia de autos, no es objeto de pronunciamiento en este caso el examen de las circunstancias específicas del nacimiento de los menores E.M. y C.M., sino más bien el examen de los argumentos que respaldan las decisiones del Reniec para rechazar la inscripción de tales menores, en especial los argumentos relacionados con las disposiciones legales que le sirvieron de base; máxime si en el Perú la Administración no tiene la potestad de aplicar el control difuso de constitucionalidad de las leyes.
2. El presente caso la gestación subrogada se realizó en el extranjero. Más concretamente, en el Estado de California, en los Estados Unidos de Norteamérica. En aquella localidad, el demandante —Ricardo Morán Vargas— ha actuado, al procrear a sus hijos, conforme a lo previsto en la normativa de ese lugar, tanto es así que sus hijos son norteamericanos y tienen la documentación de ese país, la que no subordina la inscripción a que se declare la madre de los infantes.
3. El problema surge, entonces, cuando el demandante exige a el Reniec que inscriba a tales menores como sus hijos, en tanto subordina la inscripción a que declare quién es la madre de los mismos, pese a que el origen genético maternal se desconoce, ya que la fecundación de ambos menores fue realizada con óvulos que fueron donados por mujer cuya identidad se desconoce; y pese a lo controversial que podría resultar la actuación del demandante en acudir a los procedimientos de maternidad subrogada, el hecho objetivo es que dicho comportamiento ha originado un perjuicio directo a los niños involucrados, y es en ese ámbito donde merece su análisis para no empeorar la situación jurídica de los hijos.
4. Ahora bien, dicha inscripción es importante debido a que, sin la misma, los menores no pueden ejercer la nacionalidad peruana, a la que siempre tuvieron derecho debido a que su padre es peruano, conforme a lo expresamente contemplado en el artículo 52 de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

Constitución, que dispone lo siguiente: “*Son peruanos de nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley*”.

5. Por eso mismo, y más allá del modo en que esos menores nacieron, considero que la demanda debe ser estimada, pues no corresponde imputar a tales menores alguna consecuencia negativa por el solo hecho de haber nacido mediante gestación subrogada, máxime si se tiene en consideración que ambos son sujetos de especial protección constitucional debido a su minoría de edad, porque si algo resulta incontrovertible es que, por el mero hecho de existir, ambos niños son titulares del derecho fundamental a la identidad y del derecho fundamental a la nacionalidad. Consecuentemente, no se puede permitir que se les viole ambos derechos fundamentales.
6. En consecuencia, si bien el tema de la gestación subrogada es una situación sensible, en tanto tiene una problemática particular sobre su juridicidad, el bien jurídico protegido, toca la moral y la vulnerabilidad de la mujer, si se está o no ante un negocio jurídico de carácter patrimonial o un acto altruista, existen o no zonas grises al respecto, lo cierto es que la aplicación de principios de efectividad e interés superior del niño, en este caso concreto, merecen una adecuada interpretación. El bienestar integral de tales niños, dada su minoría de edad, tiene que ser preservado en todo momento y circunstancia, y corresponde al demandante o accionante -al igual que al Estado- asegurar también el bienestar e integridad de los niños. Por ese motivo, considero que, excepcionalmente, corresponde estimar el *petitum* de la demanda.
7. Por ende, corresponde declarar la nulidad de todos los pronunciamientos de Reniec que denegaron que los menores sean inscritos como hijos de Ricardo Morán Vargas; y, en ese sentido, se les reconozca como peruanos.

S.

DOMÍNGUEZ HARO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente fundamento de voto porque advierto necesario exponer algunas consideraciones que permiten clarificar los argumentos que, a mi juicio, llevan a la decisión adoptada en el amparo de autos.

