



Tribunal Constitucional



Pleno. Sentencia 176/2025

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC

LIMA

CRLR Y OTROS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de junio de 2025, se reunieron los magistrados Pacheco Zerga, presidente; Domínguez Haro, vicepresidente; Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Monteagudo Valdez, Ochoa Cardich y Hernández Chávez a efectos de pronunciarse sobre la demanda de amparo que dio origen al Expediente 01367-2019-PA/TC.

La votación fue la siguiente:

- Los magistrados **DOMÍNGUEZ HARO** (Ponente); **MORALES SARAVIA** (con fundamento de voto); y, **OCHOA CARDICH** (con fundamento de voto); votaron por: (1) Declarar fundada la demanda de amparo; en consecuencia, declara la nulidad de todas las resoluciones administrativas emitidas por el registro nacional de identificación y estado civil [reniec] que, explícita e implícitamente, han impedido que la menor sea inscrita como hija de doña CRLR, conforme a lo expresamente indicado en la presente sentencia; (2) Ordenar al Registro Nacional De Identificación Y Estado Civil [Reniec] la rectificación inmediata del apellido materno de la menor LV; y, en tal sentido, se consigne que su identidad es LV Zamudio López y no LV Zamudio Pozo; (3) Exhortar al Congreso de la República, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, a legislar en materia de técnicas de reproducción asistida; y, (4) Declarar que en el presente caso no corresponde el pago de costos procesales.
- El magistrado **HERNÁNDEZ CHAVÉZ** votó por: (1) Declarar fundada en parte la demanda de amparo en el extremo vinculado a al interés superior del niño; y, en consecuencia, declarar la nulidad de todas las resoluciones administrativas emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que explícita e implícitamente han impedido que la menor sea inscrita como hija de doña CRLR; (2) Ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la rectificación inmediata del apellido materno de la menor LVZP; y, en tal sentido, se consigne que su identidad es LVZ López; (3) Declarar improcedente en parte la demanda de amparo en el resto de extremos; y, (4) Declarar que en el presente caso no corresponde el pago de costos procesales.



Tribunal Constitucional



EXP. N. ° 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

- La magistrada **PACHECO ZERGA** votó por: (1) Declarar improcedente la demanda; y, (2) Exhortar al Congreso de la República para que legisle sobre las sanciones administrativas y/o penales cuando se incumpla con lo establecido en el artículo 7 ° de la Ley General de Salud, así como lo referido a la protección del derecho la identidad de los niños, en particular su derecho a conocer a sus padres, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7.1) y al Nuevo Código de los Niños y Adolescentes (artículo 6.1).
- El magistrado **GUTIÉRREZ TICSE** votó por: (1) Declarar improcedente la demanda respecto de la vulneración del derecho a la identidad de la menor favorecida; (2) Declarar improcedente la demanda en el extremo referido al reconocimiento de doña CRLR como madre de la menor favorecida; (3) Disponer la intervención del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (Inabif) en favor de la menor favorecida, a efectos de que verifiquen el estado de bienestar en el que se encuentra y actuar conforme a sus competencias, según lo requiera el caso; y, (4) Exhortar a que el Congreso de la República proceda conforme a sus competencias a fin de legislar una reforma que regule las consecuencias jurídicas para los centros de salud y para los padres intencionales que transgredan la prohibición de la práctica de gestación subrogada.
- El magistrado **MONTEAGUDO VALDEZ** votó por declarar improcedente la demanda de amparo; y, en consecuencia, corresponde ordenar a la sociedad conyugal demandante que inicie el procedimiento de adopción correspondiente de conformidad con lo establecido por las normas civiles peruanas para establecer la relación filial con la menor; y, notificar al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para que verifique el estado de bienestar en que actualmente se encuentra la menor LV. Asimismo, corresponde exhortar al Congreso de la República a que apruebe una nueva legislación sobre el empleo de las TRA atendiendo las consideraciones expuestas en el voto.

Estando a la votación descrita, **corresponde declarar FUNDADA en parte la demanda** al haberse alcanzado cuatro votos conformes para formar resolución, solo en los siguientes extremos:



Tribunal Constitucional



EXP. N. ° 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

- 1) Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia, declara la nulidad de todas las resoluciones administrativas emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil [Reniec] que, explícita e implícitamente, han impedido que la menor sea inscrita como hija de doña CRLR.
- 2) **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil [Reniec] la rectificación inmediata del apellido materno de la menor LV; y, en tal sentido, se consigne que su identidad es *LV Zamudio López* y no *LV Zamudio Pozo*.
- 4) Declarar que en el presente caso no corresponde el pago de costos procesales.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervenientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator

SS.

PACHECO ZERGA
DOMÍNGUEZ HARO
MORALES SARAVIA
GUTIÉRREZ TICSE
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH
HERNÁNDEZ CHÁVEZ



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de junio de 2025, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Pacheco Zerga, presidenta; Domínguez Haro, vicepresidente; Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Monteagudo Valdez, Ochoa Cardich y Hernández Chávez, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Morales Saravia y Ochoa Cardich y los votos singulares de los magistrados Hernández Chávez, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse y Monteagudo Valdez, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña CRLR y otros contra la resolución de fojas 201, de fecha 14 de agosto de 2018, expedida por la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 12 de enero de 2017¹, doña CRLR, don NDZV y doña ZPR interponen, a título personal y, al mismo tiempo, en favor de la menor LV Zamudio Pozo (en adelante LV), demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (en adelante Reniec).

Plantean, como *petitorio*, que se ordene al Reniec enmendar el apellido materno de LV, ya que fue indebidamente registrada como LV Zamudio Pozo y no como Zamudio López, a pesar de que expresamente se le indicó que no era hija biológica de doña ZPR, ya que a esta última se le implantó un óvulo fecundado —*in vitro*— proveniente de una donante anónima². Precisamente por eso, exigen que se declare la nulidad de todas las resoluciones administrativas que determinaron que es hija de doña ZPR, pues, en su lugar, debe consignarse a doña CRLR³, en tanto ella y su esposo —don NDZV— son los responsables de haberla traído al mundo mediante *gestación subrogada parcial o gestacional*, con el desinteresado apoyo de doña ZPR, quien, por su parte, solicita dejar de ser reputada como madre de LV.

¹ Fojas 16.

² Prueba biológica de ADN llevada a cabo por Laboratorios Biolinks.

³ Quienes están casados.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

En síntesis, los demandantes alegan que, en este puntual caso, la filiación de LV debe fundarse en la *voluntad procreacional* de don NDZV y de doña CRLR, en vista de que ambos contrataron —a título gratuito— a doña ZPR para que geste y alumbre a LV, en la medida en que les fue imposible tener descendencia. Al respecto, aducen que, en todo caso, así el Código Civil no haya recogido la figura de la *voluntad procreacional*, ello no puede perjudicar a la menor, cuyo interés superior debe ser preservado en todo momento y en toda circunstancia. Finalmente, sostienen que, más allá de cualquier consideración de carácter estrictamente formal, LV reconoce a doña CRLR como su progenitora, por lo que ella debe ser reputada como su madre, en atención a su interés superior. Adjuntan a la demanda, entre otros documentos, el acta de nacimiento de la menor LV, nacida el 15 de febrero de 2016; la partida de matrimonio de la sociedad conyugal conformada por don NDZV y doña CRLR; el acuerdo privado de útero subrogado entre la pareja beneficiaria y la colaboradora; la resolución registral impugnada; la prueba de ADN de doña ZPR; e informe de médico tratante.

Consiguientemente, y recapitulando, [i] don NDZV y doña CRLR denuncian la vulneración de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, al impedírselas, sin mayor fundamento, que registren a LV —que ha nacido por encargo de ambos mediante *gestación subrogada parcial o gestacional*— como hija de CRLR; [ii] doña ZPR denuncia, por su parte, la conculcación de su derecho fundamental a la autodeterminación informativa, en tanto se le ha atribuido erradamente una maternidad y, por ende, obligaciones maternales que objetivamente no le corresponde asumir; y, [iii] don NDZV, doña CRLR y doña ZPR denuncian, en conjunto, la violación del derecho fundamental a la identidad de la menor LV, toda vez que se le imputa ser hija de una persona con la que no le unen lazos biológicos ni le van a unir lazos afectivos.

Auto de admisión a trámite de la demanda

Mediante Resolución 1⁴, de fecha 20 de febrero de 2017, el Undécimo Juzgado Especializado en lo Constitucional Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima, admite a trámite la presente demanda y, consiguientemente, emplaza al Reniec.

⁴ Fojas 44.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

Contestación de la demanda

Con fecha 7 de marzo de 2017⁵, el Reniec [i] se apersona a través de su procuraduría pública; [ii] deduce la *excepción de falta de legitimidad para obrar* de don NDZV y doña CRLR, aseverando que ambos no se encuentran habilitados para defender los intereses de LV, ya que no son sus progenitores biológicos; [iii] deduce la *excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa*, esgrimiendo que consintieron lo decidido a nivel administrativo; y [iv] contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada.

En relación con esto último, arguye lo siguiente: [i] que, a su criterio, la madre de LV es doña ZPR, pues fue ella quien la alumbró; [ii] que, contrariamente a lo argüido por los demandantes, la filiación no puede atribuirse a través de la *voluntad procreacional*, ya que esa figura no se encuentra prevista ni en la Constitución ni en el Código Civil ni en la Ley 26842, Ley General de Salud; [iii] que, a su juicio, un acuerdo contractual privado no puede determinar la filiación, pues el deseo de formar un hogar con hijos no puede ejercerse de modo libérrimo; [iv] que don NDZV y doña CRLR pudieron haber optado por la adopción, en vez de actuar al margen del marco jurídico, ya que la gestación subrogada se encuentra prohibida en nuestro país; y, [v] que, en tanto titular del derecho fundamental a la identidad, LV tiene derecho a saber quiénes son sus verdaderos progenitores, no obstante, ni don NDZV ni doña CRLR lo son, en la medida en que no aportaron su material genético en su procreación.

Absolución de las excepciones

Mediante escrito ingresado el 10 de mayo de 2017⁶, los demandantes rebaten lo argumentado en las excepciones deducidas. En cuanto a la *excepción de falta de legitimidad para obrar*, arguyen que la demanda tiene por objeto que se enmiende el apellido materno de LV, en la medida en que es hija de doña CRLR, y no de doña ZPR. Por ende, entienden que se encuentran legitimados para interponerla.

Ahora bien, en lo concerniente a la *excepción de falta de agotamiento de la vía previa*, los demandantes argumentan que se encuentran relevados de agotarla, porque el Código Civil no reconoce la filiación por *voluntad procreacional*. De ahí que, en su opinión, agotar la vía previa solamente pospondrá la dilucidación del presente problema, porque dicha figura no ha

⁵ Fojas 57.

⁶ Fojas 71.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

sido contemplada en el marco jurídico. Siendo ello así, consideran que el Reniec no se encuentra en la aptitud de dar solución al asunto controvertido.

Resolución de primera instancia o grado que desestimó las excepciones deducidas

Mediante Resolución 3⁷, de fecha 4 de setiembre de 2017, el Undécimo Juzgado Especializado en lo Constitucional Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes, tras entender que, en la práctica, todos ellos tienen interés en que se dilucide la identidad de la menor.

Así mismo, el juzgado declara infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, tras considerar que la salvaguarda del derecho a la identidad de la menor exceptúa a los demandantes de agotar la vía previa, porque la incertidumbre relacionada con identificar quién debe ser considerada como la madre de LV, debe ser dilucidada con premura.

Recurso de apelación interpuesto por Reniec contra la Resolución 3

Con fecha 19 de setiembre de 2017⁸, el Reniec interpone recurso de apelación contra la Resolución 3, insistiendo en los mismos alegatos que formuló al deducir la excepciones que le fueron desestimadas.

Sentencia de primera instancia o grado

Mediante Resolución 5⁹, de fecha 21 de noviembre de 2017, el Undécimo Juzgado Especializado en lo Constitucional Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima declara fundada la demanda; y, por ende, ordena que se enmiende la inscripción registral y se consigne que LV es *hija matrimonial* de don NDZV y doña CRLR, puesto que, a su criterio, la filiación debe serles imputada debido a que ambos exteriorizaron su *voluntad procreacional*, al contratar —a título gratuito— a doña ZPR para que geste y alumbe —de modo desinteresado— a su hija LV, mediante *gestación subrogada parcial o gestacional*.

⁷ Fojas 97.

⁸ Fojas 105.

⁹ Fojas 110.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

Recurso de apelación interpuesto por Reniec

Con fecha 30 de noviembre de 2017¹⁰, el Reniec presenta recurso de apelación contra la Resolución 5, solicitando que la demanda sea declarada infundada. En suma, esgrime lo siguiente: [i] que no resulta viable entender que LV es *hija matrimonial* de don NDZV y doña CRLR, porque el artículo 6 de la Constitución proscribe efectuar distingos entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales; [ii] que, si bien lo decidido se basa en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República, no se ha evaluado si el entorno en el que vive la menor es adecuado para su desarrollo físico y emocional; y, [iii] que la *voluntad procreacional* es insuficiente para atribuir lazos de filiación en escenarios en los que no existen vínculos de consanguineidad, por cuanto no existe norma jurídica que contemple esa clase de filiación.

Sentencia de segunda instancia o grado

Mediante Resolución 11¹¹, de fecha 14 de agosto de 2018, la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la apelada; y, en tal virtud, declara improcedente la demanda, tras concluir que el requerimiento de rectificación del nombre de la menor resulta carente de base normativa, puesto que no se refiere a errores u omisiones incurridos en el acta registral. Y, además, porque las partes demandantes han actuado ilícitamente.

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la parte demandante contra la Resolución 11

Con fecha 25 de agosto de 2019¹², los demandantes interponen recurso de agravio constitucional contra la Resolución 11, solicitando que la demanda sea estimada.

Audiencia Pública y amicus curiae

Con fecha 24 de julio de 2024 se llevó a cabo la audiencia pública ante el Pleno del Tribunal Constitucional, con la participación de diversos *amicus curiae* como:

La Dra. Natalia López Moratalla, catedrática e investigadora española en las áreas de Bioquímica y Biología Molecular, quien expresa que existe un

¹⁰ Fojas 143.

¹¹ Fojas 201.

¹² Fojas 105.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

vínculo filial inevitable entre la madre gestante y el menor. No obstante, afirma que también –aunque con matices– en los procesos de maternidad subrogada, se genera un vínculo natural con los padres adoptivos o legales (en este caso los demandantes) y en general con las personas que tienen un contacto íntimo y diario con el menor; en su opinión, en casos como el presente, procede el cambio del segundo apellido actual de la menor (perteneciente al de la madre que denomina “colaboradora”), por el apellido de la demandante, porque así quedaría menos desprotegida la dignidad del menor, al tener los apellidos de los “padres legales”.

El Dr. Antonio Cipriano Bernuy, representante del Instituto Nacional Materno Perinatal, quien resalta que su participación se circscribe a un punto de vista netamente médico. Así, sostiene que la infertilidad es una enfermedad reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual ha expresado que es derecho de las parejas con problemas de infertilidad recibir el tratamiento necesario para sobrellevar esta situación. Afirma que en nuestro país la infertilidad es un problema de salud pública no atendido hasta el momento y que, de 15 millones de peruanos que están en edad reproductiva, 2 millones tienen problemas de infertilidad; acota que el sector público no atiende problemas de infertilidad que necesiten tratamientos de alta complejidad. Sobre el caso específico, manifiesta su sorpresa de que un caso netamente médico se dilucide en el plano judicial. Asevera que la normatividad vigente –la cual es básicamente el artículo 7 de la Ley General de Salud– resulta desfasada para la realidad actual; que, en su opinión, este artículo permite todas las técnicas de reproducción asistida (TERAS), excepto la donación de ovocitos y embriones y la gestación subrogada; que, a pesar de su prohibición por la Ley General de Salud, en el Perú, la donación de ovocitos representa el 60 % de las técnicas de reproducción asistida, lo que implica que en el Perú hay una alta demanda de tratamientos de la infertilidad; y que el motivo de que en los últimos años se vienen resolviendo casos judiciales relacionados a la filiación de un menor nacido mediante las TERAS es –además del aumento de la demanda– el mejoramiento del sistema de registro del Reniec. Enfatiza que, en la actualidad, la “prohibición” establecida en la Ley General de Salud no viene siendo respetada. A tal efecto, recomienda al Tribunal Constitucional, primero, que se interprete de manera correcta la Ley General de Salud, para que en el futuro no existan problemas de filiación de menores nacidos mediante TERAS y, segundo, que se exhorta al Congreso de la República que promulgue una ley de reproducción asistida.

El profesor Ronald Cárdenas Krenz, abogado experto en Bioética, manifiesta que sí existe una norma que regula con especificidad las TERAS, y ese es el artículo 7 de la Ley General de Salud. Afirma que en un Estado



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

constitucional de derecho las leyes deben respetarse, más aún si son normas de orden público, independientemente de que alguien cuestione el contenido de estas. A su entender, en el Perú no es legal la ovodonación de óvulos y el “vientre de alquiler”, conforme a la Ley General de Salud, aunque en la práctica se aplique. Aduce, también, que si bien es cierto que la relación paterno-filial no siempre es biológica, esta no puede reducirse solamente a una “voluntad procreacional”. Expresa, citando algunos autores, que no existe el “derecho a un hijo”, y que los deseos no deben confundirse con los derechos. Asimismo, explica que en el llamado “acuerdo privado de útero subrogado” la gestante se compromete a que no intentará formar una relación de madre-hijo con el niño, pero se pregunta si acaso puede impedirse por un acuerdo el nacimiento de un sentimiento y violentar el derecho natural. Indica, además, que este acto jurídico es nulo, al tener un objeto física y jurídicamente imposible. En su participación informa, citando fuentes científicas, que existen ciertos riesgos físicos que pueden recaer sobre el menor nacido mediante TERAS. Adicionalmente, sostiene que la Corte Suprema de la República, mediante el Acuerdo Plenario 04-2023, ha determinado que la maternidad subrogada comercial puede constituir delito de trata de personas.

La abogada Maricela González Pérez de Castro, representante de la Universidad de Piura, informa que, en el derecho comparado, las consecuencias jurídicas de la práctica de la maternidad subrogada vienen siendo cuestionadas. Expone que los ordenamientos jurídicos, en su mayoría, prohíben los denominados vientres de alquiler por contravenir los derechos de filiación, a la vida, a la integridad y a la identidad de los menores, y por estar vinculados con la comercialización y trata de personas, así como con la esclavitud de mujeres. Manifiesta que al amparo del “escueto” artículo 7 de la Ley General de Salud, las clínicas privadas de fecundación artificial se autorregulan, e incumplen lo ordenado por las normas nacionales e internacionales que protegen al concebido; y que el “derecho al hijo” no existe, pues el ser humano no es objeto de derecho, sino sujeto de derecho. Acota que existen problemas en cuanto a las TERAS, en específico, en lo que concierne a los óvulos fecundados que permanecen congelados y cuyo fin se desconoce. En relación con la identidad de los niños, para este *amicus curiae*, el contrato de vientre de alquiler produce una diversificación de la maternidad y la paternidad biológica, lo que conlleva a que exista más de un padre y una madre. Aduce también que existe un riesgo de discriminación en contra de los menores nacidos con estas técnicas, pues, a diferencia de los “niños nacidos de forma natural”, no podrán saber con exactitud su identidad biológica. En cuanto al pedido de la demandante, refiere que esta no tiene amparo legal para solicitar la maternidad de la menor. Expone que el contrato de gestación por sustitución es nulo en todas sus modalidades, ya sea oneroso



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

o gratuito, porque vulnera normas imperativas del derecho de filiación. Resalta que las TERAS son contrarias a la dignidad de la mujer y del menor, y que suponen una “explotación y manipulación” de la madre. Concluye enfatizando que el Reniec no ha vulnerado el derecho a la identidad de la menor y sugiere que se emita una declaración de estado de cosas inconstitucionales para prohibir la maternidad subrogada y la fecundación artificial. Pone de relieve que la maternidad subrogada coloca en grave peligro a la institución de la familia. Asimismo, solicita que el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a que prohíba la maternidad subrogada y la fecundación artificial en el Perú, y que promueva la adopción.

Giuliana Caccia Arana, especialista en Matrimonio y Familia, asevera que en el Perú existe una tradición jurídica de defensa de la vida del concebido, la que se fundamenta en la dignidad humana. Sobre el caso específico, afirma que no existe un derecho subjetivo a tener un hijo, pues esto implicaría decir que el menor es objeto de derecho. Defiende la opinión de que el derecho a formar una familia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos, no comprenden el “derecho a un hijo”, pues esto reduciría al menor a un simple medio. Sobre la Ley General de Salud, concretamente su artículo 7, aduce que, independientemente de que esta sea permisiva, o no, su lectura nunca debe vulnerar el derecho de los menores y el principio del interés superior del niño. Concluye que, a su parecer, la pretensión debe ser declarada improcedente, a efectos de que se resuelva en la vía ordinaria (proceso familiar).

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. Para este Tribunal Constitucional, la cuestión litigiosa radica en determinar cuál debe ser el apellido materno con el que LV debe ser inscrita, porque el Reniec se negó a inscribirla como hija de CRLR, tras entender que, en virtud de la presunción *mater semper certa est*, la filiación maternal únicamente se determina por el alumbramiento; consecuentemente, solo permitió que ella sea inscrita como hija de doña ZPR, pese a que expresamente se le hizo saber que esa menor nació mediante *gestación subrogada parcial o gestacional*, por lo que, objetivamente, esa presunción no debió serle aplicada.

2. Así pues, y tal como ha sido planteada la demanda, este Tribunal Constitucional considera que, en principio, el problema se origina en que, al normar la filiación, el Código Civil —de 1984— no ha



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

contemplado cómo atribuir la filiación materna a los nacidos mediante *gestación subrogada parcial o gestacional* cuyo origen genético se desconoce, porque este tipo de prácticas no eran usuales en aquel momento.

3. Precisamente por ello, este Tribunal Constitucional estima que la dilucidación de la *litis* presupone evaluar si, a la luz del contenido material y axiológico de la Constitución —cuya vinculatoriedad se encuentra fuera de discusión debido a su carácter normativo—, corresponde amparar el pedido de los demandantes.

Sobre la legitimidad para obrar de los demandantes

4. Para este Tribunal Constitucional, la excepción de falta de legitimidad para obrar deducida por el Reniec resulta infundada, pues, tratándose de don NDZV y de doña CRLR, lo que ellos exigen es que esta última sea reputada como progenitora de LV apelando a la *voluntad procreacional*, en vista de que son los responsables de haberla traído al mundo mediante *gestación subrogada parcial o gestacional* y, de este modo, cumplir su anhelo de formar una familia con descendencia. Mientras que, en el caso de doña ZPR, lo que ella pretende es dejar de ser reputada como madre de esa menor y, de este modo, desligarse de las obligaciones maternales que ello conlleva, en la medida en que, [i] no existe ningún vínculo de consanguinidad entre ellas, y, [ii] no van a existir lazos de afecto entre ambas, en vista de que doña CRLR voluntariamente ha asumido el rol de madre, que es lo que precisamente exige que le sea jurídicamente reconocido.
5. Atendiendo a lo uno y a lo otro, este Tribunal Constitucional concluye que, en lo que puntualmente respecta a la relación jurídica procesal, tanto don NDZV y doña CRLR, como doña ZPR, tienen legitimidad para obrar en la presente causa, puesto que, a pesar de tener intereses formalmente disímiles, materialmente tienen un mismo interés: que se establezca que LV es hija de doña CRLR, y no de doña ZPR.

Sobre la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el numeral 1 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional

6. Para este Tribunal Constitucional, se encuentra comprometido: [i] el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la identidad de LV, pues el Reniec la ha inscrito como hija de una persona con la que no le unen vínculos de consanguinidad ni de afectividad; [ii] el contenido constitucionalmente protegido del



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de don NDZV y de doña CRLR, porque Reniec no les permitió inscribir a LV como hija de doña CRLR, pese a que ambos exteriorizaron conjuntamente su *voluntad procreacional*, y asumieron voluntariamente las obligaciones paternales y maternales que tal decisión conlleva; y, [iii] el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la autodeterminación informativa de doña ZPR, en tanto Reniec le atribuyó la maternidad de LV, pese a que no existen lazos biológicos entre ambas.

7. Por todo ello, no resulta de aplicación la causal de improcedencia prevista en el numeral 1 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que reitera enteramente lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 del ahora derogado Código Procesal Constitucional, toda vez que lo esgrimido encuentra sustento directo en el ámbito de protección de los derechos fundamentales antes mencionados.

Sobre la aplicación de la causal de improcedencia prevista en los numerales 2 y 4 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional

8. Para este Tribunal Constitucional, la cuestión litigiosa tiene naturaleza constitucional y no meramente administrativa, razón por la cual no es posible de ser dilucidada en el marco de un proceso contencioso-administrativo, en tanto no puede ser dirimida apelando a la mera subsunción de los hechos a la normativa que regula la filiación, toda vez que los demandantes sustentan su posición en la *voluntad procreacional*.
9. En puridad, no se encuentra en discusión si el Reniec observó el derecho *infraconstitucional* al denegar enmendar el apellido materno de una menor nacida mediante gestación subrogada parcial o gestacional, sino si el derecho *infraconstitucional* lesiona los derechos fundamentales de dicha menor al no haber regulado cómo debe imputarse la filiación maternal en esa concreta situación, lo que reafirma lo anteriormente dicho: que el problema jurídico es enteramente constitucional.
10. Además, es imperativo resaltar que, en aplicación de lo establecido en el inciso 2 del artículo 46 del ahora derogado Código Procesal Constitucional —ahora normado en el numeral 2 del artículo 43 del Nuevo Código Procesal Constitucional—, los demandantes se encuentran exceptuados del agotamiento de la vía previa, puesto que, al momento de la interposición de la demanda, LV se encontraba *ad*



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

portas de iniciar sus estudios escolares con un apellido materno que no le correspondería, y eso es algo que los accionantes buscan impedir.

11. Sobre esto último, este Tribunal Constitucional considera oportuno recalcar que, según el artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo 011-2019-JUS, ni la existencia de un riesgo de irreparabilidad, ni la urgencia, son eximentes del agotamiento de la vía administrativa. En el proceso de amparo, en cambio, sí se han contemplado ambos supuestos como excepciones al agotamiento de la vía previa, lo que se condice, además, con su lógica sumamente expeditiva. Y es que, al fin y al cabo, el proceso de amparo es mucho más tutelar que el proceso contencioso-administrativo.
12. Ahora bien, y recapitulando, aunque el Reniec se encuentra habilitado para interpretar las normas del Código Civil a la luz de la Constitución, no se encuentra habilitado para subsanar la omisión del legislador democrático. Por tanto, este Tribunal Constitucional juzga que no tiene sentido supeditar la procedencia de la presente demanda al agotamiento de una vía previa que, como ha sido desarrollado, solamente pospondría el acceso a la justicia constitucional, en la medida en que esa entidad no se encuentra en la aptitud de dar solución a la controversia.
13. Por ese motivo, no resulta válido exigir presupuestos procesales que, a la luz de los hechos del caso, carecen de justificación. De lo contrario, se termina posponiendo innecesariamente el acceso a la justicia constitucional, pese a que “la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional”¹³.
14. Así las cosas, no resultan de aplicación las causales de improcedencia reguladas en los numerales 2 y 4 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional —antes recogidas en los numerales 2 y 4 del artículo 5 del ahora derogado Código Procesal Constitucional—, pues, como ha sido reseñado, el proceso contencioso-administrativo no califica como vía igualmente satisfactoria, ya que, objetivamente, no se encuentra en la aptitud de dar solución a todas las aristas del problema jurídico sometido a escrutinio constitucional. Siendo ello

¹³ Cfr. fundamento 11 de la sentencia dictada en el Expediente 00023-2005-PI/TC.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

así, resulta necesario emitir un pronunciamiento de fondo, toda vez que el único proceso a través del cual los demandantes pueden solucionar ese problema, que tiene naturaleza constitucional, es a través del presente proceso.

Derecho a la identidad y derecho a la identidad biológica

15. El artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, establece que:

Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

16. El profesor Fernández Sessarego expone que

“Entendemos como identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro"”¹⁴.

“Es el complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales que, pese a que todos los seres humanos sean iguales, determina la "mismidad", el ser "uno mismo"”¹⁵.

“Es, en síntesis, el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que cada cual consiste”¹⁶.

17. Agrega el autor peruano que la identidad personal tiene dos vertientes, la identidad estática, correspondiente a la información genética y las huellas digitales invariables en el tiempo, entre otros elementos; y la identidad dinámica, que se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, conformado por las opiniones, creencias, la cultura, las costumbres, entre otros, que pueden cambiar con el tiempo según la evolución personal y su entorno social. Ambos elementos constituyen una unidad totalitaria¹⁷.

¹⁴ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 116.

¹⁵ Fernández Sessarego, Carlos: “Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI”, diciembre, 2003. Disponible en <http://revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm> (Última visita: 25 de febrero de 2025).

¹⁶ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 117.

¹⁷ Ibid., pp. 116-117



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

18. En la sentencia recaída en el Expediente 04444-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha remarcado que:

(...) el artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre – conocer a sus padres y conservar sus apellidos –, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica.

19. Sobre este derecho, la sentencia recaída en el Expediente 02273-2005-PHC/TC ha dado luces sobre su complejidad, pues adopta una perspectiva o sentido integral, y reconoce el carácter objetivo y el carácter subjetivo del derecho a la identidad. Así, se deja en claro que el derecho a la identidad no puede ceñirse solamente a cuestiones – que no dejan de ser importantes– como el nombre o las características físicas, sino que van más allá de esto, pues involucra también a las costumbres y creencias, cuestiones íntimamente ligadas a la personalidad del individuo:

21. Este Tribunal considera que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1º del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo 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. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

inmediatista, sino necesariamente de manera integral (...).

20. Esta perspectiva evidencia un claro acercamiento a la definición del término “identidad biológica”, como dimensión objetiva del derecho a la identidad, o, en los términos propuestos en la sentencia citada, “la herencia genética” del individuo; vale decir, el proceso por el cual la información genética se transmite de padres a hijos (transferencia de genes entre progenitores y descendientes).
21. El derecho a la identidad biológica comprende el derecho del ser humano a conocer su propio origen biológico, esto es, de quien biológicamente lo sea, saber quién es su progenitor o padres genéticos que debido a diversas situaciones se desconoce. El derecho del hijo o la hija a conocer su identidad genética, a su progenitor (herencia biológica), se sustenta en el principio de la verdad biológica, y genera el derecho a conocer y saber sus orígenes, como expresión directa de la dignidad humana.
22. Como afirma Cárdenas Krenz, del derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe a la persona, la verdad más importante es aquella que tiene que ver con conocer sus orígenes, su verdad biológica¹⁸; y, ciertamente, deberá tenerse presente las consecuencias que dicha averiguación encierra.
23. Al respecto, el artículo 6.1. del Código de los Niños y Adolescentes prescribe:

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.

Este artículo debe concordarse con los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con el artículo 13 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos.

24. En definitiva, el derecho a la identidad biológica o el derecho a conocer su origen biológico, es un derecho humano fundamental del menor y de cualquier persona, indistintamente de la edad que tenga, que busca conocer y saber sus raíces dadas por la naturaleza, y que debe estar por encima de los intereses de las personas que intervinieron para traerlo al mundo. Todo intento de ocultar la

¹⁸ Cárdenas Krenz, Ronald. *Derecho a la identidad biológica y reproducción asistida. Una perspectiva biojurídica*. Editorial Académica Española. 2017, p. 40.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

identidad de los padres genéticos podría ser una clara vulneración del derecho del hijo a la identidad biológica; aún más, el desconocimiento de esa verdad podría implicar un daño a su identidad.

25. Ahora bien, debe entenderse que, si bien cuestiones de carácter objetivo relacionadas con el derecho a la identidad, tales como la herencia genética (derecho a la identidad biológica), son importantes y forman parte del contenido de este; no es solo eso lo que determinará su desarrollo y tutela, sino que –como se ha expresado– la ideología, la identidad cultural, los valores, su historia personal, las experiencias vividas en un determinado contexto familiar y social, conforman también el derecho a la identidad.
26. Este Tribunal no niega la importancia del derecho a la “identidad biológica”, como parte del derecho a la identidad de las personas, pero es innegable, también, que esta no es la única perspectiva concernida, sino que, como ya se mencionó, la identidad está construida por una gama de elementos que la conforman. En ese sentido, no se puede aseverar, sin caer en el error o la inexactitud, que privar a una persona del conocimiento de su herencia genética o de su “identidad biológica” es privarla de su derecho a la identidad, aunque debe reconocerse que sí lo limita.
27. Cuestión distinta es la relativa a los beneficios del conocimiento de la herencia genética, sobre todo en cuestiones de salud (lo que no enerva de ningún modo el derecho a la identidad). Mucho se ha dicho, por ejemplo, que conocer el origen real de los gametos podría ayudar a descubrir, en un futuro, datos biológicos que permitan coadyuvar a una salud preventiva, o que se exija la necesidad del conocimiento de cierta información puntual que pueda salvar la vida de un paciente. No obstante, en el ámbito comparado en lo relativo a los procedimientos de reproducción asistida se han tomado diversas posturas. Así, existen legislaciones que prevén la posibilidad de saber la identidad de los donantes u otras en donde una persona nacida mediante estos métodos podrá solicitar ante un juez, siempre que justifique las razones, el levantamiento del secreto que protege la identidad de los donantes. El desconocimiento de la “identidad biológica” podría limitar el goce del derecho a la identidad de una persona, aunque no es elemento único y/o determinante del derecho a la identidad.
28. Así expuesto, el derecho a la identidad biológica lleva consigo deberes y obligaciones a cargo del Estado para con la persona; especialmente,



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

cuando el Estado debe tutelar los derechos del niño y adolescentes en primer orden.

El principio del interés superior del niño

29. Tal como ha sido expresado en múltiple jurisprudencia constitucional, el niño representa un sujeto de especial protección que exige del Estado un cuidado prioritario. De esa forma, se entiende lo que se ha establecido en el artículo 4 de la Constitución, que prescribe “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño (...).” Asimismo, del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se advierte que “[e]n 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 que se atenderá será el interés superior del niño”. Seguidamente, el artículo 3.2. expresa que “[l]os 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 (...”).
30. En relación con el principio del interés superior del niño, 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 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”¹⁹.
31. 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

¹⁹ Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Unicef México y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), 2014, p. 260.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

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”²⁰.

32. De igual forma, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, prescribe que:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

33. Así, por mandato constitucional, convencional y legal, es incontrovertible la posición de privilegio que ostenta el menor en las prioridades estatales acorde con el principio del interés superior del niño que vincula a las entidades públicas y privadas y a toda la comunidad. Tal como este Tribunal lo ha dejado establecido en la sentencia del Expediente 03744-2007-PA/TC:

(...) el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tiene fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

34. De la misma manera, en el fundamento 54 de la sentencia recaída en el Expediente 00882-2023-PA/TC, se sostuvo que el principio del interés superior del niño exige

valorar las circunstancias de un caso concreto para traducir en la realidad los derechos fundamentales de un niño.

35. Al respecto, “(...) la aplicabilidad del meta principio Interés Superior del Niño permite que los jueces puedan aplicar la adaptabilidad de dicho valor referencial al caso concreto, para así evitar su mención sin

²⁰ Ibid., p.272.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

una referencia práctica”²¹.

36. De lo glosado cabe concluir que toda norma debe ser emitida a la luz de este principio, y no solo eso, sino que su interpretación, más aún en caso de vacío o defecto de estas y de afectación de un derecho fundamental, deberá hacerse en consonancia con el alto estatus que ostenta el deber de protección al menor en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, toda decisión tomada por este Tribunal –sobre todo en casos de duda o timidez legislativa y lesión de los derechos fundamentales– priorizará el interés del niño, así como la prevalencia de su normal y adecuado desarrollo.

Análisis del caso en concreto

Maternidad subrogada total y la maternidad subrogada parcial o gestacional²²

37. A fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, este Tribunal Constitucional estima necesario precisar, en primer término, qué entiende por maternidad o gestación subrogada total y qué entiende por maternidad o gestación subrogada parcial o gestacional, clasificación establecida en atención a la procedencia de los gametos.
38. Así pues, la gestación subrogada total ocurre cuando una mujer —madre gestacional— gesta y alumbra a un bebé aportando su propio óvulo, y luego lo entrega a quienes la contrataron, sin que ello suponga la asunción de deberes maternales, pese a que entre el neonato y la madre gestacional existen lazos de consanguinidad. En cambio, la gestación subrogada parcial o gestacional ocurre cuando una mujer —madre gestacional— es contratada para gestar y alumbrar a un infante que ha sido fecundado con un óvulo de otra fémina y luego lo entrega a quienes la contrataron. De ahí que, en este caso no existe vinculación genética entre la madre gestacional y el neonato.

²¹ Bermúdez Tapia, Manuel. “La evaluación de aspectos íntimos y privados en el ámbito del Derecho Público”. En: *Gaceta Constitucional* n.º 161, p. 127.

²² Si bien puede haber opiniones contrarias en utilizar expresiones como “gestación subrogada”, “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada”, “maternidad por sustitución”, “útero subrogado”, “vientre subrogado”, “vientre de alquiler”, “cesión de vientre”, entre otras, para los efectos de esta sentencia se utilizará las expresiones maternidad o gestación subrogada.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

La regulación de la maternidad subrogada en el Perú

39. La jurisprudencia no ha sido uniforme sobre la situación de la maternidad subrogada total o parcial, de modo que existe incertidumbre acerca de si se encuentran permitidas, prohibidas, o no han sido reguladas por nuestra legislación.
40. El artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley 26842, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de julio de 1997, prescribe lo siguiente:

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 con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos. (El subrayado es nuestro).

41. Esta norma expresa dos situaciones ante el problema de la infertilidad de la persona: [i] recurrir a su tratamiento, y [ii] recurrir al uso de las técnicas de reproducción asistida.
42. Conviene ahora analizar la expresión “tratamiento de su infertilidad”. Según la Real Academia Española (RAE), *tratamiento* es el conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad. De igual manera, el diccionario de la Real Academia Nacional de Medicina de España define el término como el conjunto de medidas médicas, farmacológicas, quirúrgicas, físicas o de otro tipo encaminadas a curar o a aliviar las enfermedades. En ese sentido, cabe entender que estar sometido a un tratamiento implica la posibilidad real de una mejoría, ya sea parcial o total; es decir, la posibilidad de solución.
43. En cuanto a la infertilidad, tanto el Diccionario Panhispánico de Términos Médicos²³, como el Diccionario de la Real Academia Nacional de Medicina de España²⁴, arrojan el mismo resultado cuando se hace la búsqueda de la palabra *infertilidad*: esterilidad. Es decir, la palabra *infertilidad* se usa como sinónimo de *esterilidad*. Luego, ambos diccionarios exhiben la misma definición:

²³ <https://dptm.es/dptm/?k=infertilidad> (Última visita: 25 de febrero de 2025).

²⁴ https://dtme.ranm.es/busador.aspx?NIVEL_BUS=3&LEMA_BUS=infertilidad (Última visita: 25 de febrero de 2025).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

En relación con la mujer:

Incapacidad de la mujer o de la hembra para concebir. **Sin.**: infecundidad, infertilidad; desus.: agenesia. **Obs.**: La preferencia por "esterilidad", "infecundidad" o "infertilidad" depende del contexto. || Algunos autores establecen una distinción entre "infecundidad" (para referirse a la esterilidad absoluta o irreversible) e "infertilidad" (para referirse a la esterilidad relativa o reversible)."

Y en relación con el hombre:

Incapacidad del hombre o del macho para fecundar. Sin.: infecundidad, infertilidad; desus.: agenesia. Obs.: La preferencia por "esterilidad", "infecundidad" o "infertilidad" depende del contexto. || Algunos autores establecen una distinción entre "infecundidad" (para referirse a la esterilidad absoluta o irreversible) e "infertilidad" (para referirse a la esterilidad relativa o reversible).

Asimismo, ambos exponen la siguiente observación:

Se recomienda precaución con este término, que se usa con significados muy distintos.

44. Se aprecia, pues, que, según el contexto y los autores, se utiliza el término infecundidad para la esterilidad absoluta e irreversible, es decir, la incapacidad absoluta del hombre y la mujer para fecundar. Asimismo, se utiliza el término infertilidad para referirse a la esterilidad relativa o reversible, es decir, que son pasibles de tratamiento.
45. De lo dicho, este Tribunal entiende a la “infertilidad” como una esterilidad relativa o reversible, pues esa es la definición concordante con la parte inicial del artículo 7 de la Ley general de Salud, cuando señala que “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, (...)”, en tanto una persona que recurre al tratamiento de su infertilidad lo hace con el objetivo de poder procrear de forma natural, pues no tendría sentido hablar de un tratamiento cuando la esterilidad es absoluta e irreversible.
46. Si el tratamiento de infertilidad no cumple con el objetivo de poder procrear de forma natural, es decir, si este no funciona, la persona podría recurrir al uso de técnicas de reproducción asistida, con la esperanza de que su descendencia porte su carga genética, su huella genética. La frase “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



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, contiene el conector “así como”, que no equivale al adverbio “entonces”, que implica una consecuencia necesaria.

47. La condición de infertilidad no solo implica intentar devolver o mejorar la posibilidad a las personas de ser biológicamente capaces de fecundar y procrear de la forma convencional, sino también procrear a través de las técnicas de reproducción asistida.
48. De lo expuesto se desprende que el artículo 7 de la Ley General de Salud se circunscribe a los casos de las personas cuya infertilidad puede merecer su tratamiento o conllevar el uso de las técnicas de reproducción asistida. No se encuentra dirigido para quienes tengan una esterilidad absoluta e irreversible, pues, como resulta obvio, estas personas no pueden recurrir a tratamiento alguno para mejorar o superar sus condiciones físicas, ni recurrir al uso de técnicas o procedimientos de reproducción asistida que involucren la funcionalidad de sus gametos, debido a su incapacidad absoluta para procrear.
49. Es en ese contexto, de personas con la condición de infertilidad que a través de un tratamiento puedan procrear o utilizando las técnicas de reproducción asistida, que el legislador ha restringido la utilización de estas técnicas de la siguiente forma: “(...) siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”. En este sentido, cuando se trate de una mujer con infertilidad y que pretenda procrear mediante las técnicas de reproducción asistida no podrá recurrir a la ovodonación (donación de óvulos) pues no existirá la coincidencia requerida entre madre genética y madre gestante; es decir, en estos casos resulta obligatorio que la mujer que aporta la carga genética y la que gesta deben ser la misma persona. En ese sentido, las referidas personas se encuentran impedidas de recurrir a la gestación subrogada o cualquier otro método donde la madre genética y la madre gestante no recaigan en la misma mujer. Con mayor razón, se entiende que se encuentra prohibida la gestación subrogada para aquellas mujeres sin problemas de infertilidad y que, por razones estéticas, laborales, temor al embarazo, al dolor del parto, “mejoramiento” o manipulación de un patrón genético, etc., no deseen llevar su propio proceso de gestación o no quieren engendrar, gestar y alumbrar un bebé.
50. Lo dicho toma mucho más sentido cuando se entiende que la gestación subrogada, no es un tratamiento a la infertilidad *per se*, sino que, al



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

ser un medio que no implica la necesidad de carga genética de quien tiene la intención de ser padre o madre, estos no están supeditados a la condición de ser fértil o no, pues, al fin y al cabo, no será esta condición la que determine el éxito del embarazo.

51. De lo hasta aquí desarrollado, es válido concluir que las técnicas de reproducción asistida son métodos o procesos supletorios de la infertilidad o ante la imposibilidad de tener descendencia²⁵.
52. El uso de las TERAS, conforme al artículo 7 de la Ley General de Salud, es el resultado de una interpretación evolutiva y del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico desarrollado en su día por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (2012); pero claro, toda interpretación evolutiva del derecho involucrado y la innovación tecnológica, debe ir cotejada con el principio de la dignidad humana, con el orden sustancial de valores superiores, de mayor protección de los derechos fundamentales, así como del contexto social y sociofamiliar. Precisamente, la bioética jurídica proporciona esa reflexión interdisciplinaria necesaria sobre la vida humana y el uso de la tecnología.
53. En esta línea, este Tribunal considera que el artículo 7 de la Ley General de Salud prohíbe la gestación subrogada para las personas que no padeczan de infertilidad, para aquellas cuya infertilidad tenga tratamiento médico que les permita procrear y para las personas que puedan lograr procrear por sí mismas utilizando las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, no regula expresamente los casos de aquellas personas cuya infertilidad sea absoluta e irreversible.
54. Por tanto, el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Ley General de Salud recae sobre aquellas personas que sufren problemas de infertilidad, teniendo, quienes no puedan solucionarlo, la posibilidad de superar sus limitaciones mediante la procreación a través de técnicas de reproducción asistida²⁶; práctica que está sujeta a la

²⁵ Varsi Rospligiosi, Enrique y Valdivia Fierro, Twany F.: “La situación jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en los tribunales peruanos”. En: *Revista de Bioética y Derecho*, n. ° 63, 2025, p. 231. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/45460> (Última visita: 25 de febrero de 2025).

²⁶ Si bien este artículo también precisa que para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, es un tema que no se ha abordado en la presente sentencia, al no haberse planteado controversia al respecto.

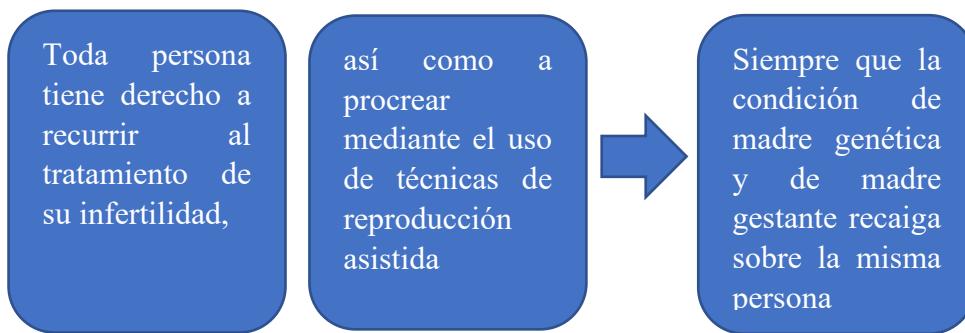


Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

siguiente restricción: que la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona²⁷. Para supuestos de infertilidad absoluta e irreversible, que no puedan ser superados por las técnicas de reproducción asistida, no existe regulación expresa. Es justamente en este vacío normativo que se encuentra el caso concreto, pues doña CRLR (con 40 años de edad al año 2016, en que nació la menor LN) padece de esterilidad absoluta e irreversible, producto de una histerectomía total con doble anexectomía debido un absceso pélvico que fue causado por una cirugía a los 18 años de edad, por lo que recurrió al uso de una fertilización *in vitro* con útero subrogado²⁸. Es así que la gestación fue llevada a cabo por doña ZPR con óvulo donado, de allí que la menor LV no tenga su carga genética²⁹. Situación que se torna más compleja en la medida en que don NDZV, esposo de doña CRLR³⁰, también padece de esterilidad absoluta, por lo que el esperma utilizado en la fecundación también fue donado, tal como se expresa en el escrito de demanda³¹. Se trata, pues, de un matrimonio irremediablemente infértil; esto es, de una pareja que no puede producir descendencia biológica, por ser absoluta e irreversiblemente estéril; situación que debe merituar el Derecho.