§1. Delimitación del asunto litigioso

1. El accionante, don Ricardo Morán Vargas, solicita la nulidad de las Resoluciones Regionales N.ºs 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC (f. 5) y 288-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC (f. 11), ambas de fecha 27 de mayo de 2021, mediante las cuales el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) declaró improcedentes los recursos de apelación que interpusiera contra las Resoluciones Registrales N.ºs 109-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC (f. 31) y 110-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/RENIEC (f. 28), de fecha 11 de marzo de 2021, que desestimaron las solicitudes de inscripción extemporánea del nacimiento de sus hijos E.M. y C.M.; y, en consecuencia, peticiona que se ordene la inscripción administrativa del referido nacimiento, a efecto de que los menores puedan ejercer todos sus derechos fundamentales y convencionales como peruanos que son.
2. Señala que el 26 de abril de 2019, E.M. y C.M. nacieron por medio de maternidad subrogada en el Estado de Texas de los Estados Unidos de Norteamérica y que, mediante sentencia de fecha 12 de marzo de 2019 (f. 52), el Juzgado Civil del Condado de Los Ángeles del Estado de California le otorgó la exclusiva patria potestad sobre los mismos, reconociéndolo como padre legal; siendo en virtud de dicha resolución judicial que se expidió el acta de nacimiento correspondiente (f. 67). De ahí que solicitó ante el Reniec la inscripción extemporánea del nacimiento de sus hijos con el objeto de que sus derechos a la identidad, a la nacionalidad y a la personalidad jurídica queden plenamente garantizados. Sin embargo, su solicitud le fue denegada argumentándose, básicamente, que (i) la legislación peruana no tiene contemplado un supuesto fáctico de tales características —inscripción de nacimiento mediante maternidad subrogada— y (ii) conforme a las normas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico —artículo 21 del Código Civil— para que un padre inscriba el nacimiento de sus hijos, debe cumplir con declarar los apellidos de la madre de los menores en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

aras de salvaguardar su identidad y en pro del interés superior de los niños.

3. En mi opinión, el asunto litigioso en el caso que nos convoca radica en determinar si la denegatoria de la inscripción en los registros públicos de nuestro país de un nacimiento mediante maternidad subrogada acontecido de conformidad con las leyes de un ordenamiento jurídico extranjero, vulnera o no la Constitución Política. Si la conclusión es afirmativa, entonces, corresponderá estimar la demanda, declarar la nulidad de las resoluciones administrativas cuestionadas y ordenar al Reniec realizar la inscripción del nacimiento de los menores E.M. y C.M.

§2. Sobre la necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia de los derechos comprometidos en el caso

4. Ahora bien, por primera vez se le propone al Tribunal Constitucional la resolución de un caso como el aquí planteado por el accionante y que, como se ha referido en la sentencia, no está regulado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico legal. Sin embargo, esta no es una razón válida para que la judicatura constitucional se abstenga de emitir pronunciamiento. En el presente caso, es la relevancia de los derechos fundamentales a la identidad, nacionalidad y personalidad jurídica de los menores E.M. y C.M., cuyo ejercicio se encuentra seriamente comprometido porque la negativa del Reniec a inscribir su nacimiento además imposibilita la expedición de su DNI, la que exige una tutela urgente de parte del Tribunal Constitucional como órgano encargado de hacer un control de constitucionalidad de las leyes, pero también de los actos públicos.
5. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)²⁴, a través de su artículo 7, ordena que todo niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y reconoce que este tiene derecho a recibir un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; precisando que es responsabilidad de los Estados parte garantizar el ejercicio de estos

²⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de setiembre de 1990. En el Perú, fue aprobada mediante Resolución Legislativa N° 25278, de fecha 3 de agosto de 1990, y ratificada el 14 de agosto de 1990; entrando en vigor el 4 de octubre de 1990.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

derechos, de conformidad con su legislación interna y los compromisos internacionales que hayan asumido. A mi juicio, esta norma convencional se materializa en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 2, inciso 1 de la Constitución cuando reconoce el derecho que tiene toda persona a su identidad; del artículo 2, inciso 21, mediante el cual establece de manera expresa y autónoma el derecho a la nacionalidad que tiene toda persona; así como también en el deber estatal de ofrecer protección especial a los niños recogido en el artículo 4 de la Constitución. A su vez, el contenido dispositivo del citado artículo 7 de la CDN ha sido de recibo en el Código de los Niños y Adolescentes (CNyA)²⁵, cuando establece en su artículo 6 que el derecho a la identidad de los niños incluye los derechos a tener un nombre, a obtener una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos; en tanto que constituye una obligación para el Estado peruano preservar la inscripción e identidad de los menores.

6. La razón que explica la exigencia de inscribir a un niño en los registros públicos de personas naturales de un país inmediatamente después de ocurrido su nacimiento, es que el vínculo entre un niño y el Estado se configura recién con dicho registro, es decir, que tal inscripción inserta al niño en la realidad jurídica del Estado, convirtiéndolo en sujeto de derecho, y, por tanto, lo faculta para exigir la plena garantía y respeto de todas sus libertades individuales y demás derechos constitucionales.
7. En la actualidad, los menores E.M. y C.M. tienen cuatro años de edad y, no obstante haber nacido en el extranjero, también poseen la nacionalidad peruana por ser hijos del accionante conforme a lo prescrito por el artículo 52 de la Constitución; sin embargo, a la fecha de la resolución de la presente causa la inscripción registral de su nacimiento se encuentra pendiente. Por tanto, es esta situación en la que actualmente viven los menores E.M. y C.M., las características de la controversia planteada y sobre todo los derechos fundamentales en juego, las que justifican una tutela urgente por parte del Tribunal Constitucional.

²⁵ Aprobado mediante Ley 27337, publicada el 7 de agosto de 2000 en el diario oficial El Peruano.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

§3. Los derechos fundamentales como contenido esencial del orden público internacional peruano

8. Desde una perspectiva clásica, el “orden público internacional” ha sido entendido como el conjunto de principios e instituciones fundamentales de un Estado, cuyo contenido se prefiere frente a la aplicación de una ley extranjera en su territorio, con el propósito de garantizar el catálogo valorativo con el cual se identifica desde una perspectiva institucional. Como se sabe, de acuerdo a las reglas del Derecho Internacional Privado, los Estados no muestran oposición ante la eficacia en sus territorios de las consecuencias derivadas de actos jurídicos celebrados válidamente de acuerdo a lo establecido por ordenamientos jurídicos extranjeros. Sin embargo, tal eficacia encuentra un límite cuando dichos actos resultan contrarios al orden público internacional, rigiendo, por tanto, el Derecho nacional.
9. Cabe precisar, además, que el adjetivo *internacional* en ese significado tradicional de “orden público internacional” no alude a un orden público originado en el Derecho Internacional, sino que está referido a los principios basilares de un orden jurídico interno que se tornan inmunes frente a la legislación extranjera con el objeto de salvaguardar esos valores mínimos que orientan el comportamiento de la sociedad.
10. Ahora bien, como se sabe, tras la Segunda Guerra Mundial se redimensionaron los postulados característicos del constitucionalismo, así como los fundamentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, se adoptó a la dignidad humana y a los derechos fundamentales como el principal eje articulador del orden público de los Estados y del orden público del Derecho Internacional. Este hecho trajo como consecuencia que, en aquellos Estados cuyos sistemas jurídicos se fundamentan en la teoría del constitucionalismo —el Perú lo es—, vaya desapareciendo progresivamente las diferencias existentes entre el núcleo esencial que define el orden público estatal de aquel que caracteriza al orden público del Derecho Internacional, dado que en la actualidad ambos persiguen la misma finalidad que no es otra que la garantía de los derechos fundamentales.
11. Para el ordenamiento jurídico peruano, al igual que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo. Asimismo, dado que los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forman



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

parte del derecho nacional (artículo 55 de la Constitución), las normas recogidas en tales instrumentos no solo resultan directamente aplicables, sino que además, como ha señalado el Tribunal Constitucional, es deber de todos los poderes públicos la obligatoria observancia de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte conforme a lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (cfr. STC 02730-2006-PA, fundamento 14).