55. Lo regulado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, parte pertinente, se puede graficar de la siguiente manera:



²⁷ Si bien este artículo también precisa que para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, es un aspecto que no se ha abordado en la presente sentencia, al no haberse planteado controversia al respecto.

²⁸ Informe médico de fecha 25 de agosto de 2016, corriente a fojas 15.

²⁹ Resultados de la prueba de ADN de fecha 17 de mayo de 2016, corriente a fojas 14.

³⁰ Acta de matrimonio de fecha 2 de agosto de 1996, corriente a fojas 7.

³¹ Hechos del caso 5 y 6 del escrito de demanda, corriente a fojas 21. Lo cual se corrobora con el informe médico de reproducción asistida, adjuntado a la respuesta del pedido de información solicitado por este Tribunal al médico tratante (corriente en el cuadernillo del Tribunal Constitucional), en el cual se expresa: “Se recibe resultado de semen cuya calidad espermática era deficiente (...). Pacientes deciden intentar un nuevo tratamiento con óvulos donados y semen donado (...)”.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

Asimismo, la realidad fáctica no regulada expresamente por el referido artículo se puede graficar de la siguiente forma:



56. Como se puede evidenciar, ni don NDZV, ni su esposa doña CRLR, ni la madre gestante doña ZPR, aportaron su material genético en la procreación, por lo que no tienen lazos biológicos con la menor LV, por tratarse de una fecundación *in vitro* o extrauterina. Sin que el espermatozoide y el óvulo corresponda a ninguna de las personas antes indicadas, no hay de modo absoluto carga o herencia genética; queda entonces la posibilidad, sin que ello genere derecho patrimonial alguno o vínculo filiatorio, de que la menor pueda conocer y saber quiénes son sus verdaderos progenitores o padres biológicos, y así superar cualquier riesgo por el hecho de tener padres genéticos desconocidos.

La regulación de la maternidad subrogada en el derecho comparado

57. En la Unión Europea, países como España, Italia, Francia, Suiza y Alemania, prohíben los contratos de gestación subrogada, así como su práctica, en virtud de la vieja presunción del derecho romano: *mater semper certa est*. Asimismo, no hay ningún país de la Unión Europea donde la maternidad subrogada sea aceptada de forma total y sin restricciones. Así, países como Grecia y Reino Unido aceptan esta práctica siempre que se cumpla con determinados requisitos.

58. Por ejemplo, en Grecia, este proceso es normado desde su propio Código Civil, en el artículo 1458, introducido con la Ley 3089/2002. Posteriormente, se promulgó la Ley 3305/2005, que regula de forma más detallada la gestación subrogada. Posteriormente se emitió la Ley 4272/2014, que eliminó la exigencia de ser ciudadano griego para



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

acceder a este método, por lo que, en la actualidad, incluso los extranjeros pueden someterse a esta técnica dentro de suelo griego. Entre los requisitos principales para someterse a este procedimiento, está la necesidad de obtener una autorización judicial, que se otorga previo proceso donde se evalúa el cumplimiento de determinadas condiciones, y que la madre intencional (aquella que tiene la intención de criar al menor) pruebe –con un certificado de la seguridad social– su incapacidad para llevar un embarazo o el riesgo de este. Otros requisitos son que la edad de la madre intencional no podrá superar los 54 años de edad; asimismo, que la madre gestante no será quien aporte los óvulos. En Grecia, la maternidad subrogada es calificada como altruista, y si bien la ley permite que se le abone una indemnización y el reconocimiento de los meses no trabajados, establece que bajo ninguna circunstancia la madre gestante podrá enriquecerse con el proceso. Se contempla, además, que no cabe retracto de parte de la gestante, pues renuncia a la patria potestad antes de hacer la implantación; de esta forma, todos los derechos y deberes recaen sobre los padres de intención. Finalmente, el menor es inscrito mediante sentencia judicial a nombre de los padres de intención (también llamados comitentes). La gestación subrogada en Grecia está permitida solo a parejas heterosexuales, sin importar su estado civil, así como para mujeres solteras. No está permitida para parejas del mismo sexo ni para hombres solteros.

59. Punto particularmente importante respecto a la gestación subrogada en los países de España y Grecia, es que, si bien en el primero esta práctica está proscrita, existe un procedimiento mediante el cual el gobierno español acepta la inscripción en su consulado en Grecia del menor nacido mediante el procedimiento de gestación subrogada en este país. Así, el menor adquiere la nacionalidad española³².
60. En el Reino Unido, se permite la maternidad subrogada siempre que esta sea altruista. Todos los acuerdos, documentos o contratos celebrados entre los padres de intención y la madre gestante no tendrán validez, pues será un juez el que, luego del alumbramiento, decidirá otorgar la paternidad a los padres de intención y genéticos. Genéticos porque no se permite que la gestante aporte sus propios óvulos, para así evitar el vínculo de identidad cromosómica con el neonato. Los padres de intención tendrán seis meses para realizar la solicitud de paternidad, de lo contrario, el menor pasará a ser hijo legal de la madre gestante. El procedimiento está permitido para parejas

³² <https://www.gestlifesurrogacy.com/grecia-gestacion-maternidad-subrogada.php> (Última visita: 25 de febrero de 2025).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

independientemente de su orientación sexual. No está permitido para mujeres solteras, y tampoco lo está para extranjeros. En el Reino Unido, en caso de cambio de opinión de una o ambas partes, estas no se encuentran en la obligación de respetar el acuerdo inicial, pues tanto los padres de intención como la madre gestante pueden anular el contrato firmado en cualquier momento. Están excluidas de estos métodos las personas solteras.

61. En el continente americano, la maternidad subrogada se permite en países como Canadá, algunos Estados de los Estados Unidos de América, en los Estados de Sinaloa y Tabasco en México; y en países como Brasil y Uruguay.
62. En Canadá, la Ley de Reproducción Humana Asistida fue aprobada en el 2004, y legalizó la gestación subrogada siempre que la madre sustituta elija de forma libre y altruista someterse a este procedimiento. Incluso se establece la prohibición de que –en el caso de una pérdida de ingresos relacionados con el trabajo– se reembolse a la madre gestante, a menos de que un médico acredite que continuar trabajando supone un riesgo para su salud. Está prohibida toda contraprestación a una mujer por someterse al procedimiento de maternidad subrogada, salvo el pago de gastos médicos. La gestación subrogada en Canadá está permitida incluso para parejas del mismo sexo, así como para mujeres y hombre solteros.
63. En el Estado de Tabasco, México, se hace una diferencia entre las que se denominan “madre gestante sustituta” y “madre subrogada”. Por la primera se entiende a aquella que aporta el vientre para que crezca el niño, pero no el contenido genético, es decir el óvulo. Y se define como madre subrogada, a aquella que provee tanto el material genético como el “gestante para la reproducción”, es decir, el útero.
64. En Tabasco se establecen requisitos, como la necesidad de un perfil clínico, psicológico y social de la “madre gestante”, previamente a su contratación, con el objetivo de comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y que tenga una condición física y psicológica favorable a la gestación. Se establece el límite de edad de entre veinticinco a treinta y cinco años, para aquellas mujeres contratadas como madres gestantes. Asimismo, estas mujeres deberán haber dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestantes subrogadas o sustitutas, siempre que medie información clara sobre el proceso. Otro requisito es que la gestante no puede haber estado embarazada dentro del año anterior y que no puede haber participado



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

en más de dos ocasiones consecutivas en este procedimiento. Además, en este Estado de México se tipifican las causales para la nulidad del contrato de gestación. Por ejemplo, cuando se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana, o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público. Otras exigencias para firmar el llamado contrato de gestación son: ser ciudadano mexicano, que la mujer contratante acredite mediante certificado médico que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que tenga entre 25 y 40 años de edad. También, una vez que el contrato sea suscrito ante notario público, deberá ser aprobado por el juez competente, a través de un procedimiento no contencioso. En este Estado la inscripción del menor se realiza mediante la figura de la adopción plena.

65. Se advierten, hasta aquí, tres grandes grupos de legislaciones sobre la gestación subrogada: aquellos que la prohíben (España); aquellos que la permiten solo en caso de altruismo y bajo ciertas condiciones (Grecia y/o Reino Unido); y aquellos que la permiten sin hacer directa mención al altruismo, pero con determinados requisitos (Tabasco).
66. En los países del sur de América, se aprecia que la legislación argentina no regula la gestación subrogada. No existe en la legislación comparada con este país, ningún tipo de referencia sobre su práctica. Por lo mismo, no está prohibida de forma taxativa. Tampoco está penada o sancionada, ni siquiera de forma administrativa. No obstante, en este país, la falta de regulación no ha sido impedimento para que aquellas personas que quieran someterse a la gestación subrogada, soliciten por vía judicial y hasta de forma previa al nacimiento del menor, el reconocimiento filial entre el nacido y los padres de intención. Solo en el año 2021 se emitieron 60 sentencias que reconocían el ejercicio de la maternidad subrogada.
67. En Chile tampoco existe regulación respecto a la maternidad subrogada. Sin embargo, en referencia a los efectos filiales de someterse a las TERAS, se ha establecido en el artículo 182 del Código Civil, lo siguiente: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

68. Las mismas situaciones de no regulación, en relación con la gestación subrogada, se repiten en Colombia, donde esta práctica no se encuentra prohibida o permitida.
69. En Ecuador, pese a que, según la Comisión Nacional de Bioética del Ministerio de Salud Pública, la gestación subrogada se practica hace más de 23 años (información del 2018), no existe mayor referencia legislativa a las técnicas humanas de reproducción asistida, salvo algunas normas penales³³; y, en relación con la gestación subrogada, ni siquiera estas.
70. Para encontrar referencias acerca de la regulación de las TERAS y, específicamente, de la gestación subrogada, hay que remitirse a las legislaciones de Brasil y Uruguay.
71. En Brasil, el artículo 226 de su Constitución establece que “[f]undado en los principios de dignidad de la persona humana y de paternidad responsable, la planificación familiar es libre decisión del casado, correspondiendo al Estado propiciar recursos educacionales y científicos para el ejercicio de ese derecho, prohibiéndose cualquier actuación coactiva por parte de instituciones oficiales o privadas”. Sin embargo, no existe ley específica que regule la gestación subrogada.
72. No obstante, lo que sí existe es la Resolución n.º 2.320/2022, emitida por el Consejo Federal de Medicina³⁴. Esta es una entidad pública con facultades de inspección y regulación en el ejercicio de la medicina. Las resoluciones que emite el Consejo establecen los parámetros de actuación de la comunidad médica, cuyo incumplimiento acarrea sanciones administrativas disciplinarias. La citada Resolución consagra “normas éticas para la utilización de técnicas de reproducción asistida”. Prescribe esta resolución que la edad máxima de las candidatas a gestantes por técnicas de reproducción será de 50 años, que el consentimiento libre será obligatorio para todos los pacientes sometidos a estas técnicas, y que este consentimiento será expresado mediante un formulario específico. Se indica que las TERAS no pueden ser aplicadas con intención de seleccionar el sexo o cualquier otra característica biológica del futuro niño, excepto para prevenir enfermedades. Se establecen edades límite para someterse a las distintas prácticas.

³³ Se trata de la ilicitud de la inseminación artificial o trasferencia de un óvulo fecundado no consentidos.

³⁴ Órgano creado por la Ley 3.268/1957.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

73. En concreta relación con la maternidad subrogada, en Brasil se han previsto ciertas reglas. Por ejemplo, que la madre gestante debe tener al menos un hijo vivo y pertenecer a la familia de uno de los padres de intención hasta el cuarto grado de consanguinidad. De igual forma, se requiere la presentación de la autorización del cónyuge o pareja de la madre gestante, de ser el caso. Se resalta claramente el carácter altruista de la gestación subrogada, y se estatuye expresamente que este método no puede tener carácter lucrativo o comercial. Es importante anotar que no existe autoridad alguna que supervise los requisitos establecidos en esta resolución. Tampoco existen reglas en cuanto al acuerdo que se firme entre las partes, ni tampoco sobre las medidas en caso de incumplimiento o controversia.
74. Por otro lado, en Uruguay la gestación subrogada se regula mediante la Ley 19.167 y por el Decreto 84/105. Punto importante de la regulación uruguaya está en que ha determinado toda la gama de técnicas de reproducción asistida que están permitidas en el país, y están positivizadas en detalle (entre ellas la gestación subrogada). Sin perjuicio de que se haya dejado a salvo la posibilidad de que, para otro tipo de técnicas –no mencionadas en la Ley 19.167– la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida pueda emitir informe favorable sobre su aplicación.
75. La ley de Uruguay prescribe que estas técnicas están pensadas para aplicarse en el contexto de la “metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil”. De esto se entiende, que las técnicas reguladas pueden ser de provecho para parejas como tratamiento a la infertilidad y para las mujeres solteras. Se establece el límite de edad, para los padres de intención o comitentes, en 60 años. El artículo 10 de esta ley prevé que los hijos nacidos mediante las TERAS tendrán derecho a conocer el procedimiento efectuado para su concepción. Acerca de la donación de gametos, se estipula que esta será anónima y altruista; sin embargo, la identidad del donante puede ser revelada previa autorización judicial, sin que esto signifique la existencia de obligaciones que se desprenden de la filiación. Así también, los receptores de gametos tendrán derecho a conocer las características fenotípicas del donante.
76. Con relación específica a la maternidad subrogada, se ha establecido que está permitida únicamente en la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

adquiridas, y que se puede acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o un familiar de su pareja, la implantación y gestación de su propio embrión. Se entiende por embrión propio aquel que tenga como mínimo un gameto de la pareja, o en el caso de las mujeres solteras, su óvulo. La enfermedad deberá ser diagnosticada por un equipo, que elevará informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, que a su vez evaluará si se cumplen las condiciones para proceder con esta técnica. Se deja sentada la naturaleza altruista de este método, pues se ordena que el acuerdo de gestación subrogada deberá ser de naturaleza gratuita.

La conveniencia de regular las técnicas de reproducción asistida en el Perú

77. El derecho –qué duda cabe– no es estático ni perenne. El derecho avanza y se transforma con la sociedad, se adecua a sus necesidades, y sirve al ser humano y a la nación en la consecución de sus fines. El derecho y sus regulaciones no puede hacer la vista a un lado cuando tienen frente suyo situaciones que exigen su eficiencia y efectos.
78. En el Perú no han sido pocas las controversias resueltas mediante la vía judicial a raíz de la gestación subrogada y demás técnicas humanas de reproducción asistida. Entre estas figuran la Casación de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia 5003- 2007 del 6 de mayo de 2008; la Casación 4323-2010, del 11 de agosto de 2011; y la Casación 563-2011, del 6 de diciembre de 2011. También se cuenta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente 00882-2023-PA/TC. Esto implica que, en distintas ocasiones, la falta de regulación de la maternidad subrogada, en particular, y de las técnicas de reproducción asistida, en general, ha comportado la solución de conflictos de forma jurisdiccional (pese a que esta debería ser de *última ratio*). Pese a esto, se evidencia que no existe una línea jurisprudencial única que dote de seguridad jurídica a la población respecto de estos supuestos.
79. La legislación comparada reseñada en el punto anterior, da cuenta de que existe vasta materia que puede servir de parámetro de comparación para adecuar las exigencias, requisitos y procedimientos a nuestra realidad. Siempre que medie debate y estudio técnico, y sin olvidar las necesidades de la población y las minorías. Resulta evidente la necesidad de regular supuestos emanados de la propia realidad; mas no el vacío normativo frente a una situación que viene



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

preocupando a un considerable sector de la población, y que genera situaciones como esta.

80. Andruet³⁵ recuerda que la bioética “ha nacido (...) con intención de otorgar una respuesta completa y coherente a los diferentes problemas tecno-científicos de la vida (...). Resultaría una mayúscula ingenuidad que los juristas de cara al tercer milenio, a la luz de los desarrollos científicos que nos son permitidos conocer; que no miremos también, cuál es el futuro que la ciencia jurídica tiene para el hombre”. Continúa expresando que una de las cuestiones de que se ocupa la bioética son “(...) las discusiones acerca de las técnicas de reproducción humana asistida (...)”.
81. En esta línea, es importante mencionar que, en temas de bioética, el silencio legal puede traer graves consecuencias en los derechos involucrados (a la vida, a la salud, a los derechos sexuales y reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, al principio del interés superior del niño), y deja a los operadores médicos, jurídicos y a la población en general, en un limbo que resulta lesivo a sus garantías fundamentales; incertidumbre que el derecho, desde la actividad legislativa, puede, y debe evitar.
82. Esta preocupación se ve reflejada en la existencia de varios intentos por regular las técnicas de reproducción asistida y la gestación subrogada. No solo desde el Congreso, sino también desde otros organismos, por ejemplo:
 - El Anteproyecto de Propuesta de Mejoras al Código Civil peruano, publicado en febrero de 2020 mediante Resolución Ministerial 0046-2020-JUS.
 - La Propuesta de proyecto de ley presentada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que modifica el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, e incorpora disposiciones para el uso de Técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida³⁶.

³⁵ Andruet, Armando S.: “Acerca del tránsito de la bioética a la biopolítica”. En: *Revista Lumen*, V. 7, n.º 1, 2010, pp. 13-14. Disponible en: <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/2779/3108> (Última visita: 25 de febrero de 2025).

³⁶https://gobpe-production.s3.amazonaws.com/uploads/document/file/205373/Proyecto_de_Ley_de_gestaci%C3%B3n_subrogada.pdf (Última visita: 25 de febrero de 2025).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

- Los Proyectos de Ley 5808/2023-CR³⁷, 2003/2012-CR³⁸; así como los proyectos de Ley 3404/2018-CR, 3313/2018-CR, 3542/2018-CR, recaídos en el Dictamen 06-2020-2021/CSP-CR³⁹.

Sin embargo, hasta el momento, ninguno de los intentos por regular esta situación ha tenido éxito.

83. Dicho esto, resulta particularmente oportuno lo expresado en la ley que regula las TERAS en Canadá, donde se ha establecido que “los beneficios de las tecnologías de reproducción humana asistidas y la investigación conexa para las personas, las familias y para la sociedad en general pueden garantizarse de la manera más eficaz, adoptando medidas apropiadas para la protección y promoción de la salud humana, la seguridad, la dignidad y los derechos en la utilización de esas tecnologías y en la investigación conexa”.
84. Este Tribunal reconoce que existe una problemática en torno a los procedimientos de reproducción asistida y la maternidad subrogada, toda vez que su aplicación y la solución de las controversias que puedan surgir en torno a ellas sigue siendo polémica y discordante; por esto, resulta conveniente que el Congreso de la República, en uso de sus facultades legislativas, regule la materia atendiendo todos los puntos controversiales que se han venido registrando a lo largo de los años, bajo ciertos parámetros constitucionales. Para esto, se debe tener en cuenta la variedad de derechos fundamentales e intereses implicados, y hacer partícipe a la población en conjunto de su debate, ponderando las diversas posturas, sin olvidar la interrelación con otras disciplinas o ciencias afines. Después de ello, el legislador superará el vacío normativo actual.
85. El Congreso tiene la necesidad imperiosa de expedir la regulación que corresponda; empero, en ese quehacer legislativo, deberá realizar un debate y estudio técnico sobre la explotación de la mujer; el conjunto

³⁷ <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/09/Proyecto-Ley-05808-2023-CR-LPDerecho.pdf> (Última visita: 25 de febrero de 2025).

³⁸

https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.teleley.pe/proyecto/1548/&ved=2ahUKEwi3za_F-o2GAXDLrkGHcvfB4E4ChAWegQIBRAB&usg=AOvVaw1ogBHX3E3LuabwD_QbBw4h (Última visita: 25 de febrero de 2025).

³⁹https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03313DC21MAY20200806.pdf (Última visita: 25 de febrero de 2025).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

de principios que podrían estar comprendidos en dicha regulación⁴⁰; las condiciones físicas y psicológicas que podrían poner en riesgo la integridad de la mujer y la del niño; el rango de edad determinada por parte de la mujer de corresponder; las consecuencias que podrían generar en el niño la utilización de la gestación subrogada; los beneficios y de los riesgos de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y su consentimiento informado, de corresponder; entre otros aspectos derivados de la dignidad humana, pues no se puede justificar tener un hijo a toda costa.

86. En ese orden de ideas, este Tribunal Constitucional estima conveniente que el Congreso de la República legisle sobre esta materia ante determinadas situaciones y nuevos supuestos que emanan de la propia realidad desde un enfoque bioético, por lo que se le exhorta a realizarlo, teniendo en cuenta lo expresado en la presente sentencia.
87. Lo hasta aquí expresado permite visibilizar los grandes retos y desafíos que tiene el estudio de la genética y su conexión con el derecho. A su turno, la bioética y la biojurídica resultan de vital importancia para comprender mejor los avances de la tecnología que impactan en el inicio, desarrollo y en el fin de la vida, en la dignidad y el cuidado de la salud, a la luz de los valores y de los principios morales. En consecuencia, debe promoverse la enseñanza y actualización de dichas disciplinas en los centros de estudios superiores a nivel universitario y en la Academia de la Magistratura, en tanto su vinculación con el derecho constitucional y los derechos fundamentales es de especial relevancia.
88. Importa anotar que la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos —que está cumpliendo 20 años desde su aprobación por la UNESCO—, prescribe en su artículo 23.1., lo siguiente:

Para promover los principios enunciados en la presente Declaración y entender mejor los problemas planteados en el plano de la ética por los adelantos de la ciencia y la tecnología, en particular para los jóvenes, los Estados deberían esforzarse no sólo por fomentar la educación y formación relativas a la bioética en todos los planos, sino también por estimular los programas de información y difusión de conocimientos sobre la bioética.