12. Esto demuestra, entonces, que el ordenamiento jurídico peruano no solo está principalmente determinado por el reconocimiento y la garantía de eficacia de los derechos fundamentales de las personas, sino que también estas normas *iusfundamentales* se constituyen en un parámetro de validez de los actos de los poderes público y privado. Sin embargo, de tal realidad jurídica no se puede concluir tajantemente que sea el contenido de los derechos fundamentales el que exclusivamente identifica al orden público internacional peruano, pero sí que cualquier otro contenido del orden público no puede ser contrario ni vulnerar a dichos derechos por ser su núcleo esencial.
13. En el caso de autos, el Reniec ha concluido en sus Resoluciones Regionales N.ºs 291-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC y 288-2021/GOR/JR10LIM/RENIEC que no puede atender la solicitud planteada por el accionante porque en su condición de órgano constitucional se encuentra prohibido de actuar en contravención a las normas de orden público (cfr. fojas 8 y 14). Por su parte, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 4, de fecha 23 de noviembre de 2022 (f. 211), declaró improcedente la demanda de amparo de autos por considerar que, a fin de absolver la pretensión del accionante, es necesaria la previa homologación en nuestro país de la sentencia expedida por el Juzgado Civil del Condado de Los Ángeles del Estado de California de los Estados Unidos de Norteamérica; es decir, que es necesario determinar si esta sentencia judicial extranjera vulnera o no el orden público internacional peruano.
14. De lo expuesto por el accionante en el escrito de su recurso de agravio constitucional presentado (f. 240), es posible inferir que, efectivamente, este no ha seguido el procedimiento de *exequatur* a fin de homologar la referida sentencia estadounidense.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

15. Ante lo señalado, soy de la opinión que condicionar una decisión de la judicatura constitucional, como la que exige la causa que nos convoca, al cumplimiento previo de un procedimiento especial (*exequatur*), más aún, cuando la inscripción de un nacimiento mediante maternidad subrogada no solo no está regulada en el ordenamiento jurídico peruano, sino que tampoco está prohibida, y, en última instancia, no vulnera el orden público internacional peruano por las razones convencionales, constitucionales y legales expuestas *supra* (cfr. fundamentos 5 y 6); es colocar la exigencia de formalidades por encima de los derechos fundamentales a la identidad, nacionalidad y personalidad jurídica de los menores E.M. y C.M. que requieren de una tutela urgente en la medida que vienen siendo seriamente afectados. Por tanto, el Tribunal Constitucional tiene plena legitimidad para dilucidar la controversia y resolver definitivamente el estatus jurídico de dichos niños.
16. No obstante, cabe advertir que en aras de absolver el asunto litigioso propuesto, se está considerando a la sentencia extranjera como una prueba documental pasible de valoración.

§4. Sobre la inscripción del nacimiento de los menores E.M. y C.M.

17. Este caso nos confronta con la realización de una ponderación entre los hechos ocurridos y cuyas consecuencias tienen relevancia constitucional —el nacimiento en el extranjero de los menores E.M. y C.M. mediante maternidad subrogada, la obligación del Estado peruano a registrar su nacimiento, la situación de desprotección legal en la que actualmente se encuentran y los lazos afectivos creados con el accionante como padre— con la normativa civil que no ha regulado expresamente un supuesto como el descrito y una sentencia extranjera, que reconoce al accionante como padre legal de los menores y le concede la patria potestad exclusiva, pero que no ha sido homologada en el Perú; así como también, con la fuerza normativa que proyectan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico y en el ordenamiento público internacional peruano.
18. Sabemos que la resolución del presente caso no gira en torno al análisis de si el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentre regulada la inscripción de nacimientos mediante maternidad subrogada constituye o no una vulneración —por omisión— a la Constitución. No puede ser ese el análisis, porque este asunto ni forma parte de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

pretensión, ni su dilucidación es una condición necesaria para la absolución de la causa.

19. Como ya lo advertí, el asunto litigioso del caso pasa por determinar si la denegatoria de la inscripción en los registros públicos de nuestro país de un nacimiento mediante maternidad subrogada acontecido de conformidad con las leyes de un ordenamiento jurídico extranjero, vulnera o no la Constitución Política. Es decir, corresponde verificar si ordenar la inscripción del nacimiento de los menores E.M. y C.M. tiene justificación constitucional o no. Y la respuesta es que sí.
20. En efecto, si se lleva a cabo una interpretación constitucional de las normas civiles referidas al acto de inscripción de un nacimiento en nuestro país y de la escasa legislación vigente en nuestro ordenamiento jurídico sobre el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida²⁶, de conformidad con (i) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la CDN)²⁷, (ii) la obligación convencional (artículo 7 de la CDN), constitucional (artículo 2, incisos 1 y 21 de la Constitución) y legal (artículo 6 del CNyA) del Estado peruano a registrar el nacimiento de los niños inmediatamente después de haber acontecido y (iii) el deber estatal de prodigar una especial protección a los niños (artículo 4 de la Constitución); su resultado no puede concluir en la prohibición de la inscripción registral del nacimiento de los menores E.M. y C.M. Una conclusión interpretativa en sentido contrario supondría, además, discriminarlos por razón de su origen, y esto, como se sabe, no es admitido ni por el ordenamiento constitucional ni por el orden público internacional peruano.
21. Finalmente, no quiero dejar de advertir que en este caso particular abona a la respuesta interpretativa la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores E.M. y C.M., ya

²⁶ En el Perú, la Ley 26842, Ley General de Salud establece en su artículo 7 una regulación en torno al uso de las técnicas de reproducción humana asistida muy básica y que adolece de claridad.

²⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Mennesson y Labassee c. Francia* del año 2014, a fin de resolver la petición de los accionantes para que se ordene la inscripción registral del nacimiento de sus hijas —que se produjo a consecuencia de una gestación subrogada realizada en los Estados Unidos de Norteamérica y fuera mediante sentencias expedidas por los tribunales de California y de Minnesota que se declaró su paternidad legal y el reconocimiento de la patria potestad de las menores— situó al principio del interés superior del niño por encima de normas internas expresas que prohíben los contratos de gestación por subrogación en Francia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

que al no haber podido establecer a la fecha un vínculo jurídico formal con el Estado, a pesar de ser hijos de un ciudadano peruano como es el caso del accionante, sus derechos a la salud, educación, de naturaleza sucesoria, distintos beneficios sociales, entre otros, también se encuentran lesionados en la medida que su efectivo ejercicio y goce no se puede concretar.

22. En tal sentido, soy de la opinión de que en el presente caso corresponde estimar la demanda, declarar la nulidad de las resoluciones administrativas cuestionadas y ordenar al Reniec realizar la inscripción del nacimiento de los menores E.M. y C.M. Asimismo, considero que el Congreso de la República, en el marco de sus competencias normativas, debe fortalecer la legislación civil y registral de conformidad con el ordenamiento constitucional en aras de que la identidad de las personas no quede desprovista de garantía.

§5. Parte resolutive

23. Por las razones expuestas en la sentencia y las consideraciones complementarias expresadas aquí, coincido con declarar **FUNDADA** la demanda de amparo y suscribo los puntos resolutivos contenidos en el fallo.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

En el presente caso y si bien coincido con la mayor parte de fundamentos de la sentencia y con la conclusión a la que se arriba, considero pertinente puntualizar en determinados aspectos que desde mi punto de vista, mal leídos, podrían dar lugar a una equivocada percepción de los conceptos utilizados.

Sobre el bloque de constitucionalidad

1). En lo que aparece como título 4, se hace mención a un “Bloque de constitucionalidad de los derechos del niño”, como si cada parte o sector relevante de nuestra norma fundamental pudiera dar lugar a su propio bloque. Técnicamente ello no es así. Existe un solo bloque de constitucionalidad y no varios, según cada parte de la Constitución, como podría inferirse de la sentencia. Lo dicho naturalmente, no significa que no sea importante el tratamiento jurídico del niño a partir de la proyección perfilada por nuestra Constitución y explicitada por los componentes del bloque de constitucionalidad o que no sean pertinentes los fundamentos expuestos en la sentencia (particularmente los contenidos de los fundamentos 9 a 17), pero debe evitarse membretes o títulos que propendan a un manejo inadecuado de las ideas.