⁴⁰ Cieza Mora, Jairo. *Las técnicas de reproducción humana asistida. El impacto y la necesidad de una regulación en el Perú*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 284.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

Sobre la necesidad de tutelar el interés de la menor en todo momento o circunstancia

89. Pese a lo anterior, este Tribunal Constitucional considera que resulta evidente que no puede atribuirsele a LV ser responsable del vacío legal existente o del proceder de sus padres no biológicos por elegir la utilización de las TERAS; por tanto, independientemente de la forma en la que fue concebida, no resulta válido imputársele alguna consecuencia negativa por el solo hecho de haber nacido en estas circunstancias. Máxime si se tiene en consideración que ella califica como un sujeto de especial protección constitucional debido a su minoría de edad, por virtud del principio de interés superior del niño, que detenta fuerza normativa en el momento de la interpretación de las normas legales.
90. Efectivamente, si algo resulta incontrovertible es que, por el mero hecho de existir, LV es titular del derecho fundamental a la identidad. Por ello, este Magno Colegiado no puede permitir que se le vulnere dicho derecho por las particularidades de su nacimiento. Muy por el contrario, su bienestar integral, dada su minoría de edad, tiene que ser preservado en todo momento y circunstancia. Por ese motivo, este Tribunal Constitucional considera que, en el caso concreto, corresponde estimar el petitorio de los demandantes, a fin de no perjudicar a LV (nacida en el año 2016) debido a que, en la práctica, ella ya ha desarrollado lazos filiales con doña CRLR y con don NDZV, unidos en matrimonio, con quienes ya forma un hogar y hacen vida familiar, existiendo de por medio una realidad sociofamiliar a considerar. Se está ante una pareja de esposos que tienen esterilidad absoluta e irreversible o se está ante un matrimonio de infertilidad intratable, y asumen la calidad de “padres sociales” por el tiempo transcurrido.
91. Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad de todos los pronunciamientos del Reniec que denieguen que la menor sea inscrita como hija de doña CRLR, pues independientemente del modo en que una familia se hubiere constituido, el Estado se encuentra en la ineludible obligación de protegerla.
92. Finalmente, la emplazada se encuentra relevada de asumir los costos del proceso, pues el marco jurídico le ha impedido cumplir con inscribir a la menor con el apellido materno López y registrar por madre a doña CRLR.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

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; en consecuencia, declara la **NULIDAD** de todas las resoluciones administrativas emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil [Reniec] que, explícita e implícitamente, han impedido que la menor sea inscrita como hija de doña CRLR, conforme a lo expresamente indicado en la presente sentencia.
2. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil [Reniec] la rectificación inmediata del apellido materno de la menor LV; y, en tal sentido, se consigne que su identidad es *LV Zamudio López* y no *LV Zamudio Pozo*.
3. **EXHORTAR** al Congreso de la República, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, a legislar en materia de técnicas de reproducción asistida.
4. Declarar que en el presente caso no corresponde el pago de costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**DOMÍNGUEZ HARO
MORALES SARAVIA
OCHOA CARDICH**

PONENTE DOMÍNGUEZ HARO



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MORALES SARAVIA

Con el debido respeto, emito el presente fundamento de voto pues si bien coincido con la ponencia en la parte resolutiva, en cuanto se declara fundada la demanda de amparo, nulas todas las resoluciones de Reniec que han impedido que la menor sea inscrita como hija de doña CRLR y se ordena a dicho órgano la rectificación inmediata del apellido materno de la menor LV y se consigne que su identidad es LV Zamudio López y no LV Zamudio Pozo, entre otros puntos resolutivos, considero necesario expresar los siguientes argumentos:

1. En el Expediente 00882-2023-PA/TC, caso Morán Vargas, el Tribunal Constitucional, desarrolló lo que allí se denominó bloque de constitucionalidad de los derechos del niño. Tal bloque ha sido también utilizado en otros casos en los que se han protegido los derechos fundamentales de niños, como en el Expediente 05031-2022-PA/TC, caso R.Z.B. en el que se ha declarado un estado de cosas inconstitucional respecto de la falta de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio público de salud de las personas que padecen de Enfermedades Raras y Huérfanas (ERH) en el Perú.
2. Si tenemos en cuenta los artículos 1 y 4 de nuestra Constitución, entre otros, así como la Convención sobre los derechos del niño, es claro que existe un mandato dirigido a la sociedad y al Estado, en el sentido de que estos tienen el deber de proteger de modo especial a los niños, no sólo por su condición de vulnerabilidad, sino porque estos se encuentran en una etapa de formación y desarrollo de su personalidad, de la formación de sus conocimientos, de sus valores, de su capacidad crítica, de su inserción en la vida en sociedad y de sus deberes cívicos. En tal sentido, y con relación al caso concreto, dos de los derechos que exigen esa protección especial son el derecho a la identidad de los niños, así como el derecho de éstos al libre desarrollo de su personalidad. Sin el derecho a la identidad se dificulta o se anula el ejercicio de los otros derechos fundamentales de los niños, entre ellos al libre desarrollo de su personalidad.
3. Como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fornerón e hija vs. Argentina, “la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. El Tribunal ha



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez" (párrafo 123).

4. Este caso de autos es uno que refleja la necesidad indispensable de que exista una legislación especial que sea el resultado de un análisis y deliberación amplios sobre la problemática de las técnicas de reproducción asistida y de maternidad subrogada, pues la realidad peruana evidencia que en esta problemática se encuentran involucrados diferentes derechos fundamentales de los niños. La ausencia de dicha legislación especial no debe generar que se vean afectados los mencionados derechos a la identidad o al libre desarrollo de la personalidad de la menor LV (quien nació en el año 2016), en la medida que ésta, en todos estos años, ya ha desarrollado lazos filiales con doña CRLR y con don NDZV, unidos en matrimonio, con quienes ya forma un hogar y hacen vida familiar, tal como se ha acreditado en el expediente. Es por tales razones excepcionales, y con base en el artículo 139 inciso 8 de la Constitución que establece como un principio de la función jurisdiccional que no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, es que se justifica la protección especial que, en este caso concreto, debe materializar la jurisdicción constitucional a favor de la menor LV.

S.

MORALES SARAVIA



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

En el presente caso y si bien me encuentro a favor del sentido resolutorio de la sentencia por el cual se declara fundada la demanda de amparo, considero pertinente formular determinadas consideraciones u observaciones con respecto al sustento utilizado y plasmado por la misma en algunos de sus fundamentos jurídicos.

En efecto, la controversia en el caso de autos radica en determinar cuál debe ser el apellido materno con el que LV (menor de edad) debe ser inscrita en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) tomando en cuenta la negativa de dicho organismo a inscribirla como hija de la señora CRLR, tras entender que, en virtud de la presunción *mater semper certa est*, la filiación maternal únicamente se determina por el alumbramiento; por lo que solo permitió que LV sea inscrita como hija de doña ZPR (quien la alumbró), pese a que expresamente se le hizo saber que la citada menor nació mediante un procedimiento de gestación subrogada, con lo cual, objetivamente, dicha presunción no debió serle aplicada.

En principio, reafirmo mi apoyo a la decisión planteada en el caso concreto, expresada específicamente en el acápite "*Sobre la necesidad de tutelar el interés de la menor en todo momento o circunstancia*" de la ponencia (aunque con la salvedad de apartarme del término "padres sociales", pues no considero pertinente tal expresión para distinguirlos al no ser padres biológicos, ya que se trata de un tipo de familia creada a partir de una especial situación y capaz de forjar vínculos familiares tal cual sucede entre los hijos y sus padres biológicos) y en la que se prioriza, como corresponde, la aplicación del interés superior de la niña LV, así como su derecho a la identidad, ambos reconocidos constitucionalmente y convencionalmente. Ciertamente, se parte de reconocer que existe un vacío legal sobre el procedimiento al que recurrió la pareja demandante para que la menor sea concebida y que la responsabilidad de dicha situación no recae en ellos y menos aún en la niña, a quién este Colegiado debe garantizar y orientar en su real y efectiva protección.

Es preciso también considerar el tiempo transcurrido desde su nacimiento hasta la fecha, periodo en el cual, conforme a lo sostenido en autos, la menor ha vivido con quienes ella considera sus padres, con quienes ha constituido estrechos lazos familiares (reconociéndose así esta forma de familia que no se limita o se restringe a vínculos genéticos o biológicos) y con quienes está construyendo un proyecto de vida conjunto. Todo lo cual, considero, incide en el tenor de lo que finalmente se ha decidido en la



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

sentencia, esto es, anteponer el bienestar psicoemocional de la niña en consonancia con sus derechos fundamentales y declarar la nulidad de todas las resoluciones administrativas emitidas por el Reniec que explícita e implícitamente han impedido que la menor sea inscrita como hija de doña CRLR, disponiéndose así que esta sea inscrita oficialmente por Reniec como hija de la señora CRLR y que se rectifique el apellido materno de la niña consignado su nombre (como elemento que forma parte esencial de su derecho a la identidad) como *LV Zamudio López* (reconocimiento con impacto filiatorio y con los efectos jurídicos que ello conlleva).

En este contexto, considero que la respuesta que brinda el Colegiado al presente caso resulta célebre e imperiosa pues ni podía mantenerse por tiempo indefinido o incierto una situación en evidente perjuicio hacia la menor (a expensas de que finalmente pueda emitirse una regulación sobre la gestación subrogada que por lo demás, no estimo se encuentre proscrita a la fecha) ni tampoco que se haya optado por otro camino igual de contraproducente para ella, como pudo haber sido el plantear la adopción, con el cual no estoy de acuerdo.

Sobre lo primero está claro que condicionar el futuro inmediato de la menor involucrada a las vicisitudes de una discusión que probablemente tome su tiempo es de alguna forma premiar una inercia que en los hechos termina siendo muy similar a la de las barreras burocráticas que a menudo conspiran contra la eficacia de los derechos. Un tribunal que defiende derechos y en casos como el presente, los derechos de los menores, no puede darse tal privilegio.

Por otra parte y sobre lo segundo, conviene recordar que aunque en nuestro ordenamiento jurídico contamos con una regulación para los procesos de adopción, las reglas y procedimientos establecidos para su concretización son de suyo bastante complejos al encontrarse sujetos a diversos mecanismos de fiscalización estatal, lo cual alarga innecesariamente la indefinición en clara afectación al principio de interés superior de la niña y su derecho a la identidad, sin tener certeza de cuánto finalizara dicho proceso. De otro lado y cuando se pretende una adopción, por lo general, no existe vínculo alguno con quien podría ser adoptado/a (quien además suele encontrarse en estado de abandono), lo cual en este caso es totalmente distinto por lo ya advertido previamente. En resumen, sería totalmente absurdo exigir a la señora CRLR al igual que a su esposo cumplir con unas reglas que responden a un contexto disímil pretendiendo que adopten a su propia hija tanto más cuando uno de los mismos sí fue reconocido como padre en los registros correspondientes, ello incluso sin contar el hecho de la forma especial en la que la menor fue procreada y el riesgo de pretender involucrar a los donantes, de que la menor



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

se vea obligada a enfrentar circunstancias derivadas de su origen, entre otros aspectos igual de críticos, lo cual complejizaría aún más la situación en evidente perjuicio de la niña que podría terminar afectada en su integridad mental, desconociendo el derecho a la protección familiar, además del principio de interés superior de la niña al cual anteriormente aludió.

Queda claro entonces y desde mi apreciación, que optar por la adopción es a todas luces una alternativa irrazonable que no supera el test de proporcionalidad por tratarse de una medida no idónea y gravosa principalmente para la menor y en adición, para la pareja demandante a quien ella considera y siente como sus padres.

Otro de los aspectos que aborda la sentencia y sobre el cual conviene detenerse es el relativo al denominado “derecho a la identidad biológica” (término novedoso, además de plantearlo como derecho en sí), y respecto del cual se afirma que “[...] comprende el derecho del ser humano a conocer su propio origen biológico; esto es, de quien biológicamente lo sea, saber quién es su progenitor o padres genéticos que, debido a diversas situaciones, desconoce. El derecho del hijo o la hija a conocer su identidad genética, a su progenitor (herencia biológica), se sustenta en el principio de la verdad biológica, y genera el derecho a conocer y saber sus orígenes, como expresión directa de la dignidad humana”. Puntualizándose a su vez que “Todo intento de ocultar la identidad de los padres genéticos podría ser una clara vulneración del derecho del hijo a la identidad biológica; aún más, el desconocimiento de esa verdad podría implicar un daño a su identidad”, por lo que “[...] no niega la importancia del derecho a la “identidad biológica”, como parte del derecho a la identidad de las personas, pero es innegable, también, que este no es la única perspectiva concernida, [...] no se puede aseverar, sin caer en el error o la inexactitud, que privar a una persona del conocimiento de su herencia genética o de su “identidad biológica” es privarla de su derecho a la identidad, aunque debe reconocerse que sí lo limita”.

En otras palabras se entendería que el llamado derecho a la identidad biológica deriva o forma parte del contenido del derecho a la identidad y que en virtud de aquél toda persona tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos incluyendo el conocer quiénes son sus progenitores genéticos, siendo que su ocultamiento o desconocimiento implicaría una afectación a su identidad (aunque luego menciona que sería una limitación).

De lo señalado sin embargo, no queda claro cómo es que se aplicaría este razonamiento a los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida (incluyendo la gestación subrogada) en las que se haya usado óvulos



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

y/o esperma de personas donantes que requieren mantenerse en el anonimato y cuya identidad incluso podría ser desconocida por quienes deciden recurrir a tales técnicas sobre la base de su voluntad procreacional. El debate con respecto al anonimato de las personas donantes de óvulos y esperma (que son los aportantes del material genético sin voluntad procreacional alguna) y el hecho de que las personas procreadas bajo alguna de las técnicas de reproducción asistida quieran conocer la identidad de sus progenitores biológicos, es amplio, complejo y no ha sido zanjado completamente. Esto debido a los diversos aspectos que involucra, empezando por identificar si hay o no regulación sobre el anonimato en estos casos (que podría establecer la obligatoriedad de anonimato, o que este esté sujeto a la decisión del donante, o que se prevea ciertas excepciones por disposición judicial, entre otras posibilidades).

Lo anterior no ha sido abordado en la sentencia (a no ser que se esté asumiendo, sin señalar la razón, que el anonimato no está permitido) y amerita ser analizado detenidamente a fin de tratar de plantear un escenario ponderado y razonable considerando la repercusión subyacente en los derechos fundamentales que puedan estar involucrados y las personas de por medio.

En tal sentido, en dichos casos, queda la duda sobre cómo imponer una obligación de tal naturaleza (brindar información sobre la identidad de los donantes) cuando de por medio puede existir un deber de anonimato con la entidad que almacena dicho material genético o un requerimiento del donante de mantenerse en el anonimato; sobre la razonabilidad de imponer a los padres reconocidos la subsiguiente obligación de dar a conocer al hijo/a los orígenes de su procreación e identidad del donante; sobre si el respetar dicho anonimato generaría una vulneración al derecho a la identidad genética de quien es procreado y; sobre la titularidad en la responsabilidad del impacto que tendría la utilización de técnicas de reproducción asistida; entre otros puntos.

Ciertamente alguna señal se brinda en otra parte de la sentencia en la que se indica, con relación al caso concreto, que en la procreación no hubo "*[...] carga o herencia genética; quedando sí la posibilidad, sin que ello le genere derecho patrimonial alguno o vínculo filiatorio, conocer y saber quiénes son sus verdaderos progenitores o padres biológicos [...]*"; sin embargo, esta referencia sería insuficiente, por lo que sería necesario formular precisiones adicionales a fin evitar dudas y eventuales complicaciones con el ejercicio del referido derecho a la identidad biológica.

También es pertinente observar que en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que el Estado peruano ha ratificado,



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

se dispone que “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” [subrayado agregado], así como el artículo 6.1. del Código de los Niños y Adolescentes (citado en la sentencia) cuyo texto establece que “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” [subrayado agregado].

Se aprecia al respecto que en el precitado tratado específico así como el cuerpo normativo especial sobre niños y adolescentes no se prescribe que estos deban siempre conocer a sus padres (no habría una exigencia con tal nivel de intensidad) sino únicamente en la medida que ello sea posible, por lo que habrá ocasiones (que debieran ser evaluadas casuísticamente) en los que efectivamente el niño, niña o adolescente no llegue a conocer quiénes son sus padres (incluyendo los progenitores biológicos que aportaron el material genético para su procreación) y esto no suponga necesariamente el incumplimiento de un deber o la configuración de un daño a su derecho a la identidad, sino tan solo una restricción de base perfectamente razonable.

Adicionalmente, habría que tener cuidado con lo que la exigencia de la tutela del derecho a la identidad biológica implicaría jurídicamente y qué efectos generaría precisamente teniendo presente los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida, incluyendo la gestación subrogada, y en los que el reconocimiento del vínculo filiatorio no depende en estricto del elemento biológico o genético, además del hecho que los donantes no tienen ninguna voluntad de ser considerados progenitores.

Otro de los tópicos desarrollados en la sentencia, se refiere a “*La regulación de la maternidad subrogada en el Perú*”. Sobre este extremo se ha optado por construir un planteamiento interpretativo respecto de los supuestos que regularía el artículo 7 de la Ley General de Salud, los que presuntamente prohibiría y la restricción aplicable (concerniente con el uso de las técnicas de reproducción asistida cuando la madre genética y biológica sean la misma). Llegándose a la conclusión de que para los casos de infertilidad absoluta e irreversible que no puedan ser superados por las técnicas de reproducción asistida, no existiría regulación alguna (supuesto en el que recae precisamente el presente caso).

Sobre este punto en particular advierto que existirían algunas inconsistencias referidas a los postulados que se formulan sobre terminologías técnicas y/o médicas (que ameritaría revisar) y sobre cómo



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

debiera entenderse, lo establecido en el artículo 7 de la Ley General de Salud, lo cual considero habría que evaluar con especial detenimiento y prudencia por las particulares implicancias prácticas que ello pueda conllevar para las personas involucradas (más adelante explicaré mis distanciamientos y observaciones con respecto a lo que se propone sobre la lectura del mencionado artículo, en particular, sobre la falta de coincidencia con lo sostenido por la Organización Mundial de la Salud). Por lo pronto, anticiparé que lo dicho se evidenciaría mucho más teniendo en cuenta que la misma sentencia incluye dentro de uno de sus puntos resolutivos una exhortación al Congreso de la República para legislar lo relativo a las técnicas de reproducción asistida de conformidad con lo que ella misma establece, con lo cual, se está requiriendo al legislador tener presente lo expresamente desarrollado (incluyendo como es obvio las posibles inexactitudes).

Ante tal circunstancia, considero que, al menos para efectos de la resolución de la presente controversia, era suficiente con señalar que los casos de gestación subrogada con material genético donado (óvulo y/o esperma) no se encuentran regulados en nuestro ordenamiento normativo, sin que ello, implique necesariamente afirmar que su realización actualmente se encuentre prohibida. Con ello no es que me oponga al hecho de que, eventualmente, en algún próximo caso, el Colegiado realice un desarrollo amplio sobre tal punto en tanto el Congreso de la República no cumpla con regular esta temática, pero es probable que mientras dicha situación persista, se sigan presentando controversias similares que puedan llegar al Tribunal Constitucional a efectos de ser dilucidadas. Sin embargo y como ya mencioné, soy consciente que, al ser un tema que reviste relevancia e impacto significativo su evaluación no debe limitarse solo al aspecto jurídico sino que también debe abarcar elementos técnico-médicos y científicos, que ameriten un análisis meticuloso que incluya nociones y herramientas desde la bioética, debiendo ser precisos en el uso terminológico, considerando las implicancias en lo que a derechos fundamentales involucrados se refiere y los actores de por medio, teniendo en cuenta que las técnicas de reproducción asistida (incluyendo la gestación subrogada) son parte de la realidad actual aun cuando la regulación sea insuficiente o no exista, entre otros puntos.

Otro de los aspectos que también me ha llamado la atención tienen que ver con la distinción que se hace sobre lo que se entiende por infertilidad y esterilidad, para a partir de allí establecer los supuestos que el artículo 7 de la Ley General de Salud, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de julio de 1997, estaría regulando.

Sobre el particular, conviene recordar que conforme a dicho dispositivo, se establece que:



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

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 con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos". [resaltado agregado].

Sin embargo para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la noción de infertilidad o esterilidad (que por cierto y en cuanto a términos se utilizan indistintamente) no se condice con lo que señala la sentencia sobre el particular. En efecto, de acuerdo con la misma así:

Millones de personas en todo el mundo sufren esterilidad, lo que repercute en sus familias y su entorno. De acuerdo con los cálculos, cerca de una de cada seis personas en edad de procrear presenta problemas de esterilidad en algún momento de su vida. [...] **La esterilidad o infertilidad es un trastorno del aparato reproductor**, tanto del masculino como del femenino, **consistente en la incapacidad para lograr el embarazo** después de 12 meses o más de relaciones sexuales regulares sin protección. Algunas causas de este problema se pueden prevenir. Cabe recordar que puede deberse a factores que afectan al varón o a la mujer, pero que en algunos casos se desconoce la causa. El tratamiento de la esterilidad **suele incluir la fecundación in vitro y otros tipos de reproducción asistida**. [...] La OMS reconoce que la prestación de servicios de calidad en materia de planificación familiar, incluidos los de ayuda a la fertilidad, es uno de los elementos básicos de la salud reproductiva. Por ello reconoce la importancia y los efectos de la esterilidad en la calidad de vida y el bienestar de las personas [...]. Todo ser humano tiene derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y psíquica. Las personas y las parejas tienen derecho a decidir el número de hijos que desean tener, en qué momento hacerlo y el intervalo de tiempo entre los nacimientos. Sin embargo, la esterilidad puede impedir que se satisfagan de estos derechos humanos básicos. [...] Las políticas públicas podrían mitigar las numerosas desigualdades que impiden el acceso a una atención segura y eficaz de la esterilidad. [...] La OMS reconoce que la prestación de servicios de calidad en materia de planificación familiar, incluidos los de ayuda a la fertilidad, es uno de los elementos básicos de la salud reproductiva.⁴¹. [resaltado agregado].

Como es de observar, la OMS incluso reconoce que la esterilidad de las personas es una problemática de interés público que implica una necesaria actuación del Estado para su debida atención en tanto involucra la garantía del derecho a la salud y los derechos reproductivos de quienes sufren tal dolencia y que por tanto, requieren acceder, en condiciones de igualdad y sin discriminación, a las técnicas de reproducción asistencia a fin de lograr la

⁴¹ Organización Mundial de la Salud. Esterilidad (22 de mayo de 2024). <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

deseada procreación. Esto evidencia la correlación existente entre la referida problemática y su impacto en los derechos fundamentales, en particular, sobre los antes mencionados. Por lo demás, los derechos reproductivos tienen reconocimiento internacional como constitucional, de hecho, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el Expediente N°00238-2021-PA/TC, sostuvo que:

40. Son derechos fundamentales de la persona [...], los denominados “derechos reproductivos”, que tienen la siguiente base normativa en sede nacional:

Artículo 6 de la Constitución, primer párrafo: La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. [...] [subrayado nuestro] [resaltado agregado].

Por su parte, en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, se afirmó que:

“[...] los derechos reproductivos [...] se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. [...] **La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social**, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, **en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo** y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición **lleva implícito el derecho** del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como **a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos**, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”⁴². [resaltado agregado].

Cabe asimismo señalar que para la OMS la gestación subrogada es sin discusión uno de los tipos de técnicas de reproducción asistida, lo cual resultaría bastante distante de lo planteado en la sentencia para la cual se entendería que dichas técnicas no resultan aplicables en los casos de esterilidad absoluta e irreversible y que la gestación subrogada no sería un

⁴² Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2 y 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

tratamiento a la infertilidad *per se*, lo que evidentemente no sería exacto tal y como se ha visto. Según la OMS:

Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de zigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y **el útero surrogado**⁴³. [resaltado agregado].

Ahora bien, en cuanto a las personas que padecen de infertilidad o esterilidad, es importante resaltar que, desde hace más de 12 años, estas son consideradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte del universo de personas con discapacidad. Ello en tanto se reconoce a la infertilidad como una enfermedad y se evidencia obstáculos para acceder a las diversas técnicas para superar sus problemas de salud reproductiva; siendo así, estas personas están inmersas dentro de un grupo vulnerable que merece una especial protección y atenciones diferenciadas considerando su particular situación. Evidencia de lo dicho lo constituye la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica afirma textualmente llega a afirmarse que:

289. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”) se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva [...].

293. [...] teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo [...], la Corte **considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad** en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, **deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva**. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva. [resaltado agregado].

De igual manera y en esa misma sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace hincapié en los derechos afectados directa y relationalmente en este contexto, refiriendo entre ellos, al derecho a la vida

⁴³ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2010). https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

privada, el derecho a la integridad personal, el derecho a la salud reproductiva, el derecho a fundar una familia y el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer el derecho a la libertad reproductiva.

Considero incluso que este último derecho guarda especial vinculación con el derecho de las personas con infertilidad o esterilidad con voluntad procreacional a beneficiarse de los más diversos y recientes progresos científicos y médicos (seguros, responsables y en condiciones adecuadas) ligados a las técnicas de reproducción asistida, incluyendo lo referido a la gestación subrogada, por lo que una obstaculización normativa y/o práctica podría comprometer la afectación de los derechos humanos antes mencionados. Concretamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó:

146. [...] el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, [...].

147. [...] los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. **Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.**

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal [...].

150. Finalmente, **el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.** El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, **el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia**, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, **se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva**, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. [resaltado agregado].