2). El bloque de constitucionalidad, representa en rigor, un parámetro jurídico conformado tanto por la Constitución como norma fundamental como por todas aquellas normas y fuentes jurisprudenciales que permiten delimitar o concretizar los alcances de aquella, con lo cual y a contrario de asumir que el Derecho Constitucional solo se circunscribe a la Constitución en estricto, los restantes componentes del bloque permiten expandir y en muchos casos potenciar decididamente el discurso constitucional y por ende lo que se entiende por Derecho Constitucional.

3). Con independencia de las connotaciones que se suele otorgar a nivel del derecho comparado al concepto de bloque y que no siempre han respondido a una misma percepción en torno de sus alcances (no es lo mismo en bloque de constitucionalidad en Francia o en España, por ejemplo), nuestro Colegiado ha hecho suya la idea de bloque desde sentencias como la recaída en el Exp. N° 0007-2002-PI/TC asumiendo prima facie que este último estaría constituido por todas aquellas normas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

de desarrollo constitucional (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales) siempre que aquellas sean directamente reclamadas por la Constitución (Artículo 78 del Nuevo Código Procesal Constitucional).

4). La práctica jurisprudencial sin embargo y desde hace mucho ha dejado en claro que la concretización del mensaje constitucional no solo se visibiliza en aquellas normas que tradicionalmente desarrollan la Constitución, sino en una serie de fuentes jurídicas que permiten esclarecer o en su caso ensanchar de muy diversas formas lo que la Constitución establece. La frecuente recurrencia no solo a los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, sino a los referentes proporcionados por la jurisprudencia, en vía de doctrina constitucional, precedentes vinculantes o incluso jurisprudencia supranacional así lo pone de manifiesto, lo que evidencia un paulatino crecimiento del concepto.

5). Recientemente incluso nuestro propio Colegiado, matizando su noción de bloque ha terminado por aceptar que este último no solo tendría referentes estrictamente normativos sino también componentes decididamente jurisprudenciales (fundamentos 10 y 12 del Exp. N.º 0023-2021-PIC/TC) y no podría ser de otra manera tanto más si tomamos en cuenta no solo lo dispuesto en la Disposición Final Cuarta de nuestra Constitución Política del Estado, sino en las regulaciones a las que nos remiten los Artículos VI, VII y VIII del Título Preliminar de Nuevo Código Procesal Constitucional.

6). Lo dicho, por lo demás, se ve notoriamente ratificado en los fundamentos de la sentencia cuya suscripción comparto y no solo se encuentra desarrollado en los antes citados fundamentos 9 a 17, sino también, en los fundamentos 18 a 21 para mayor referencia. A ellos por tanto, nos remitimos.

7). En suma pues, mi concepto de bloque de constitucionalidad es amplio no solo porque así lo considere a título personal, sino porque en esa perspectiva nos ha colocado nuestra abundante y copiosa jurisprudencia, con lo cual el mensaje de cualquier derecho o instituto constitucional termina siendo mucho más extenso que el estrictamente desarrollado por la norma fundamental. Con esa lógica es que entendemos debe ser focalizado el presente caso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

Sobre la exhortación al Congreso de la República

8). La sentencia, por otro lado, incluye en su parte resolutive una exhortación al Congreso de la República en los siguientes términos:

3. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que, en el marco de sus atribuciones, equipare el derecho de un padre a inscribir a sus hijos con sus apellidos, sin develar el nombre de la madre, así como a establecer algún sistema o procedimiento para que cuando un niño, con posterioridad a su inscripción, desee conocer la identidad del otro progenitor, pueda hacerlo a través de un registro reservado al que pueda tener acceso.