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

Quisiera también referirme a la voluntad procreacional de las personas con infertilidad o esterilidad que deciden recurrir a la utilización de las técnicas de reproducción asistida que, como se ha dicho, incluye la gestación subrogada. A este respecto la existencia y los avances médico-científicos de dichas técnicas suponen necesariamente repensar en lo que tradicionalmente se concibe como maternidad o paternidad. Y es aquí donde considero que la voluntad procreacional representa un aspecto relevante y determinante al momento de evaluar y valorar las diferentes aristas que involucra el reconocimiento oficial de un vínculo filiatorio, más aún en países como el nuestro en el que, pese a que dichas técnicas son aplicadas en la práctica, únicamente se cuenta con lo establecido embrionariamente en el artículo 7 de la Ley General de Salud, no existiendo por el contrario una regulación sobre la gestación subrogada, generándose a la postre complicaciones posteriores para el registro de niños y niñas procreado/as como hijo/as de quienes, de forma comprobada, hayan tenido la voluntad procreacional para con ellos (independientemente de la técnica utilizada y del uso o no de material genético propios o donados).

La consecuencia previsible es que dichas personas tendrán que recurrir necesariamente a instancias judiciales para lograr ser reconocidos como padres y que se rectifique el apellido correspondiente del menor (aunque sin la seguridad de obtener una decisión favorable). Lo preocupante además es que en aquellos casos como el de autos, inevitablemente y mientras dure el proceso judicial, se mantendrá una incoherencia entre la inscripción del/la menor incluyendo el registro de quien se considera como madre según las reglas aplicables por Reniec (la que gestó) y lo vivido día a día en el seno familiar entre dicho/a menor y quien este/a considera y siente como su madre (pese a que tuvo la voluntad procreacional), lo cual crearía un contexto en detrimento de tal niño/a.

En tal sentido, y en virtud de lo expresado, coincido con la profesora especialista en bioética Paula Siverino Bavio, quien sostiene lo siguiente:

La voluntad procreacional consiste en la decisión de ser madre o padre mediante el uso de TRHA [técnicas de reproducción humana asistida], explicitada en un documento de valor legal (consentimientos informados en las clínicas de fertilidad). La voluntad procreacional es fuente filiatoria directa cuando está regulada por ley o, bien indirecta cuando un juez la reconoce como tal para modificar el emplazamiento de un infante nacido mediante una TRHA. [...].

[...]

Es interesante notar que para el establecimiento de la filiación, cuando ésta no es controvertida, no se le otorga ningun (sic) peso a la correlación genética. De hecho, la reguación (sic) filiatoria en el Perú cuenta con presunciones de maternidad (quien da a luz es la madre legal) y de paternidad



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

(si esta mujer está casada el niño/a tiene por padre al marido), o bien el acto de reconocimiento del varón de tratarse de un pareja que no está casada. En ambos escenarios, así como en la adopción donde la jueza es quien decide la nueva filiación del menor, se prescinde totalmente del dato genético. [...].

En los procesos donde se discute la filiación de un niño/a nacido/a mediante técnicas de reproducción asistida es imperativo contextualizar el valor del vínculo genético, que puede ir en una escala de “muy relevante” – cuando la voluntad procreacional y la información genética coinciden (por ejemplo en el caso de un nacido de una fecundación con gametos propios y mediante gestación subrogada) – a “nada relevante” cuando la voluntad procreacional y la información genética no coinciden (por ejemplo en el caso de existir un donante anónimo). Los y las donantes de esperma y ovocitos no tienen voluntad procreacional, sean o no anónimos, y no tienen, ni tendrán, ningún vínculo filiatorio ni obligación alimentaria con el infante. Tampoco tiene voluntad procreacional la mujer que gesta para otro; sin embargo, en el caso de gestación subrogada, al colisionar con la presunción de maternidad por el parto, se genera una situación que requiere solución judicial: el infante nacido será anotado como hijo de quien dio a luz, (salvo que se haya logrado un pronunciamiento judicial previo al parto) y ello deberá corregirse después por vía judicial.

En los procesos de reproducción asistida, la voluntad procreacional es totalmente clave.⁴⁴ [resaltado agregado].

Asimismo y en el marco de la jurisprudencia comparada, es pertinente destacar la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Acción de Inconstitucionalidad 16/2016), de fecha 7 de junio de 2021⁴⁵, que tras pronunciarse sobre la voluntad procreacional y cómo esta constituye el pilar fundamental para el reconocimiento de la filiación con el niño o niña teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño, ha considerado especialmente los casos de gestación subrogada, con lo cual no niega que esté permitida (e incluso considera que la aplicación de dicha práctica no debiera limitarse solo a personas infériles). En ese sentido, nos ha dicho expresamente que:

233. **En el empleo de una técnica de reproducción asistida el derecho a la filiación** se determina en razón del derecho de los menores a la identidad, inscripción y relaciones familiares, en los que **se ha de considerar el elemento volitivo denominado voluntad procreacional**, es decir, deberá atenderse a la presencia del principio bioético de autonomía expresado en el consentimiento informado cuando se trate de una filiación de una niña o un niño que nació bajo esta técnica de reproducción asistida.

234. Esto es, el concepto de la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la construcción del vínculo filial de los menores nacidos bajo técnicas de reproducción asistida; esta voluntad constituye otra

⁴⁴ Informe técnico presentado por la parte demandante, con fecha 25 de julio de 2024, y elaborado por Paula Siverino Bavio. P. 27 y 28.

⁴⁵

<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194229>



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

fuente de la relación de filiación entre quien nace bajo una técnica de reproducción y quien contrata, se refiere a la voluntad de ser madre o padre, de querer asumir ese rol y desempeñarlo, ya sea que se haya utilizado material genético proveniente de quien contrata (homóloga) o de terceras personas (heteróloga).

[...]

236. En la gestación subrogada, la voluntad procreacional es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o de un tercero, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento o a través de fecundación in vitro. Esta tercera persona carece de esta voluntad *procreacional*, por lo que, aun cuando por aplicación del derecho civil tradicional correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, faltaría el elemento central que atribuye o determina la filiación en estos procedimientos: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el efecto que se derive o se construye con el despliegue de tales responsabilidades.

237. Es del interés superior del menor, específicamente conforme a su derecho de prevalencia a sus relaciones familiares, que se reconozca la filiación a aquellas personas que tienen la voluntad de ejercer este rol; el vínculo genético con la gestante o en su caso con el o los donantes no es motivo para considerar que éstos deben tener, en automático, alguna legitimación para reclamar algún derecho sobre el menor. [resaltado agregado].

De otro lado, es de mi interés también remarcar que, aún aceptándose la premisa de que, según se plantea en la sentencia, “[...] el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Ley General de Salud recae sobre aquellas personas que sufren problemas de infertilidad, teniendo, quienes no puedan solucionarlo, la posibilidad de superar sus limitaciones mediante la procreación a través de técnicas de reproducción asistida, práctica que está sujeta a la siguiente restricción: que la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para supuestos de infertilidad absoluta e irreversible que no puedan ser superados por las técnicas de reproducción asistida, no existe regulación expresa”, no significa ello ni tiene porque interpretarse como que la ausencia de normativa para tales casos implique en automático una prohibición de la utilización de la gestación subrogada. En ese sentido, no concuerdo con quienes propugnan que el artículo precitado implícitamente la proscribe, pues dicho planteamiento contraviene el principio legalidad que cobra mayor relevancia cuando de restricciones hacia las personas se trata.

Considero que de la lectura que se dé al artículo 7 de la Ley General de Salud no podría desprenderse que la gestación subrogada está prohibida y con ello desconocer el panorama actual, así como todo lo que acarrearía postular tal prohibición absolutista. Es pertinente recordar que dicha ley data de hace más de 28 años atrás y corresponde a un estado de situación médico científico por muchas razones distinto al de hoy debido a todos los avances y



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

mejoras en la ciencia médica ligadas a las técnicas de reproducción asistida y en particular a la gestación subrogada. Por ello el propugnar que dicho artículo cuenta con falencias de técnica normativa y evidente desfase, se afianza más.

De hecho, se han planteado variadas lecturas de tal dispositivo en sentido no estrictamente literal y considerando el impacto sobre determinados derechos fundamentales. Entre esas otras lecturas, que no necesariamente coinciden (total o parcialmente) con lo que la sentencia postula, resalto una de ellas, cuya connotación me parece especialmente gravitante:

4.1. Cómo leer el artículo 7 de la Ley General de Salud (LGS) [...]

- a) Metodología: la norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación, la maternidad subrogada o la embriodonación; el último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de las técnicas de fecundación para fines distintos de la reproducción humana y clonación reproductiva. Si se hubiera querido prohibir la ovodonación o la gestación por subrogación, se las hubiera enumerado en esta parte de la norma.
- b) Principios de legalidad y de clausura: las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, lo cual vulneraría el principio de clausura que establece que «aquello que no está prohibido, está permitido» y el principio de legalidad.
- c) Principio de igualdad y no discriminación: la distinción entre admitir el uso de material genético masculino y prohibir el uso de material genético femenino de terceras personas constituiría una inaceptable discriminación por razón de género.
- d) Legalidad y utilidad social: si solo accedieran a TRHA las mujeres sin dificultades para lograr y mantener un embarazo, ¿cuál sería la utilidad de las TRHA? ¿Paliar exclusivamente la infertilidad masculina? Ello instrumentalizaría a la mujer como mero objeto de tránsito reproductivo para preservar la descendencia del varón, lo cual es éticamente inaceptable y discriminatorio.
- e) Eficacia normativa: por otro lado, si lo que se pretende es evitar los conflictos en torno a la configuración de la identidad de quien naciera por TRHA heterólogas, entonces la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de esperma, motivo que no alcanzaría a la maternidad subrogada.
- f) Viabilidad ética y técnica de la embriodonación: el artículo 7 cerraría la posibilidad de la embriodonación, la cual es una alternativa válida para parejas infériles.
- g) Inconveniencia de la interpretación literal: el cuestionable requerimiento del consentimiento expreso de los padres biológicos, ya que, al admitirse la donación de esperma (siendo este varón el padre biológico), se estaría exigiendo la presencia y firma de un donante anónimo que asumiría, entonces, ¿obligaciones? ¿derechos? ¿configuraría adulterio?, en un curioso cuadro jurídico que solo se entiende merced una errónea técnica legislativa, lo que



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

demuestra claramente cuan conflictiva e inadecuada resulta ceñirse exclusivamente a su aplicación literal⁴⁶.

La sentencia adicionalmente señala que “[...] el artículo 7 de la Ley General de Salud prohíbe la gestación subrogada para las personas que no padezcan de infertilidad, para aquellas cuya infertilidad tenga tratamiento médico que les permita procrear y para las personas que puedan lograr procrear por sí mismas utilizando las técnicas de reproducción asistida”. Sobre tal consideración surgen diversas interrogantes referidas a casos concretos en los que, a mi parecer y lejos de proporcionarse respuestas óptima se generan problemas y complicaciones en lo absoluto resueltos.

Por ejemplo, cabe preguntarse qué sucedería en aquellos casos en los que una mujer, siendo fértil, por problemas o riesgos a su salud, no pueda gestar aun cuando tenga la voluntad de ser madre, ¿estaría prohibida la gestación subrogada para ella solo porque es fértil y aun cuando por disposición médica no debe quedar embarazada? ¿se la obligaría a gestar sacrificando su propia integridad o vida por el deseo de tener un hijo? ¿es razonable ello?. Podría también presentarse el caso de una pareja en el que la mujer no es fértil pero el varón sí lo es, ¿estaría prohibido para ellos recurrir a la gestación subrogada? ¿no sería discriminatorio prohibirlo solo porque al ser ella la persona infértil obviamente no podría gestar, pero si fuese él el infértil no habría inconveniente porque en ese caso coincidiría la madre biológica y gestante? ¿lo planteado en la sentencia está pensado aplicarse para la situación de una persona individualmente o de una pareja?. ¿Qué sucedería, por poner otro caso, si ambos son fériles, pero la mujer decide congelar sus óvulos para más adelante utilizarlos para concebir con su pareja porque así lo acordaron, pero posteriormente ella fallece?, ¿acaso el varón no podría recurrir a la gestación subrogada con el material genético de su pareja para concretar aquella procreación que ambos anhelaban en un futuro? ¿por qué se le negaría esa posibilidad?. Estas son solo algunas de las situaciones e interrogantes que surgen a propósito de lo que se establece en la sentencia y que, como anteriormente lo señalé, podrían quedar sin respuesta de asumirse lo que ahora se entendería como el significado del artículo 7 de la Ley General de Salud.

Por todo lo antes expuesto y tal como lo sostuve previamente, dado que el argumento central para dilucidar la presente controversia (*ratio decidendi*) parte de la premisa de la existencia de un vacío normativo o ausencia de regulación de la gestación subrogada y que, en atención a dicha realidad, no corresponde trasladar consecuencias adversas para la parte

⁴⁶ Siverino Bavio Paula. Introducción a la bioética jurídica. Colección lo esencial del Derecho, vol 75, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2024, p. 133-134.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

demandante y más bien resulta prioritaria la prevalencia del principio del interés superior del niño y el derecho a identidad de la menor para así declarar fundada la demanda, nulas las resoluciones de Reniec y disponer la rectificación del apellido materno de la menor, estimo que, por ahora, no habría sido necesario incidir o adentrarse en el desarrollo de los alcances que tendría lo establecido en el artículo 7 de la Ley General de Salud (incluyendo lo referido a aquellos supuestos que la ponencia alude pero que no son aplicables al caso concreto) al merecer mayor evaluación y habría bastado con sostener que tal dispositivo no goza de una adecuada técnica normativa.

Nuevamente, considero adecuado reevaluar los planteamientos y las implicancias de lo que se postula sobre la lectura del artículo 7 de la Ley General de Salud, en consonancia con la realidad científica y contextual (pues no es posible ignorar que hoy en día las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la gestación subrogada, son utilizadas). Ciertamente puede haber riesgos y posibles actos ilícitos atentatorios contra los derechos fundamentales en la realización de estas prácticas, pero ello, en mi opinión, lo que demuestra es precisamente una urgente necesidad de que el legislador regule estas técnicas, entre ellas la gestación subrogada, a fin de establecer procedimientos, límites, controles, supervisiones, sanciones, entre otros, y así contar con un marco normativo que brinde seguridad jurídica y claridad sobre lo permisible y lo proscrito, en consonancia con los derechos fundamentales. En este contexto, resultaría más riesgoso continuar con una ausencia de regulación por mucho más tiempo y en ese sentido, coincido con el punto resolutivo de la ponencia referido a la exhortación al Congreso de la República para que legisle en materia de técnicas de reproducción asistida, pero haciendo la precisión de que dentro de dichas técnicas también estaría incluida específicamente la gestación subrogada.

S.

OCHOA CARDICH



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ CHÁVEZ

Con el mayor respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por los motivos que expongo a continuación:

1. Los recurrentes interponen demanda de amparo a título personal y en favor de la menor LVZP contra el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil solicitando:
 1. Se deje sin efecto la N° [sic] 1469-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, que declara improcedente nuestra solicitud de rectificación del apellido materno de la menor registrada como LVZP.
 2. Se declare formalmente, en el Acta de Nacimiento, que la el [sic] Señor NDZV es el padre de la menor registrada como LVZP, procediéndose al respectivo reconocimiento.
 3. Se declare formalmente, en el Acta de Nacimiento, que la Señora CRLR es la madre de la menor registrada como LVZP, efectuándose la respectiva rectificación”⁽⁴⁷⁾.
2. Señalan haber celebrado un acuerdo privado de útero subrogado en vista que ambos cónyuges se encuentran biológica y físicamente incapacitados para procrear, siendo la Sra. ZPR quien brindó su útero para gestar a la menor por medio de la donación de óvulos y espermatozoides de parte de un banco de gametos.
3. Al haber reconocido en el acta de nacimiento a la Sra. ZPR como madre de la menor LVZP y no a la Sra. CRLR, alegan que se habría vulnerado el derecho a la identidad de la menor y al libre desarrollo de la personalidad por parte de los recurrentes.

Sobre el principio de interés superior del niño

4. Tal como ha sido expresado en múltiple jurisprudencia constitucional⁽⁴⁸⁾, el niño representa un sujeto de especial protección que exige del Estado un cuidado prioritario. De esa forma se entiende lo que se ha establecido en el artículo 4 de la Constitución Política, que prescribe “*la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño (...)*”.
5. Asimismo, del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se advierte que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños

⁴⁷ Fojas 20.

⁴⁸ STC 02187-2021-PHC, fundamento 13; STC 02079-2009-PHC, fundamento 11; STC 00616-2018-PA, fundamento 25.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”. Seguidamente, el artículo 3.2 del mismo texto expresa que “[l]os 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 (...”).

6. De igual forma, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, prescribe que:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, **se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.**

(énfasis agregado)

7. Por mandato constitucional, convencional y legal, es incontrovertible la posición de privilegio que ostenta el menor en las prioridades estatales acorde con el principio del interés superior del niño que vincula a las entidades públicas y privadas y a toda la comunidad. Tal como este Tribunal Constitucional lo ha dejado establecido en la STC 03744-2007-PA/TC:

(...) el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tiene fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

(énfasis agregado)

8. De la misma manera, en la STC 00882-2023-PA/TC se sostuvo que el principio del interés superior del niño exige “*valorar las circunstancias de un caso concreto para traducir en la realidad los derechos fundamentales de un niño*”⁴⁹. Al respecto, “(...) la aplicabilidad del meta principio Interés Superior del Niño permite que los jueces puedan aplicar la adaptabilidad de dicho valor referencial al caso concreto,

⁴⁹ Fundamento 54.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

para así evitar su mención sin una referencia práctica” (⁵⁰).

9. De lo citado *supra* debemos entender, que toda norma debe ser emitida a la luz de este principio, y su interpretación, más aún en caso de vacío o defecto de estas y de afectación de un derecho fundamental, deberá hacerse en consonancia con el alto estatus que ostenta el deber de protección al menor en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, toda decisión tomada por este Tribunal Constitucional – sobre todo en casos de duda o timidez legislativa y lesión de los derechos fundamentales– deberá ser al amparo del interés superior del niño, así como la prevalencia de su normal y adecuado desarrollo.
10. Así pues, uno de los elementos a tener en cuenta al evaluar el interés superior del niño tiene que ver con la situación de vulnerabilidad, pues su nivel de gravedad no será necesariamente el mismo que el de todos los niños que se encuentran “*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*” (⁵¹).
11. De todo lo abordado igualmente se nos permite concluir que el deber de observancia al interés superior del niño difícilmente podría responder a criterios generales de evaluación, en el sentido en que se pretenda establecer de forma abstracta qué es o no es más favorable para este, pues tal análisis obligatoriamente responde a cada caso concreto.
12. Similar criterio adoptó el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en tanto desarrolla que este constituye un derecho y principio basado en la evaluación de intereses de los menores en una situación concreta, debiéndose considerar para ello los siguientes pasos (⁵²):

⁵⁰ Bermúdez Tapia, Manuel. La evaluación de aspectos íntimos y privados en el ámbito del Derecho Público. En: Gaceta Constitucional n.º 161, p. 127.

⁵¹ Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Unicef México y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), 2014, p. 272.

⁵² Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. 29 mayo 2013, , párrafo 46. <https://www.observatoriodelainfancia.es/olia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

- a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;
- b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

(Énfasis agregado)

13. Y es que, conforme también lo concluye el Comité citado, las circunstancias de cada caso concreto demostrarán que, en la dinámica social de las relaciones familiares, no toda conducta o medida será en todos los casos la más favorable (⁵³):

81. Los elementos de la evaluación del interés superior pueden entrar en conflicto cuando se estudia un caso concreto y sus circunstancias. Por ejemplo, la preservación del entorno familiar puede chocar con la necesidad de proteger al niño contra el riesgo de violencia o malos tratos por parte de los padres. En esas situaciones, se tendrán que ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que atienda mejor al interés superior del niño o los niños.

(Énfasis agregado)

14. Entonces, es claro que este Tribunal Constitucional, al igual que la judicatura ordinaria, debe atender al análisis completo de cada caso sometido a su conocimiento en tanto exista necesidad de aplicar el principio de interés superior del niño, ello a efectos de comprender la realidad de los recurrentes en su totalidad y tomar la decisión más favorable en función a sus derechos.

Sobre el derecho a la identidad y al nombre de los menores de edad

15. El derecho a la identidad, reconocido expresamente en la Constitución Política del Perú, tiene un contenido que este Tribunal Constitucional desarrolló en la sentencia recaída en la STC 04444-2005-PHC/TC (⁵⁴), donde se estableció que:

(...) el artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre - conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica.

(Énfasis agregado)

⁵³ *Ibid*, párrafo 81.

⁵⁴ Fundamento 4.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

16. Al respecto, se tiene que la identidad a que se refiere el artículo abordado ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo.
17. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc., aspectos que este Tribunal Constitucional tiene en su basta jurisprudencia (⁵⁵).
18. Resulta entonces importante señalar lo dicho por este Tribunal Constitucional en lo relativo al nombre asociado al reconocimiento parental:

Particularmente especial, por lo que respecta a los casos en los que se efectúa un reconocimiento judicial de paternidad, es el nombre, pues es en función del mismo que la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quienes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. **El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas** y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico (⁵⁶).

(énfasis agregado)

19. Se concluye entonces que el nombre, desde su vertiente de ser un medio de individualización de la persona dentro de una sociedad, y la de ser un mecanismo que fortalezca los lazos familiares que permitan a los individuos conocer y entender su origen, es un derecho que forma parte del contenido esencial y constitucionalmente protegido de la identidad de la persona.
20. Así, la posibilidad de conocer a sus progenitores, llevar sus apellidos y construir su historia personal constituye un elemento esencial para el desarrollo integral del niño. Sin embargo, el derecho a la identidad no se limita a un aspecto registral, sino que garantiza que el menor pueda desarrollarse en un entorno de certeza afectiva, social y jurídica. Esta última idea implica también la necesidad de permitir que los menores, sobre todo cuando se encuentren en etapas de formación tempranas e importantes, puedan ver garantizada una identidad vinculada al entorno

⁵⁵ STC 2223-2005-PHC/TC, fundamento 9; STC 02695-2021-PA/TC, fundamento 46.

⁵⁶ STC 01168- 2017-PA/TC, fundamento 3.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

familiar y afectivo en el que se encuentran.

21. Negarle esta posibilidad supondría una afectación directa a su dignidad, pues lo privaría de uno de los elementos más importantes para la formación de su personalidad y autoestima, aunque ello no implique que la realidad biológica para este deba de ser ignorada, si no que son dos aspectos de la vida del menor de deberán de converger de forma coherente a efectos de constituir su propia identidad.
22. En sentido resumido, el derecho al nombre del menor le permite tener una identidad que le dé un sentido de pertenencia a un grupo familiar, donde a su vez pueda sentir su ubicación dentro del entorno social.

Análisis del caso concreto

23. Si bien el presente caso se plantea como uno de maternidad subrogada por parte de los demandantes, se debe tener en cuenta que a partir de los actuados se evidencia una falta de certeza respecto de si la menor ha sido concebida como resultado de una técnica de reproducción asistida, o no, en tanto la clínica en la que las partes alegan haber realizado el procedimiento niega tener registro de dicha intervención médica.
24. Ello, además del hecho que nuestro ordenamiento jurídico regula determinados supuestos para la figura de la maternidad subrogada, y es cierto que este Tribunal ha conocido y conoce casos que se encuentran dentro de dicho supuesto, y otros que varían por determinados factores, pero que en esencia son escenarios donde, por falta de un debate o regulación mayor en el asunto, este Tribunal Constitucional ha entrado a resolver la controversia.
25. Sin embargo, entendiendo que existen diversas inconsistencias en el presente caso que llevan incluso a cuestionar si realmente la menor fue concebida o no a través de un mecanismo de reproducción asistida o si, por el contrario, responde a otra situación irregular, corresponde entender que el presente caso no se trata de uno que pueda calificarse como *maternidad subrogada* o uno cuya discusión gire en torno a la identidad biológica, como parece darlo a entender la ponencia en sus fundamentos 25 a 28 y 76, por lo que los reclamos sobre la afectación a los derechos alegados en ese extremo por parte de los recurrentes devienen en improcedentes, en tanto este Tribunal Constitucional no guarda competencia alguna para resolver dicha cuestión, la cual requiere de una estructura con etapas probatorias con las que el proceso de amparo no cuenta.
26. No obstante, como ya se desarrolló *supra*, al igual que en un extremo



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

de la sentencia suscrita por mayoría, el interés superior del niño se configura en nuestro sistema normativo constitucional como principio rector de la actividad de los agentes del Estado como de los agentes privados vinculados a la vida familiar de los menores, motivo por el que toda norma debería en principio de interpretarse de la forma que más favorable resulte a sus intereses. Sobre ello, se tiene también que dicho principio exige no un tratamiento de aplicación mecánica de la norma, si no un estudio cuidadoso de los casos concretos elevados a esta sede constitucional, debiéndose en todos los casos priorizar lo más posible el interés de los menores.

27. Como se mencionó *supra*, citando al Comité de los Derechos del Niño, la aplicación del principio de interés superior del niño no se realiza de forma abstracta y general, bajo criterios o reglas preestablecidas, sino en cada caso concreto considerando las particularidades propias del mismo. Así, el mencionado Comité ha señalado lo siguiente (⁵⁷):

84. Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para ello, no solo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.

(Énfasis agregado)

28. Así las cosas, de autos se extrae que la menor registrada como LVZP, nacida el 15 de febrero del 2016, cuenta hoy con 9 años de edad, tiempo en el que ha convivido directamente con los recurrentes que reclaman el registro, señalando además que es la misma menor la que reconoce a doña CRLR como su madre.
29. Tal situación evidencia un contexto que la jurisprudencia ha denominado como *identidad dinámica*, en virtud de la cual la misma evoluciona y madura junto con la persona. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la STC 00139-2013-PA/TC:
11. El derecho fundamental a la identidad, como ha puesto en relieve la doctrina, no puede ser apreciada como un concepto unitario, que engloba una sola realidad o que comprende una sola clase de características que identifican al individuo. Así, pues, se plantea que

⁵⁷ *Ibid*, párrafo 84.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

la identidad posee una faceta *estática*, es decir, no cambia con el devenir del tiempo. Pero, también posee una faceta *dinámica*, aquella que cambia de acuerdo a la evolución y maduración de la persona.

12. Durante mucho tiempo la identidad *estática* ha sido la única considerada jurídicamente, y comúnmente era denominada como “identificación”. Siendo los elementos que la configuran el código genético, el lugar y fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, entre otros. Por su parte, la identidad dinámica está conformada por el conjunto de atributos y calificaciones de la persona de cariz variable cómo son las creencias filosóficas, religiosas, ideológicas, la profesión, las opiniones, preferencias políticas y económicas, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros.

(Énfasis agregado)

30. Es en ese sentido de realidad tan particular que el presente caso concreto deberá de ser analizado, dado que un pronunciamiento desfavorable a la pretensión de los recurrentes implicaría hoy que la menor se vea envuelta en un conflicto donde no se considere la identidad dinámica que en ella se ha configurado en virtud a la convivencia constante y la dinámica familiar preexistente entre los recurrentes y esta, la misma que ha sido acreditada por la propia menor al reconocer a CRLR como su progenitora, acreditando un especial peligro de eventual estado de vulnerabilidad que amerita la evaluación de su interés superior.
31. Para entender esto, se debe considerar la existencia plena de un derecho al mantenimiento del vínculo familiar para la menor LVZP, constituyendo estos espacios en los que los menores se desarrollan en vida social. Así mismo, tomar en cuenta que tanto el tiempo de convivencia, como el vínculo afectivo positivo existente en el menor sobre otras personas son sumamente importantes para su desarrollo. Entonces, resulta perfectamente posible la creación por parte de los menores de un vínculo o lazo afectivo con sujetos con los cuales conviven dentro de su vida cotidiana, tal y como viene a ser el caso de la menor LVZP respecto de CRLR. Esta realidad se condice con lo mencionado *supra*, relativo a que el derecho a la identidad no se limita a un aspecto registral, sino que garantiza al menor el desarrollarse dentro de un entorno afectivo y social, muchas veces con el que se desarrolla durante sus primeros años de vida.
32. Se puede destacar así que el mantenimiento de los vínculos familiares creados en base a la convivencia permanente y constante por parte de la menor con doña CRLR, persona con la que comparte lazos afectivos, emocionales, psicológicos, y materiales, a pesar de no estar relacionada de forma biológica, tiene plena vinculación con el principio abordado sobre interés superior del niño. Sin embargo, se debe destacar también



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

que dicha posibilidad existe en virtud del dilema jurídico de paternidad que el caso analizado presenta particularmente, pues, aunque no exista entre ellos vinculación biológica, son los jurídicamente reconocidos como padres, refiriéndonos a los señores NDZV y ZPR, quienes presentan la controversia relativa a la verdadera paternidad, por lo que la duda deberá de resolverse favoreciendo al mejor resultado posible para el bienestar social de la menor.

33. En ese sentido, en el presente caso es evidente que la menor identifica a su núcleo familiar en los señores recurrentes, independientemente de la vinculación biológica que pueda o no existir por causa de la forma en que se llevó a cabo su concepción. En ese sentido, al ser dicho principio el que obliga al Estado a adoptar un actuar en pro de sus intereses, corresponde estimar la demanda ordenando a Reniec la inscripción y reconocimiento del matrimonio entre NDZV y CRLR como padres de la menor LVZP, y por lo tanto, se modifique su registro al de LVZ López.
34. Debe dejarse expresamente establecido que la decisión adoptada en el presente caso responde únicamente a las particularidades fácticas que lo caracterizan, concretamente en la consolidación de un vínculo afectivo y familiar durante nueve años de convivencia ininterrumpida, y la necesidad de preservar y mantener el vínculo familiar, no siendo posible aplicar este mismo criterio a otros casos similares sin que antes se consideren las particularidades totales de cada uno por parte del órgano jurisdiccional competente que conozca la causa, dado que el análisis del principio de interés superior del niño así debe realizarse.
35. En dicho sentido se ha pronunciado también el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, donde al momento de abordar los elementos que deben tenerse en cuenta para evaluar este interés superior, menciona lo siguiente:
 60. **Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige "que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño".** Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho **"a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"** (art. 9, párr. 3). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.

(...)



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

65. Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas.

(Énfasis agregado)

36. Ello, considerando las pautas prestadas por UNICEF en la ‘‘Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior de los Niños, Niñas, Adolescentes en Casos de Medidas de Protección Especialmente Vinculadas al Cuidado Alternativo’’ donde mencionan que la Metodología para la determinación del Interés Superior del Niño sigue los siguientes pasos (⁵⁸):

PASO I: Identificar las circunstancias específicas que serían pertinentes

(...)

En consideración de la información o los antecedentes que se tengan en el momento, se deben identificar cuáles son las circunstancias específicas que serían pertinentes (... en el caso concreto. Es posible que posteriormente surjan nuevos antecedentes y, por lo tanto, en ese caso, es posible identificar otras circunstancias que deben ser analizadas. Por consiguiente, en este paso se debe analizar la información del caso y reconocer cuáles de los elementos o circunstancias son pertinentes de evaluar para, posteriormente, determinar el Interés Superior del Niño. (...)

PASO II: Determinar cuáles de esos elementos o circunstancias específicas pertinentes al caso debiesen ser consideradas más relevantes y de mayor impacto para el niño en el caso específico

(...) se reflexiona sobre cuáles de esos elementos deben privilegiarse en el análisis, dada la relevancia en la vida y el desarrollo del niño, así como en la protección y restitución de sus derechos, o sea, esto implica analizar las circunstancias específicas que inciden de manera más decisiva en la vida del niño, niña o adolescente y en la protección y restitución de sus derechos.

PASO III: Ponderar los elementos o circunstancias

(...)

La ponderación implica considerar las circunstancias específicas previamente identificadas como pertinentes en el Paso I, y priorizar aquellas que, según el Paso II, presentan un mayor peso en el caso. A partir

⁵⁸ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, et al. *Guía para la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño en el ejercicio de profesionales de las Oficinas Locales de la Niñez.* mayo 2025, Santiago de Chile, Página 18. https://www.unicef.org/chile/media/13011/file/Gui%CC%81a%20evaluacio%CC%81n%20ISN_OLN_web.pdf.pdf.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

de ello, se procede a valorarlas entre sí de forma transversal, y, mediante un enfoque de derechos de infancia, determinar qué derechos resultan comprometidos en el caso concreto.

PASO IV: Determinar el Interés Superior del Niño en el caso concreto

Una vez realizada la ponderación, es decir, la comparación y valoración entre los distintos elementos previamente identificados como relevantes habiéndolos vinculado a los derechos, es necesario analizar los derechos involucrados en este caso, y equilibrar los derechos con las necesidades y el contexto de manera integral.

PASO V: Adoptar la(s) medida(s) o decisión o decisiones

El Interés Superior del Niño debe aplicarse al caso concreto considerando las circunstancias particulares de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños/as. Incluso, dos hermanos/as pueden compartir o no ciertos riesgos de vulneraciones, por lo que su Interés Superior debe ser analizado en forma individual.

(Énfasis agregado)

37. Por ello, lo desarrollado en el presente voto no puede ser interpretado como una regla general ni como un criterio extensible a otros supuestos que involucren *maternidad subrogada*, dado que como se ha mencionado ya en los presentes fundamentos, este caso no constituye un caso de ese tipo en tanto existen inconsistencias probatorias que no pueden ser evaluadas en sede constitucional.

Es en virtud de las consideraciones señaladas en el presente voto suscribo la ponencia, la misma que:

1. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda de amparo en el extremo vinculado a al interés superior del niño; y, en consecuencia, declarar la nulidad de todas las resoluciones administrativas emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que explícita e implícitamente han impedido que la menor sea inscrita como hija de doña CRLR.
2. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la rectificación inmediata del apellido materno de la menor LVZP; y, en tal sentido, se consigne que su identidad es LVZ López.
3. Declarar **IMPROCEDENTE en parte** la demanda de amparo en el resto de extremos.
4. Declarar que en el presente caso no corresponde el pago de costos procesales.

S.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el mayor respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por los motivos que expongo a continuación:

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones de los demandantes son las siguientes:

“1. Se deje sin efecto la N° [sic] 1469-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, que declara improcedente nuestra solicitud de rectificación del apellido materno de la menor registrada como LVZP.

2. Se declare formalmente, en el Acta de Nacimiento, que la el [sic] Señor NDZV es el padre de la menor registrada como LVZP, procediéndose al respectivo reconocimiento.

3. Se declare formalmente, en el Acta de Nacimiento, que la Señora CRLR es la madre de la menor registrada como LVZP, efectuándose la respectiva rectificación”⁵⁹.

2. Los demandantes (la Sra. CRLR y el Sr. NDZV) refieren ser un matrimonio que no ha podido tener hijos, debido a que se practicó a la Sra. CRLR a los 18 años una histerectomía completa y el Sr. NDZV es considerado infértil por su condición espermática⁶⁰.

3. Frente a esta situación, decidieron acudir a la fertilización in vitro, con gametos donados anónimamente (óvulo y espermatozoides proporcionados por un banco de gametos), y a la gestación subrogada por parte de la Sra. ZPR quien, “de manera libre, voluntaria y altruista [...] se ofreció a gestar”⁶¹.

4. Los demandantes invocan la existencia de un “Convenio de Útero Subrogado”, que adjuntan a su demanda, en el cual la Sra. ZPR reconoce que los derechos y deberes que corresponden como padres estarían a cargo del matrimonio CRLR-NDZV “quienes han demostrado tener, y en efecto tienen, la *voluntad procreacional*: el deseo, la voluntad, la

⁵⁹ Fojas 20.

⁶⁰ Cfr. fojas 20 y 21.

⁶¹ Fojas 21.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

responsabilidad y el compromiso de ser padres”⁶². Por su parte, la intención de la señora ZPR fue “la de gestar a favor de un tercero y no de convertirse ella, nuevamente en “madre”; ya que no forma parte de su proyecto de vida y; además, no tiene “ningún vínculo genético con la menor a la cual gestó”⁶³. Para demostrar esto último, los demandantes adjuntan una prueba de ADN⁶⁴.

5. El 15 de febrero de 2016, nació la niña registrada como LVZP, como consta en su acta de nacimiento, consignándose como su madre a ZPR, pues –indican los demandantes– la única opción que tiene el “médico tratante es la de consignar como madre a quien dio a luz”⁶⁵.
6. En cuanto a los datos del padre, “se aceptó la declaración de la señora ZPR quien manifestó que el padre de la menor era el señor NDZV, como resultado de un procedimiento de fecundación in vitro”⁶⁶.
7. Sobre la base de lo antes mencionado, según los demandantes la menor quedó inscrita como si fuera hija extramatrimonial de la de la Sra. ZPR con el Sr. NDZV, y no como “fruto del deseo de ejercer la paternidad/maternidad por parte del matrimonio Z-L con ayuda de la ciencia moderna”⁶⁷.
8. Refieren los demandantes que la menor, desde el día en que fue dada de alta, está al cuidado de ellos. La Sra. ZPR los visita cada vez que puede, solo porque se siente realizada al ver la felicidad de los demandantes, pero “no tiene pretensión alguna de ejercer una maternidad que no desea y que genéticamente tampoco le corresponde”⁶⁸.
9. Los demandantes indican que actualmente tienen “la tenencia de facto de la menor, pero se ven impedidos de ejercer sobre ella la patria potestad”⁶⁹.
10. Señalan los demandantes que “se ha generado una situación muy anómala puesto que las partidas [sic] de nacimiento muestran tanto una maternidad no deseada como una paternidad que, si bien está declarada no implica

⁶² Ibid, cursiva añadida.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Fojas 14.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Fojas 22.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

necesariamente filiación”⁷⁰.

11. Asimismo, en su recurso de agravio constitucional, los demandantes descartan la posibilidad de recurrir a la adopción de la menor LVZP, pues convertir en madre adoptante a la Sra. CRLR “no se condice con la realidad, y [...] es contraria a lo que pretenden los demandantes, ya que no se reconocería a la señora CRLR su condición de madre por voluntad procreacional, concretada gracias a las técnicas de fertilización asistida, bajo la modalidad de vientre subrogado. En este sentido, la resolución que se emite como resultado de dicho proceso [de adopción], no brinda la protección adecuada a los derechos invocados en la demanda” (subrayado en el original)⁷¹.
12. En la demanda se invocan afectados el derecho a la identidad de la menor y el derecho de los demandantes al libre desarrollo de su personalidad⁷².

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

13. La legislación supranacional y nacional bajo cuyo marco debe darse respuesta al presente caso es la siguiente:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario” (artículo 18).

- Convención sobre los Derechos del Niño:

- “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” (artículo 3.1).
- “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” (artículo 7.1).

⁷⁰ Fojas 37.

⁷¹ Fojas 268.

⁷² Cfr. fojas 19.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

- “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (artículo 8.1).
- Nuevo Código de los Niños y Adolescentes:
 - “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (artículo IX).
 - “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” (artículo 6.1)
 - “Los niños son inscritos en el Registro del Estado Civil correspondiente por su padre, madre o el responsable de su cuidado, inmediatamente después de su nacimiento. [...]”

En el certificado de nacimiento vivo constará la identificación dactilar de la madre y la identificación pelmatoscópica del recién nacido, además de los datos que corresponde a la naturaleza del documento.

La dependencia a cargo del registro extenderá, bajo responsabilidad y en forma gratuita, la primera constancia de nacimiento dentro de un plazo que no excederá las veinticuatro horas desde el momento de su inscripción” (artículo 7).
- 14. En la presente demanda, el demandante, Sr. NDZV, ha afirmado que es infértil⁷³ y si figura como padre en el acta de nacimiento de LVZP es debido a la declaración de la Sra. ZPR, quien dio a luz a la menor, al momento de la inscripción de su nacimiento⁷⁴.

⁷³ Cfr. fojas 21.

⁷⁴ Ibid.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

15. Sin embargo, en la referida acta de nacimiento, que obra a fojas 4 del expediente, se puede apreciar que NDZV declara y firma ser padre de LVZP. Por tanto, si NDZV figura como padre de LVZP no es solo por la declaración de ZPR, como se afirma en la presente demanda. Consecuentemente, la paternidad de NDZV sobre LVZP y la veracidad o no de su declaración de paternidad consignada en la referida acta de nacimiento, es un asunto que debe ser legalmente dilucidado y ello no corresponde a esta vía constitucional de amparo sino a la justicia ordinaria.
16. Asimismo, no se debe perder de vista que, el insertar o hacer insertar una declaración falsa en un instrumento público concerniente a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, puede ser constitutivo del delito de falsedad ideológica, tipificado en el artículo 428 del Código Penal.
17. De otro lado, como se ha señalado *supra*, los demandantes pretenden que en esta vía del amparo se les declare formalmente padre y madre de la menor LVZP, efectuándose las respectivas modificaciones en su acta de nacimiento. Respaldan su petición en lo que ellos denominan “voluntad procreacional”, que es “el deseo, la voluntad, la responsabilidad y el compromiso de ser padres”⁷⁵. Es decir, a su juicio, una persona puede cambiar legalmente de padre o madre a sola petición de los demandantes de amparo en virtud de que estos así lo desean por su “voluntad procreacional”.
18. Esta pretensión soslaya que, conforme al marco convencional y legal antes citado, el derecho al nombre y a la identidad de la menor LVZP están protegidos por la ley, por tanto, no están sujetos a meros deseos, como los de los demandantes, por más encomiables que estos puedan considerarse.
19. El Código Civil establece las tres clases de parentesco: consanguíneo, por adopción y por afinidad, aunque este último no es aplicable a este caso, por razones obvias⁷⁶.
20. Los demandantes señalan no tener parentesco consanguíneo con la menor LVZP en razón de su esterilidad.
21. Entonces, la fuente de parentesco a la que tendrían que recurrir los

⁷⁵ Fojas 21.

⁷⁶ Cfr. artículos 236 a 238 del Código Civil.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

demandantes es la adopción, que corresponde ser solicitada a la justicia ordinaria especializada en materia de familia, que deberá resolver conforme al interés superior del niño⁷⁷ como prescribe el artículo 233-A del Código Civil:

“Principios generales de los procesos de familia”

En los procesos en materia de familia se respetan los principios de oralidad, tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, y oficiosidad. En los procesos que involucren derechos de niños y adolescentes, los jueces están obligados a evaluar los hechos y circunstancias desde un punto de vista que priorice la vulnerabilidad de la persona en las etapas de la infancia y la adolescencia garantizando el interés superior y su derecho de participación en todo momento”.

22. Mediante la adopción, los demandantes podrían ver legalmente concretados sus deseos respecto a LVZP.

23. En efecto, “por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante”⁷⁸, y en la nueva partida de nacimiento “se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador”⁷⁹. Asimismo, “el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes”⁸⁰.

24. En la misma línea, el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes prescribe:

“La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”⁸¹.

25. A la justicia ordinaria le corresponderá también pronunciarse, siempre protegiendo el interés superior del niño, sobre otros aspectos legales que presenta el caso de los demandantes⁸².

⁷⁷ Cfr. artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo IX del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

⁷⁸ Artículo 377 del Código Civil.

⁷⁹ Artículo 379, tercer párrafo, del Código Civil.

⁸⁰ Artículo 22, primer párrafo, del Código Civil.

⁸¹ Artículo 115.

⁸² En el Informe de la Relatora Especial Reem Alsalem sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, *Las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción subrogada*, 14 de julio de 2025, p.17 (ubicable en <https://docs.un.org/es/A/80/158>, consultado el 10 de setiembre de 2025) se



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

26. Uno de ellos es la supuesta intención de la Sra. ZPR de no convertirse en madre, expresado en el “Convenio de Útero Subrogado”, según alegan los demandantes.
27. Al respecto, a fojas 8 obra el documento denominado “Acuerdo Privado de Útero Subrogado”, de fecha 8 de febrero de 2015, donde se encuentran las siguientes cláusulas:
 - “SEGUNDO: **No creará vínculo.** [...] **LA COLABORADORA** [Sra. ZPR] entiende y está de acuerdo en que no intentará formar una relación madre-hijo con el niño(a) o niños que pueda haber concebido y llevado a término, debido a que es ajena genéticamente al embrión, siendo **LA PAREJA BENEFICIARIA** [Sra. CRLR y el Sr. NDZV] con quienes se establece lazos de correspondencia genética [sic]”.
 - “OCTAVO: **Partida de Nacimiento.** Un médico colocará el o los embriones en el útero de **LA COLABORADORA** quien al quedar embarazada estará de acuerdo de llevar el o los embriones (o feto/s) hasta la entrega. **LA COLABORADORA**, está de acuerdo en llevar más allá el intento y propósitos de este Acuerdo. Ella entiende que el niño está concibiendo para el solo propósito de entregarlo a **LA PAREJA BENEFICIARIA** y está de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias y otros documentos posteriores luego del subsiguiente nacimiento del niño, y participar voluntariamente en cualquier procedimiento de paternidad necesario para que los nombres de **LA PAREJA BENEFICIARIA** figuren en la partida de nacimiento del niño como los padres naturales o biológicos”.
 - “VIGESIMO PRIMERO: [...] **LA COLABORADORA** se compromete expresamente a entregar al menor a **LA PAREJA BENEFICIARIA** después del alumbramiento”.
28. Dicen los demandantes que ZPR no es madre de LVZP por no ser su

evidencia que, en los casos de gestación subrogada, “el principal requisito que se impone a los progenitores previstos es la capacidad económica de pagar una suma considerable por el procedimiento de reproducción subrogada. Ello plantea riesgos particulares en relación con los niños que nacen de esa forma, como el riesgo de explotación sexual de las niñas, ya que se ha informado de delincuentes sexuales que encargan que se consigan niños para la reproducción subrogada; el riesgo de convertirse en víctima de la trata de personas; y el riesgo de abandono, sobre todo cuando el niño nace con discapacidad. **Los niños nacidos mediante reproducción subrogada también pueden tener conflictos de identidad a largo plazo, que se intensifican si son concebidos a través de la donación de gametos**” (énfasis añadido).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

madre biológica. Sin embargo, “en el derecho internacional de los derechos humanos, se define que una madre es una mujer, en el sentido de su significado ordinario de mujer con capacidad de gestación, que da a luz a un hijo”⁸³.

29. Pero no es a la justicia constitucional sino a la justicia ordinaria especializada en familia a quien corresponde pronunciarse sobre quién es legalmente madre y quién no lo es.
30. Asimismo, a esa justicia ordinaria ataña pronunciarse, en su oportunidad, sobre si esta aparente “renuncia” de la Sra. ZPR a su maternidad – contenida en las cláusulas que venimos de citar – es válida o, en aplicación del artículo del V del Código Civil⁸⁴, resulta nula por contravenir las siguientes normas, que son de orden público:
 - Constitución Política del Perú: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos” (artículo 6, segundo párrafo).
 - Código Civil:
 - “Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. [...]” (artículo 235).
 - “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (artículo 418).
31. Si se determina que el referido acto jurídico celebrado por la Sra. ZPR tuvo un objeto física o jurídicamente imposible (la “renuncia” a su maternidad y entrega de su hijo), este será nulo, conforme al artículo 219, inciso 3, del Código Civil. En tal caso, la nulidad podrá ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público⁸⁵.
32. Otro asunto importante, también para la justicia ordinaria especializada en materia de familia, será determinar si la menor LVZP, que está con los

⁸³ Ibid. p. 4. Cfr. también Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.2.

⁸⁴ “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

⁸⁵ Cfr. artículo 220 del Código Civil.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

demandantes bajo una “tenencia de facto”⁸⁶ –según ellos mismos la denominan–, disfruta del derecho al buen trato reconocido por el artículo 3-A del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes⁸⁷. Esto porque “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”⁸⁸.