9). Al respecto y si bien comparto el propósito al que apunta dicha exhortación, considero que hubiese sido preferible, en el marco de las competencias de las que se encuentra investido nuestro Tribunal Constitucional, optar por una interpretación aditiva del artículo 21 del Código Civil, estableciendo que, a partir de fecha, se entiende previsto en dicho artículo el derecho de todo padre a inscribir a sus hijos con sus apellidos sin obligarlo previamente a dar a conocer la identidad de la madre, extendiendo de esta forma y en atención al derecho a la igualdad, el mismo supuesto que sí se encuentra reconocido en el caso de la madre cuando esta no revele la identidad del padre.

10). Optar por la fórmula descrita, no solo hubiese sido de aplicación inmediata sino de obligatoria observancia por parte de todas entidades públicas en lo sucesivo, evitando con ello que se produzcan afectaciones a futuro en aquellos casos similares en los que el padre desea inscribir a sus hijos únicamente con sus apellidos y se le niegue ese derecho por no exponer la identidad de la madre, sin tener que esperar hasta que el Congreso finalmente atienda la exhortación y modifique la regulación existente (lo cual genera un periodo de tiempo inevitablemente incierto).

11). Lo dicho por lo demás, resulta perfectamente coherente con los propios fundamentos de la sentencia, en los que se señala lo siguiente:

42. [...] **el tratamiento diferenciado establecido en la regla bajo examen: si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos**, que se desprende la interpretación conjunta de los artículos 20 y 21 del Código Civil, modificados por la Ley 28720, al no superar el examen de necesidad, **vulnera el principio de proporcionalidad**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

y, en consecuencia, el derecho a la igualdad. Por ello, resulta inconstitucional y así debe ser declarado.

55. [...] considerando que en el ordenamiento jurídico peruano no está previsto un caso como el que plantea el accionante, pero **se verifica que existe el último extremo del artículo 21 del Código Civil que posibilita que en el mismo supuesto del caso concreto la madre si pueda realizar tal inscripción, debe procederse, en vía de integración, a extender la regla del artículo 21 al caso de un padre que se encuentra en la misma circunstancia que una madre.** [resaltado agregado].

12). En tal sentido y si en la parte considerativa de la sentencia el Tribunal Constitucional ha establecido que la interpretación que se viene dando vulnera el derecho a la igualdad (y por tanto es inconstitucional y no debe aplicarse) y que por lo tanto debe integrarse al artículo 21 del Código Civil (permitiendo al padre ejercer el mismo derecho que la madre que no revele la identidad del padre), no encuentro una razón suficiente, para no haber optado por la opción descrita.

13). De otro lado, en cuanto a la segunda parte de la precitada exhortación referida a establecer un procedimiento para que cuando un niño, con posterioridad a su inscripción, desee conocer la identidad del otro progenitor, pueda hacerlo a través de un registro reservado al que pueda tener acceso; considero que pudo haberse previsto o tener presente que existen determinados casos (como el de autos precisamente) en los que, el padre, no conozca la identidad de la madre biológica por serle imposible o en todo caso bastante complicado obtener tal información (aquellos casos en los que se recurre a técnicas de reproducción asistida es usual que se mantenga en anonimato a los donantes del material genético).

14). En tales supuestos y desde mi perspectiva no resultaría factible establecer la obligación de que exista un registro reservado de la identidad de los progenitores que no intervinieron en la inscripción del menor. Menos aún sería aceptable que se le exija al progenitor que inscribió al hijo conseguir los datos de la madre pues, como se ha advertido, pueden darse supuestos en los que sería materialmente imposible contar con dicha información. Por tanto, el contenido de esa parte de la exhortación debe entenderse que no se aplicaría para tal tipología de casos.

15). Ciertamente con este planteamiento no pretendo desconocer el derecho de los hijos a conocer la identidad de los padres, sino y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

específicamente que se pondere tal derecho con las diversas situaciones que puedan presentarse en cada caso concreto y que se tenga en cuenta que existirán casos en los que no sea posible conocer o acceder a la identidad del otro progenitor. Ello en último término es coherente con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño en el que se establece que: *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible**, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*.

S.

OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 biogenética* (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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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).



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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.



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