33. Tampoco puede soslayarse que los demandantes refieran que, en el presente caso, tanto óvulo y como espermatozoides, fueron proporcionados anónimamente por un banco de gametos. Por tanto, la denominada “COLABORADORA”, a la que los demandantes la reducen a un “útero”, empleado para su “voluntad procreacional”, no es, según los demandantes, la madre genética de la criatura, sino únicamente la madre gestante. También en este punto, los demandantes han violado lo establecido en el artículo 7º de la Ley General de Salud, que expresamente establece que las técnicas de reproducción asistida **solo pueden ser empleadas si la condición de madre gestante y madre genética recae sobre la misma persona**⁸⁹.
34. Además, como ya mencioné en anterior oportunidad⁹⁰, este anonimato vulnera el derecho de todo niño a conocer a sus padres, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño⁹¹ y en el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes⁹², arriba citados.
35. Según dije en aquella ocasión, el derecho del menor a conocer a sus progenitores forma parte de su derecho a la identidad que la Constitución reconoce en su artículo 2, inciso 1.

⁸⁶ Fojas 22.

⁸⁷ **“Derecho al buen trato**

Los niños, niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, tienen derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona”.

⁸⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19. Cfr. también Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.1.

⁸⁹ Ley 26482, Ley General de Salud, artículo 7º: “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” (énfasis añadido).

⁹⁰ Cfr. fundamento de voto en la sentencia recaída en el expediente 00882-2023-PA/TC.

⁹¹ Artículo 7.1.

⁹² Artículo 6.1.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

36. Esto guarda correspondencia con la forma como 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 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.)”⁹³.

37. 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 [...]”⁹⁴.
38. Esa herencia genética, esas raíces que configuran el derecho a la identidad, serán conocidas si la persona conoce a sus padres biológicos o genéticos.
39. Podrán darse razones para mantener el anonimato de la donación de gametos. 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 a través del cual tiene el derecho fundamental de conocer la identidad de ambos progenitores.
40. Como se ha indicado *supra*, los demandantes respaldan su pretensión de que en este amparo se les declare formalmente padres de la menor LVZP, en lo que ellos denominan “voluntad procreacional”, que es “el deseo, la voluntad, la responsabilidad y el compromiso de ser padres”⁹⁵. Es decir, los demandantes buscan el cambio de la identidad de un menor a su sola petición porque así lo desean, al margen del ordenamiento jurídico antes citado, establecido para proteger el derecho fundamental a la identidad del menor. Claramente la pretensión no se enmarca en el contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental, sino más bien se presenta como contraria a él.
41. Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en

⁹³ 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. Énfasis añadido.

⁹⁴ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Lima 2015, p. 116.

⁹⁵ Fojas 21.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

el artículo 2.1 de la Constitución, ya el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho fundamental —referido a la capacidad del individuo de desenvolver su personalidad con plena libertad en ejercicio de su autonomía moral— tiene como límite no afectar “los derechos fundamentales de otros seres humanos”⁹⁶, que, en este caso, es el derecho a la identidad del menor, que viene protegido por la ley conforme el ordenamiento jurídico antes mencionado, que los demandantes intentan soslayar con su demanda.

42. En definitiva, como puede apreciarse, la pretensión de los demandantes es meramente voluntarista, basada en un querer subjetivo y no referida en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, por lo que la demanda es improcedente conforme al artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional.

SOBRE LA REPRODUCCIÓN SUBROGADA

43. La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, en un informe —elaborado luego de una amplia consulta y confrontación de fuentes— presentado en el mes de julio del presente año ante la Asamblea General de ese organismo, denuncia que la reproducción subrogada es un fenómeno que va en aumento en todo el mundo y que ha sido legitimado en algunos países, dando lugar a un “mercado mundial de la reproducción subrogada valorado en 14.950 millones de dólares y se prevé que para 2033 alcanzará los 99.750 millones de dólares. Con frecuencia, las madres sustitutas reciben solo una pequeña fracción de la compensación total, pues la mayor parte del pago va a parar a los intermediarios. Según se informa, las sustitutas han recibido apenas entre el 10 % y el 27,5 % del pago total. En particular, hay incentivos para quienes envíen a una mujer a una agencia de reproducción subrogada”⁹⁷.

44. En el presente caso, en el ya referido “Acuerdo Privado de Útero Subrogado”, firmado entre los demandantes y la denominada “colaboradora”, se lee en la cláusula décimo sexta⁹⁸:

Cuidados y responsabilidades. LA COLABORADORA asume el embarazo de manera humanitaria, libre, informada, consciente, responsable y gratuita. Acepta su

⁹⁶ Sentencia recaída en el expediente 00032-2010-PI/TC, fundamento 22.

⁹⁷ Naciones Unidad-Asamblea General, Informe de la Relatora Especial Reem Alsalem sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, *Las distintas manifestaciones...*, cit., p. 5.

⁹⁸ Cfr. fojas 10.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

compromiso de poner en práctica las indicaciones médicas a fin de procurar un embarazo exitoso, tranquilo y sin exposiciones perjudiciales de cualquier género para el concebido. LA COLABORADORA está de acuerdo en adherirse a las instrucciones dadas por los médicos: no fumar, no tomar bebidas alcohólicas, no usar drogas ilegales, o ingerir medicaciones sin el consentimiento escrito de su médico, entre otros, y seguir un control prenatal adecuado” (énfasis añadido).

45. Sin embargo, este colegiado no ha verificado la libertad con que actuó la mencionada “colaboradora”, ni si en efecto no es madre biológica de la menor LVZP⁹⁹, ni si asumió el embarazo de manera gratuita, ni si realmente “es prima hermana, por el lado materno, de la señora CRLR”, como afirman los demandantes en su recurso de agravio constitucional¹⁰⁰, aspectos que requerirían de la actuación diversas pruebas, lo cual es ajeno al proceso de amparo.
46. Inclusive, en el supuesto de que la madre gestante hubiese actuado con fines altruistas, eso no puede llevar a concluir que no se ha vejado su dignidad, al ser considerada únicamente como una simple “colaboradora”, reducida a un órgano reproductivo (su útero). Por eso, cuando a las personas que han aceptado este tipo de acuerdos, “se las describe como “proveedoras de servicios” y no como madres da la impresión de que la existencia de un contrato podría justificar que se pusieran en peligro su dignidad y su bienestar” (énfasis añadido)¹⁰¹.
47. Asimismo, las limitaciones pactadas en el acuerdo, afectan la vida íntima o privada de la “colaboradora” de tal modo que constituyen una forma de trabajo semejante al de la esclavitud, con el agravante de que “la reproducción subrogada implica el uso directo y con fines de explotación de las funciones corporales y reproductivas de una mujer en beneficio de otras personas, lo que a menudo se traduce en daños duraderos y en circunstancias de explotación”¹⁰². Esas circunstancias se aprecian en el contrato firmado porque las exigencias abarcan toda la vida personal de la mencionada “colaboradora”.
48. En el Informe mencionado *supra*, se deja constancia de que los “arreglos de reproducción subrogada sitúan esta práctica fuera del ámbito de la libertad contractual”¹⁰³. Esa falta de libertad no puede ser analizada solo

⁹⁹ En el expediente solo obra la prueba de parte presentada por los demandantes de que ZPR no es madre biológica de LVZP (cfr. fojas 14).

¹⁰⁰ Fojas 262.

¹⁰¹ Naciones Unidas-Asamblea General, Informe de la Relatora Especial Reem Alsalem sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, *Las distintas manifestaciones...*, cit., p. 7.

¹⁰² Ibid. p.10.

¹⁰³ Ibid. p. 12.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

desde el punto de vista subjetivo (el libre consentimiento): exige un análisis objetivo, ya que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado conforme a nuestra Constitución¹⁰⁴. Para preservar esa dignidad, un principio protector vigente en nuestro ordenamiento es la indisponibilidad de los derechos fundamentales y la consiguiente nulidad del pacto que lo contenga. De allí que, por ejemplo, pactar ser esclavo de otra persona o vender los propios órganos, no tenga eficacia jurídica¹⁰⁵.

49. Los condicionamientos sobre la conducta de la madre establecidos en el acuerdo de “útero subrogado”, que consta en el expediente, pone a la madre en una situación que permite a la pareja beneficiaria hacer uso de todas o algunas de las facultades del derecho de propiedad, ya sea directamente o a través de los médicos que ellos decidan. Ese uso sobre el cuerpo de la mujer les permite exigir un régimen de vida y alimentación específicos e, inclusive, de considerarlo necesario, someterla a un aborto¹⁰⁶. En este contexto resulta evidente que el acuerdo que han presentado los demandantes contiene limitaciones a los derechos fundamentales que no son compatibles con el respeto debido a la dignidad del ser humano. Y constituye una cosificación de la mujer, que no es posible admitir.
50. Si bien, estamos ante un caso concreto, el reconocimiento de la filiación en este proceso equivale a constitucionalizar un inexistente derecho de “voluntad procreacional”, como le llaman los demandantes. Además, ha quedado evidenciado que estas prácticas llevan a esas madres (impropriamente denominadas sustitutas) a quedar “atrapadas en una dinámica de poder desigual con médicos y el personal de las agencias, y han descrito una situación en que se sienten impotentes y son tratadas “como una vaca”. Muchas carecen de acceso a un asesoramiento y representación legales de carácter independiente [...]”¹⁰⁷. En este contexto el lenguaje empleado en el “Acuerdo Privado” existente en el expediente, desvaloriza no sólo a la mujer, sino a la maternidad, por tanto, es fundamental que los jueces actúen para proscribir la discriminación por

¹⁰⁴ Constitución Política del Perú, artículo 1º.

¹⁰⁵ Cfr. artículo 5 del Código Civil.

¹⁰⁶ Cfr. Cláusula décimo quinta del “Acuerdo Privado”, a fojas 10. Teniendo en cuenta que se trata de un negocio lucrativo para las clínicas y médicos que intervienen, la experiencia en otros países muestra que se recurre al aborto por razones eugenésicas, denominándolo “terapéutico”. Esta es una práctica común en estos contratos, cfr. Informe de la Relatora Especial Reem Alsalem sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, *Las distintas manifestaciones...*, cit., p. 16.

¹⁰⁷ Informe de la Relatora Especial Reem Alsalem sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, *Las distintas manifestaciones...*, cit. p. 11.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

razón de género que entraña la gestación subrogada.

51. Por otro lado, no puede silenciarse que en el presente proceso de reproducción asistida tiene que haber intervenido al menos un equipo de médicos y un centro médico, que han violado normas de orden público, como son las relativas a garantizar la identidad de los niños, que es un derecho fundamental, tal como he explicado *supra*. El deber constitucional de proteger al concebido exige respetar su derecho a conocer sus orígenes, no sólo por motivos psicológicos y emocionales, sino por razones relacionadas con el historial médico de la familia, ya que los datos que aportan las agencias o las clínicas no pueden ser verificables pues son tratos informales, contrarios al ordenamiento jurídico. Por tanto, corresponde al Congreso regular las sanciones de tipo administrativo y/o penal, cuando se incumpla con lo establecido en el artículo 7° de la Ley General de Salud y lo referido a la identidad de los niños, que podría vulnerarse, inclusive, cuando la madre genética y la gestante recaen en la misma persona.
52. Por último, debido a que la presente demanda corresponde a una de reproducción subrogada, que es incompatible con nuestro ordenamiento constitucional, por los argumentos expuestos, considero preciso recordar algunas de las conclusiones y recomendaciones presentadas en las Naciones Unidas por la ya citada Relatora Especial:

“69. La práctica de la reproducción subrogada se caracteriza por la explotación de las mujeres y los niños, incluidas las niñas, y la violencia contra ellos. Asimismo, refuerza las normas patriarcales al mercantilizar y cosificar el cuerpo de las mujeres y exponer a las madres sustitutas y los niños a graves violaciones de los derechos humanos.

70. Teniendo en cuenta lo anterior, la Relatora Especial recomienda que los Estados Miembros y otras partes interesadas pertinentes tomen las siguientes medidas:

- a) A escala internacional, avanzar hacia la erradicación de la reproducción subrogada en todas sus formas. A la espera de su abolición, los Estados deben emprender acciones para prevenir que siga causándose daño y fortalecer la protección de los derechos de las mujeres y los niños que participan en arreglos de reproducción subrogada;
- b) Trabajar con miras a aprobar un instrumento internacional jurídicamente vinculante que prohíba todas las formas de reproducción subrogada;
- c) Aprobar un marco jurídico y de políticas para la reproducción subrogada que siga el modelo nórdico relativo a la prostitución e



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

incluya pilares destinados a sancionar a los compradores, las clínicas y las agencias para acabar con la demanda de reproducción subrogada; despenalizar a las madres sustitutas; ofrecer estrategias que ayuden a salir a las madres sustitutas, las agencias de reproducción subrogada y otros intermediarios que facilitan los arreglos de reproducción subrogada y se benefician de ellos; y realizar campañas de información sobre los daños inherentes a la práctica y la ilegalidad de encargar y facilitar los arreglos pertinentes. En consecuencia, debe prohibirse la publicidad de servicios y agencias de reproducción subrogada;

- d) Fortalecer la cooperación internacional para detectar, prevenir y encarar las violaciones y abusos conexos de los derechos humanos, como la trata de mujeres y niños;
- e) Garantizar que los órganos y mecanismos pertinentes comprendidos en el sistema de derechos humanos, incluidos los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y los procedimientos especiales, así como los órganos y mecanismos regionales, den respuesta a las formas interseccionales conexas de abuso y explotación que abarca la reproducción subrogada;

[...]

- g) Oponerse al reconocimiento de los arreglos de reproducción subrogada, incluidos los acordados en el extranjero, en que se confiere la filiación legal a personas que no tienen vinculación genética con el niño, además de velar por que se dé prioridad a las decisiones relativas a establecer relaciones parentales. Mientras tanto, tratar a los niños nacidos por medio de reproducción subrogada que son abandonados por su madre gestante como menores no acompañados para que sean acogidos en modalidades alternativas de cuidado en espera de la adopción, dando prioridad a las soluciones familiares. Podría favorecerse que la pareja del padre biológico adoptara al niño nacido mediante reproducción subrogada si se considera que ello salvaguarda su interés superior, con lo cual se evitaría normalizar esa forma de reproducción y se mantendría la filiación original;

[...]

- i) Establecer mecanismos de justicia eficaces, que incluyan el resarcimiento y reparaciones para las mujeres y los niños que hayan sufrido daños a través de arreglos de reproducción subrogada, tales como asistencia jurídica gratuita o de bajo costo, apoyo psicosocial y asistencia económica, por ejemplo, para las sustitutas que opten por quedarse con el niño después del nacimiento;
- j) Cerciorarse de que el interés superior del menor sea la consideración primordial en todas las decisiones relacionadas con la filiación y el cuidado;
- k) Exigir que toda transferencia de los derechos parentales de la madre



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

gestante se realice solo a través de procesos judiciales de adopción que incluyan un examen de idoneidad parental, equivalente al de los procedimientos normales de adopción;

[...]

- o) **Velar por que todos los actores pertinentes cumplan sus obligaciones positivas de prevenir, vigilar y sancionar todas las violaciones y los abusos de los derechos humanos relacionados con la reproducción subrogada”.**
- p) **Exigir responsabilidades a las agencias de reproducción subrogada, los intermediarios y otras personas que se benefician de los arreglos de reproducción subrogada o los facilitan, entre otras cosas por medio de sanciones penales y decomisos de activos;**
- q) **Impartir capacitación a jueces y abogados sobre un enfoque basado en los derechos humanos para los litigios sobre reproducción subrogada”¹⁰⁸.**

Por estas consideraciones, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.
2. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que legisle sobre las sanciones administrativas y/o penales cuando se incumpla con lo establecido en el artículo 7 ° de la Ley General de Salud, así como lo referido a la protección del derecho la identidad de los niños, en particular su derecho a conocer a sus padres, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7.1) y al Nuevo Código de los Niños y Adolescentes (artículo 6.1).

S.

PACHECO ZERGA

¹⁰⁸ Ibid., pp. 24-26 (la negrilla está en el original; subrayado añadido).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto singular por los siguientes argumentos que paso a exponer:

Delimitación del petitorio

1. La cuestión litigiosa radica en determinar cuál debe ser el apellido materno con el que LV debe ser inscrita, porque el Reniec se negó a inscribirla como hija de CRLR, tras entender que, en virtud de la presunción *mater semper certa est*, la filiación maternal únicamente se determina por el alumbramiento; consecuentemente, solo permitió que ella sea inscrita como hija de doña ZPR, pese a que expresamente se le hizo saber que esa menor nació mediante gestación subrogada parcial o gestacional, por lo que objetivamente esa presunción no debió serle aplicada.
2. Así pues, y tal como ha sido planteada la demanda, en principio, el problema se origina en que, al normar la filiación, el Código Civil —de 1984— no ha contemplado cómo atribuir la filiación materna a los nacidos mediante gestación subrogada parcial o gestacional cuyo origen genético se desconoce, porque este tipo de prácticas no eran usuales en aquel momento.
3. Precisamente por ello, la dilucidación de la *litis* presupone evaluar si, a la luz del contenido material y axiológico de la Constitución —cuya vinculatoriedad se encuentra fuera de discusión debido a su carácter normativo—, corresponde amparar el pedido de los demandantes.

Análisis del caso

4. En anterior pronunciamiento¹⁰⁹, este Tribunal ha señalado que el acto de inscripción de un menor de edad es diferente del acto de su reconocimiento, dado que el primero tutela el derecho al nombre, incluso el derecho a la nacionalidad, mientras que el segundo tutela el derecho de filiación.
5. En el presente caso, de los actuados se aprecia que la menor favorecida cuenta con un apellido paterno. Por otro lado, también se aprecia que la menor tiene un apellido materno.

¹⁰⁹ Cfr. Segundo párrafo del fundamento 54 de la sentencia recaída en el Expediente 00882-2023-PA/TC.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

6. Por tanto, es claro que no existe una negativa con relación al registro de los apellidos de la menor favorecida, porque, legalmente, tiene ambos (materno y paterno), hecho que le permitiría acceder a la emisión del respectivo documento nacional de identidad (DNI) para poder identificarse individualmente ante las autoridades nacionales y extranjeras.
7. Sin embargo, el problema que plantean los demandantes es la negativa de registrar a CRLR como madre de la menor en sus documentos de identidad, pues se alega que la menor favorecida debe ser reconocida como su hija en virtud de que la menor nació mediante gestación subrogada parcial o gestacional.
8. En tal sentido, **no se encuentra en juego el derecho a la identidad de la menor, pues tiene sus apellidos completos**. Así pues, se evidencia el cuestionamiento de la recurrente acerca del registro de quien aparece como madre en el documento de nacimiento de la menor favorecida.
9. A consideración de los recurrentes, tal registro resultaría erróneo, pues, según el acuerdo privado de útero subrogado, del 8 de febrero de 2015¹¹⁰, doña CRLR y su esposo —don NDZV— son los responsables de haberla concebido mediante gestación subrogada parcial o gestacional.
10. Dicha afirmación, basada solo en un acuerdo privado, en principio, no evidencia, por sí misma, un accionar contrario del Reniec respecto de los intereses y derechos de la menor favorecida, pues la condición de madre biológica de un ser humano no parte de declaraciones efectuadas en documentos escritos por partes contratantes, sino en el acto mismo de la procreación de un nuevo ser humano que implica la existencia de un embrión con gametos maternos y paternos —provenientes de sus progenitores—, razón por la cual tales documentos solo pueden ser valorados en la medida en que lo que declaran se encuentre debidamente corroborado por otros medios de prueba que evidencien la maternidad que alega la demandante.

La maternidad subrogada está prohibida en el ordenamiento jurídico peruano

La prohibición del artículo 7 de la Ley N.º 26842

¹¹⁰ Cfr. Fojas 8.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

11. 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.

12. Lo descrito en el artículo citado se condice con el principio de Derecho Romano –ilustrado por la declaración del jurista Paulo en el Digesto,– “*mater semper certa est*” (“la madre siempre es conocida”)¹¹¹, bajo el cual el estado de gestación y el parto de la mujer llevan a la certeza de la maternidad. Según Gruenbaum¹¹², este principio ha sido recogido en diferentes sistemas jurídicos, como Argentina, Austria, Chile, Alemania, Países Bajos, Portugal, España, Suiza, el Reino Unido, entre otros¹¹³.
13. De otro lado, en cuanto a las normas permisivas, Guastini¹¹⁴ señala que 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”. Por tanto, la norma citada permite recurrir a los tratamientos de infertilidad, si solo si la madre genética o progenitora biológica gesta el embrión al que ha aportado sus propios gametos. Esta permisión contiene la prohibición de que, mediante las técnicas de reproducción asistida, la madre genética y la madre gestante sean personas distintas.
14. Ahora bien, dicha prohibición no abarca la práctica de la maternidad subrogada en general. Esto, en tanto se realiza una distinción según exista, o no, coincidencia entre la madre genética y la madre gestante. Así, de acuerdo con lo expuesto por el Comité de Ética de la Sociedad

¹¹¹ Libro IV, 2.4.5.

¹¹² Gruenbaum, D. (2012). Foreign Surrogate Motherhood: *mater semper certa erat*. *The American Journal of Comparative Law*, 60(2), 475– 505.
<https://doi.org/10.5131/AJCL.2011.0010>. (p.476).

¹¹³ Traducción propia

¹¹⁴ Guastini, R. (2017). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Legales Ediciones. (p. 57).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

Estadounidense de Medicina Reproductiva, se distinguen dos modalidades para la maternidad subrogada¹¹⁵.

- Subrogación gestacional: la mujer que gesta al bebé no tiene relación genética con el niño, ya que se emplea fecundación *in vitro* utilizando gametos de terceros.
 - Subrogación tradicional: la mujer que gesta al bebé provee su propio material biológico para la concepción.
15. De acuerdo a lo señalado, cabe determinar cuáles son las situaciones que se encuentran prohibidas de conformidad al sentido deontológico del artículo 7 de la Ley General de Salud. De la literalidad de la norma, es plausible afirmar que se encuentra prohibida la técnica de reproducción asistida en la cual la madre genética no coincide con la madre gestante, es decir, se encuentra prohibida la subrogación gestacional.
16. Por lo tanto, los centros de salud públicos y privados se encuentran prohibidos de brindar tratamientos de infertilidad bajo la modalidad descrita de maternidad subrogada sin vínculo genético entre la madre gestante y el niño. En ese sentido, cualquier contrato celebrado respecto a la modalidad descrita carece de validez.
17. Así entonces, se determina que nuestro ordenamiento jurídico contempla una prohibición expresa respecto a la maternidad subrogada gestacional. Sin embargo, es de notar que no se prevé una consecuencia ante el incumplimiento a dicha prohibición.
18. En adición a lo desarrollado, se advierte que si bien de la literalidad del artículo 7 no se colige una prohibición a la modalidad de maternidad subrogada según la cual existe identidad entre la madre genética y la gestante, es necesario interpretar tal disposición en clave constitucional. En tal sentido, concluyo que el contrato de maternidad subrogada **en cualquiera de sus modalidades** es nulo al ser contrario al orden público y las buenas costumbres, como se desarrollará en las líneas siguientes.

¹¹⁵ Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. (2018). Consideration of the gestational carrier: an Ethics Committee opinion. *Fertility and Sterility*, 110(6), 1017 – 1021. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2018.08.029> (p. 1017).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

La maternidad subrogada es contraria al orden público y las buenas costumbres

19. Además de la prohibición referida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, cabe precisar que la maternidad subrogada también contraviene el artículo 2, inciso 14, de la Constitución:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, **siempre que no se contravengan leyes de orden público.**

20. Asimismo, vulnera el artículo V del Título Preliminar del Código Civil:

Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico

Artículo V.- Es **nulo el acto jurídico contrario** a las leyes que interesan **al orden público o a las buenas costumbres.**

21. De igual forma, contraviene los artículos 6 y 140, incisos 2 y 3, del mismo Código:

Artículo 6.- **Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos** cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o **cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.** Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

(...)

Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2. **Objeto físico y jurídicamente posible.**
3. **Fin lícito.**
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

22. A nivel conceptual, Domínguez Martínez señala que **el orden público** hace referencia al conjunto de principios, normas y disposiciones legales



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

que sostienen el sistema jurídico, con el propósito de proteger los bienes y valores que deben ser resguardados, dado que están relacionados con los intereses colectivos de la sociedad¹¹⁶. En esa línea, Vidal Ramírez menciona que el orden público limita la autonomía de la voluntad, permitiendo su validez en relaciones jurídicas solo si no contradice las normas del Derecho Objetivo que buscan garantizar la convivencia pacífica¹¹⁷.

23. Por otra parte, Marcial Rubio destaca que **las buenas costumbres** se ubican en el complejo ámbito de las interacciones entre el Derecho y la moral, siendo una expresión del orden público y distinguiéndose por su vínculo con la conciencia moral social de un tiempo y lugar determinados¹¹⁸. Con más detalle, el autor señala que “la expresión buena costumbre, requiere tres calificaciones: que sea una costumbre jurídica; que pueda ser calificada como buena; y, además, que el acto jurídico materia de análisis sea contrario a tal buena costumbre jurídica”¹¹⁹.
24. En concreto, Zannoni¹²⁰ precisa que el acuerdo de maternidad subrogada se considera inmoral y contrario a las buenas costumbres por lo que se declara nulo, ya que reduce a la persona humana a un objeto de comercio, tratándola como un objeto de Derecho en lugar de un sujeto del mismo. En la misma línea, De la Fuente-Hontañón¹²¹ sostiene que la maternidad subrogada “se trata de un hecho que afecta al orden público, a la moral, a las buenas costumbres, conforme al artículo V del Título preliminar del Código civil, con inspiración en el principio romano *mater semper certa est*”.
25. Como se puede notar, una de las principales objeciones a la práctica de la maternidad subrogada se centra en la deshumanización de la persona, sea la madre o el niño, al convertirlos en objetos de comercio. Esto los desvincula de su derecho fundamental a la dignidad humana, y los expone a potenciales situaciones de riesgo.

¹¹⁶ Domínguez Martínez, J. (2009). Orden público y autonomía de la voluntad. En J. Sánchez Barroso (Coord.), *Cien años de derecho civil en México 1910-2010*. (p. 83).

¹¹⁷ Vidal Ramírez, F. (1999). *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. (p. 60).

¹¹⁸ Rubio Correa, M. (2007). *Título Preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (p. 105).

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 101.

¹²⁰ Zannoni, E. (1978). Inseminación artificial y fecundación extrauterina: proyecciones jurídicas. Astrea. (p. 111).

¹²¹ De la Fuente-Hontañón, R. (2017). La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? implicancias jurídicas y éticas. *Gaceta civil & procesal civil registral/notarial*, 48, 37-52. (p. 8).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

26. En efecto, el informe A/HRC/37/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹²² destaca la abundante documentación sobre las prácticas abusivas asociadas a la gestación subrogada, como la explotación de las madres subrogadas, la trata de personas, el abandono de recién nacidos con discapacidades, así como el abandono o la venta de recién nacidos 'sobrantes' [sic]¹²³, entre otras formas de abuso. En ese sentido, parte de las recomendaciones realizadas por la Relatora Especial producto de dicho informe señalan lo siguiente:

A nivel nacional

77. La Relatora Especial invita a todos los Estados a que:

(...)

c) Crean 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) Crean 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.

27. A partir de lo mencionado, se evidencia que la prohibición de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida responde a la problemática descrita respecto a la objetivación de la persona y, en esa medida, al riesgo al que se expone tanto a la madre gestante como al niño.

¹²² A/HRC/37/60, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. (2018, 15 de enero). Disponible en https://digitallibrary.un.org/record/1473378/files/A_HRC_37_60-ES.pdf

¹²³ *Ibid.*, párrafo 29.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

28. Así entonces, a partir de lo desarrollado hasta el momento, se tiene que, en el Perú, la maternidad subrogada y los contratos o acuerdos por los cuales se pacten sus condiciones y la filiación de los padres, carecen de validez. Esto tanto para la modalidad de maternidad subrogada gestacional como para la modalidad tradicional, sea comercial o gratuita. Por lo tanto, en el Perú, los contratos de maternidad subrogada, sea cual sea la modalidad utilizada, son nulos.
29. Cabe precisar que no ignoro que, en los hechos, se recurra a la maternidad subrogada pese a estar prohibida y que producto de ello nazca un menor que se ubica en una situación de incertidumbre respecto de sus derechos. No obstante, ello no supone de ninguna manera el reconocimiento automático de algún interés de los padres de intención. Por lo tanto, frente a dicha situación, será necesario que estos inicien un proceso judicial con amplia estancia probatoria en donde, caso por caso, la judicatura analice (1) si existe prueba científica fehaciente que demuestre el vínculo genético (ADN) y (2) si es que existe un vínculo familiar de facto entre la menor y los padres de intención. Para el reconocimiento judicial de paternidad en estos casos, será necesario el cumplimiento copulativo de los dos requisitos.

Los riesgos médicos de la maternidad subrogada

30. De acuerdo con Jouve de la Barreda, la epigenética consiste en “el estudio de la expresión de los genes bajo el influjo de factores externos que determinan modificaciones químicas o estructurales de los genes o regiones del genoma sin afectar a la composición de bases de su ADN”¹²⁴.
31. Ahora bien, en relación con la práctica de la maternidad subrogada, resulta destacable, como señala García San José, que “no se ha considerado la epigenética al hablar del interés superior del menor en el contexto de la gestación por sustitución”¹²⁵. En ese sentido, cobra relevancia lo señalado por la literatura académica respecto a las consecuencias epigenéticas que la maternidad subrogada puede tener sobre los menores por nacer.

¹²⁴ Jouve de la Barreda, N. (2023). La epigenética transgeneracional y sus implicaciones bioéticas. *Cuadernos de Bioética*. 34(111), 233-249. (p. 234).

¹²⁵ García San José, D. (2017). Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. (XVII), 329-368. (p. 363). <https://idus.us.es/items/859895a9-8923-413e-814c-f5612d923514>



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

32. En este marco, García San José advierte que “es sin duda la influencia materna la principal causa de epimutaciones en la gestación por sustitución a través de dos vías: la dieta y el estrés psicológico de la madre biológica (la mujer gestante)”¹²⁶. Asimismo, Martínez Picabea de Giorgiutti señala que, en relación con las modificaciones epigenéticas en la etapa prenatal, “la responsabilidad de la madre subrogante, y del consiguiente ambiente de subrogación, no se limita a la entrega del hijo recién nacido. Los efectos epigenéticos intrauterinos pueden ser de manifestación tardía y eventualmente transmisibles genealógicamente”¹²⁷.
33. Por estas consideraciones, advierto que como la gestación subrogada puede presentar consecuencias médicas para el menor por nacer derivadas de la condición de la madre gestacional a través de la dieta, estrés, consumo de sustancias, entre otros factores, resulta necesario aplicar el principio de previsión de consecuencias a efectos de restringir la utilización de esta práctica en el territorio de la república.

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

34. En atención al tema abordado en el presente proceso de amparo, resulta pertinente tener en consideración lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política, el cual consagra la protección de la familia en los siguientes términos:

Protección a la familia. Promoción del matrimonio

Artículo 4.- 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. (...)

35. En relación con ello, resulta relevante destacar lo señalado por Häberle¹²⁸, quien sostiene que:

La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas.

¹²⁶ *Ibid*, p. 348.

¹²⁷ Martínez Picabea de Giorgiutti, E. (2018). Epigenética: riesgos potenciales en gestación subrogada. (p. 39). [https://www.anemyp.org.ar/user/2-%20GIORGIUTTI%20\(1\).pdf](https://www.anemyp.org.ar/user/2-%20GIORGIUTTI%20(1).pdf)

¹²⁸ Häberle, P. (2002). La Constitución como cultura. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (6), 177-198. (p. 194).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

36. Siguiendo esa línea, la Constitución debe interpretarse no solo desde una perspectiva meramente normativa, sino también en función de su contenido sociocultural. Por lo tanto, la protección de la familia, tal como se configura en el texto constitucional, debe evaluarse a la luz de su rol histórico y cultural en la realidad peruana.
37. Para entender el fundamento del artículo 4 de la Constitución, resulta útil revisar el Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático, donde los constituyentes explicaron los principios que orientaron su redacción:

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 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 protegida¹²⁹.

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"¹³⁰.

38. De lo anterior se desprende que los constituyentes definieron como "institución natural" a un modelo de familia fundado en el vínculo matrimonial, sin perjuicio del reconocimiento de otras formas familiares, como las uniones de hecho.
39. Esta noción de "institución natural" es parte del concepto constitucional como modelo cultural. Para delimitar su contenido se tiene lo expuesto por De la Fuente-Hontañón¹³¹, en tanto señala que 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".

¹²⁹ Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional Pleno – 1993. Tomo I. p. 353. Disponible en:

<https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/PlenoCCD/Tomocompleso93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf>

¹³⁰ Ibid. (p.373)

¹³¹ 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 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

40. Desde esta perspectiva, la práctica de la gestación subrogada plantea cuestionamientos relevantes en torno al modelo de familia constitucionalmente protegido y la altera de forma tal que la distorsiona de su diseño institucional. Como sostiene la misma autora, esta práctica “ha generado que un mismo niño pueda tener tres madres distintas: la que da los óvulos (madre genética); la que gesta el embarazo (madre biológica) y la que registra al niño (madre legal)”¹³².
41. Por lo tanto, puede afirmarse que la maternidad subrogada supone una alteración significativa del modelo cultural de familia, tal como ha sido concebido en la Constitución y, de esta manera, transgrede el mandato de protección que le corresponde, y que se encuentra previsto en su artículo 4.

La regulación de la maternidad subrogada: legislación comparada

42. La maternidad subrogada es un tema complejo en cuanto a sus implicancias fácticas como éticas. Por lo tanto, es menester brindar un panorama más amplio sobre su regulación en otros países. Como punto de partida, se tiene el informe A/HRC/37/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas referido anteriormente. A partir de este documento se advierte que el tratamiento normativo por el que se rige la maternidad subrogada varía considerablemente, oscilando entre la prohibición absoluta, la autorización estrictamente regulada o la inexistencia de regulación al respecto.
43. Entre los países con una legislación prohibicionista sobre la maternidad subrogada, destacan los casos de Francia y Alemania. Por un lado, de acuerdo con Courduriès¹³³, en Francia se prohíbe dicha práctica desde que el Tribunal de Casación la condenó alegando que "sólo las mercancías pueden ser objeto de contratos" (n.º 90-20105), y decidió que "todo contrato relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de un tercero es nulo" (artículo 16.7 del Código Civil francés). Por otro lado, según lo señalado en el Informe de la Comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva¹³⁴, en Alemania la prohibición de

¹³² De la Fuente-Hontañón, R. (2017). La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? implicancias jurídicas y éticas. *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 48, 37-52. (p. 7).

¹³³ Courduriès, J. (2018). At the nation's doorstep: the fate of children in France born via surrogacy. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 7, 47-54.

<https://doi.org/10.1016/j.rbms.2018.11.003>.

¹³⁴ Comisión de Autodeterminación Reproductiva y Medicina Reproductiva. (2024). *Informe de la Comisión de Autodeterminación Reproductiva y Medicina Reproductiva*. Disponible en



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

la maternidad subrogada se encuentra establecida en la Ley 745/90, “Ley de Protección del embrión”, mediante el cual se castiga con pena privativa de libertad o pecuniaria a quien, entre otros supuestos, “practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento”. Dicha prohibición obedece a lo dispuesto en la sección 1591 del Código Civil alemán en tanto señala que “la madre de un niño es la mujer que lo dio a luz”.

44. En lo que respecta a las jurisdicciones que han establecido normativas específicas para regular la maternidad, tales como Australia, Grecia, Nueva Zelanda, el Reino Unido y Sudáfrica¹³⁵, se observa una distinción importante en el tratamiento previsto para la maternidad subrogada altruista y la remunerada o comercial. Esta diferenciación se basa, como es de suponer, en la presencia o ausencia del carácter patrimonial en la práctica de la maternidad subrogada. En ese sentido, en los países listados se permite la práctica descrita solo en su modalidad altruista y de acuerdo con diversos parámetros que llegan a limitar su acceso.
45. A manera de ejemplo, se tienen los casos de Reino Unido y Nueva Zelanda. En el Reino Unido, se prohíbe la publicidad de la gestación subrogada tanto por parte de individuos como de empresas comerciales, asimismo, se prohíbe a terceros la comercialización de la negociación de acuerdos de gestación subrogada¹³⁶. Por su lado, la legislación de Nueva Zelanda no concede ningún derecho automático a los futuros padres de un niño nacido mediante este procedimiento. Al momento del nacimiento, la madre gestante es considerada madre legal del niño¹³⁷, y se debe llevar a cabo un proceso de adopción formal para que los padres previstos obtengan la titularidad legal¹³⁸.
46. Entonces, se puede notar que en los países donde la maternidad subrogada se encuentra expresamente prohibida, las consecuencias por

https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/2024_Bericht_Kom_218_StGB.pdf?__blob=publicationFile&v=7. (p. 351).

¹³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. (2018). A/HRC/37/60, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. (p. 5).

¹³⁶ Ley de 1985 sobre acuerdos de gestación subrogada. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>. (Artículo 2 y 3).

¹³⁷ Status of Children Act 1969. (1969). Disponible en <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1969/0018/latest/whole.html#DLM391081> (Artículo 17).

¹³⁸ Improving Arrangements for Surrogacy Bill. (2021). Disponible en <https://www.legislation.govt.nz/bill/member/2021/0072/latest/whole.html>. (p. 1).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

recurrir a esta práctica pueden implicar hasta la pena privativa de libertad. Mientras que, en las jurisdicciones en las cuales se permite esta técnica de reproducción asistida, la solución comúnmente adoptada ha sido la de prohibir la maternidad subrogada comercial y permitir la altruista. Aunque, incluso, ante la posibilidad otorgada respecto a esta última modalidad, se advierte que cada país establece estrictas condiciones que limitan el acceso a este procedimiento de reproducción asistida.

Línea jurisprudencial comparada

47. Aunado a ello, resulta importante mencionar que, respecto a los casos sobre maternidad subrogada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en reciente jurisprudencia, sigue una línea según la cual se valida la actuación de los Estados que prohíben recurrir a la maternidad subrogada con base en la defensa del orden público y el resguardo del bienestar tanto de la madre gestante como del menor.
- Casos *Mennesson v. Francia*¹³⁹ (2014) y caso *Labassee v. Francia*¹⁴⁰ (2014): En ambos casos, se trataba de parejas francesas que, debido a la prohibición de la maternidad subrogada en su país, recurrieron a dos estados de EE. UU. donde esta práctica es legal (California y Minnesota, respectivamente). En ambos casos, los maridos proporcionaron material genético y el óvulo fue donado, por lo que sí existía vínculo biológico con al menos uno de los padres intencionales, hecho que es recalculado por el Tribunal. Así, sin desconocer que cada Estado puede regular la maternidad subrogada según lo considere oportuno, el TEDH consideró que prevalece el interés superior del niño. Se determinó que negar la filiación de los menores solo por haber nacido mediante maternidad subrogada, ignorando la paternidad biológica en ambos casos, constituyó un exceso en la valoración llevada a cabo por las autoridades francesas.

- *Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia*¹⁴¹ (2017): Una pareja italiana recurrió a la reproducción asistida por maternidad subrogada por medio de una clínica en Rusia. La intención de los demandantes era que el niño tenga vínculo genético con uno de los peticionantes (el padre de intención). Sin embargo, contrario a lo previsto, resultó que el niño no tenía lazo

¹³⁹ *Mennesson v. Francia*. Sentencia de 26 de junio de 2014

¹⁴⁰ *Labassee v. France*. Sentencia de 26 de junio de 2014

¹⁴¹ *Caso Paradiso y Campanelli v. Italia*. Sentencia de 24 de enero de 2017.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

genético con ninguno por lo que el registro en dicho país fue considerado como fraudulento por las autoridades nacionales. En ese sentido, se creó un conflicto en territorio italiano y, en aplicación de su derecho interno, se determinó que, al no existir vínculo genético entre los accionantes y el niño y tratarse de un certificado fraudulento, el menor se encontraba en un estado de abandono, lo que conllevó a que sea puesto en acogimiento familiar y, finalmente, dado en adopción. A partir de ello, la sentencia del TEDH estableció que el Estado italiano no violó el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ya que los intereses públicos implicados en su decisión eran de gran importancia, mientras que el interés de los solicitantes tenía una relevancia secundaria.

- Caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Islandia*¹⁴² (2021): En esencia, los hechos son similares a los expuestos en *Paradiso y Campanelli vs. Italia* pues, en este caso, tampoco hubo vínculo genético entre los padres de intención -en este caso, dos mujeres- y el niño. Las dos mujeres recurrieron a la maternidad subrogada transfronteriza ante la prohibición de esta práctica en su país de origen. En esa medida, surgió el conflicto con el Registro Islandés pues, dados los hechos, la normativa sobre paternidad no sería aplicable a su caso. Al respecto, el TEDH determinó que la prohibición de este tipo de práctica de reproducción asistida en el Estado islandés y, por ello, la consecuente negativa al reconocimiento de las solicitantes como madres del menor contaba con una justificación válida. Dado el lapso de tiempo compartido entre ellas y el menor se determinó que existía vida familiar por lo que se otorgó acogimiento familiar permanente a las solicitantes, pero se negó el reconocimiento legal de la maternidad. La fundamentación reside en la ponderación entre el respeto de la vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger con la prohibición de la gestación subrogada.

48. En suma, se advierte que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no proscribe la posibilidad de que los países europeos prohíban la maternidad subrogada. Por el contrario, les otorga expresamente un amplio margen de apreciación nacional. Asimismo, se advierte que este valida limitaciones a la gestación subrogada.

¹⁴² Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Islandia. Sentencia de 18 de mayo de 2021.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

49. En esa línea, tanto en el caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* como en el caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Islandia*, se determinó que la prohibición establecida en ambos países respecto a la práctica de la maternidad subrogada, y la subsecuente negativa del reconocimiento de la filiación, obedeció a la protección del interés público basado en el resguardo a las mujeres y los niños de potenciales daños derivados de prácticas como la maternidad subrogada.

Sobre la dignidad humana como derecho y principio

50. Sobre la dignidad humana en tanto derecho y principio, este Tribunal deja claro lo siguiente:

Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1 queda manifiesta tal orientación al reconocerse que ‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3, que dispone que ‘La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...’).

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanan todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que ‘(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...’), el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que ‘(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables’, sino que ‘(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana’.

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho Constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como ‘(...) un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover’ [STC n.º 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva].

De allí que la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico y por la individualización respecto del rol de



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales” (...)¹⁴³.

51. Siendo ello así, resulta evidente que la dignidad, en tanto derecho y principio, es la base del reconocimiento de todos los derechos atribuibles al ser humano. De ahí que también se haya dicho lo siguiente:

(...) La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

El doble carácter de la dignidad humana produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos”¹⁴⁴.

52. Es indiscutible, entonces, que la dignidad humana se comporta como un límite que permite reconocer o delimitar los contenidos constitucionalmente protegidos de los derechos fundamentales, quedando fuera de tal protección aquellos ejercicios de derechos que, afectándola, pretendan ir más allá de aquello que la Constitución garantiza. Por ello, se ha enfatizado que

El principio-derecho de dignidad proscribe la posibilidad de que la persona, al margen de la situación concreta en la que se encuentre, pueda ser concebida como objeto del Estado. Por el contrario, la defensa de la persona y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución), y, en tal sentido, la Constitución y la ley son instrumentos para la protección y promoción de la dignidad humana¹⁴⁵.

¹⁴³ Cf. Fundamentos 5-7 de la sentencia emitida en el Expediente 02273-2005-HC/TC.

¹⁴⁴ Cf. Fundamentos 8-10 de la sentencia emitida en el Expediente 02273-2005-HC/TC.

¹⁴⁵ cfr. sentencia emitida en el Expediente 02446-2003-AA/TC, fundamento 9.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

53. Es en tal sentido que no resulta de recibo atribuirse la maternidad biológica de un ser humano vivo invocando pactos contractuales, sin tomar en cuenta que la menor favorecida es a quienes el Estado debe garantizar su dignidad y derechos fundamentales, entre ellos, su derecho a la identidad, el cual, de acuerdo con el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el artículo 4, del Decreto Legislativo 1377, tiene los siguientes alcances:

Artículo 6.- A la identidad

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. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

6.2 Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

6.3 En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

6.4 Cuando un niño, niña o adolescente se encuentren involucrados como autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito o sean víctimas de los mismos, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación. La prohibición se extiende al padre, madre, tutor/a o a las personas que viven con él/ella. Los medios de comunicación tienen la obligación de garantizar la reserva de los datos personales y cualquier información que permita identificarlos, salvo que, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, exista una autorización escrita de los padres o representantes legales, y siempre que no se atente contra su interés superior.

54. Así, según el alegato de la parte demandante, lo que se pretende es que, vía el proceso de amparo, se reconozca a doña CRLR como madre biológica de la menor, a partir de la existencia de un pacto privado suscrito con anterioridad al nacimiento de la menor favorecida, invocación que, en todo caso, no pretende tutelar el derecho a la identidad de la menor, sino el interés personal de la recurrente de ser reconocida como madre de aquellos.
55. En el caso concreto, se advierte que la parte demandante pretende que se reconozca legalmente a CRLR como madre de la menor, con base en un acuerdo privado de útero subrogado. Claramente, dicho documento no acredita de manera fehaciente vínculo genético alguno entre la demandante y la menor.

Por estas consideraciones, mi voto es por,

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto de la vulneración del derecho a la identidad de la menor favorecida.



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido al reconocimiento de doña CRLR como madre de la menor favorecida.
3. **DISPONER** la intervención del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (Inabif) en favor de la menor favorecida, a efectos de que verifiquen el estado de bienestar en el que se encuentra y actuar conforme a sus competencias, según lo requiera el caso.
4. **EXHORTAR** a que el Congreso de la República proceda conforme a sus competencias a fin de legislar una reforma que regule las consecuencias jurídicas para los centros de salud y para los padres intencionales que transgredan la prohibición de la práctica de gestación subrogada.

S.

GUTIÉRREZ TICSE



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente voto singular, con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, a fin de expresar las razones jurídicas que sustentan mi opinión disidente en el presente caso.

§1. Petitorio y determinación del asunto controvertido

1. La sociedad conyugal, conformada por doña CRLR y don NDZV, así como doña ZPR, interpusieron demanda de amparo a título personal y a favor de la menor LVZP con el objeto concreto de que: (i) se ordene al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (Reniec) que corrija el apellido materno de la menor favorecida y quede registrada como LVZL, (ii) se declare la nulidad de todas las resoluciones administrativas donde la menor aparece reconocida como hija de doña ZPR, y, (iii) se deje de reputar a esta como madre de la menor en virtud a la prueba de ADN que confirma lo contrario.
2. A fin de sustentar su pretensión, la sociedad conyugal demandante señala que, debido a su impedimento biológico para tener descendencia, contrataron —a título gratuito— a doña ZPR para que geste —previa implantación de un óvulo fecundado *in vitro* donado de forma anónima— y alumbe a la menor LV. En tal sentido, alega que la relación paterno filial de LV con ellos está fundada en su voluntad procreacional por lo que este hecho justifica la corrección de su apellido materno, y que no obstante que el Código Civil peruano no ha contemplado este supuesto, es en virtud al derecho de identidad y al interés superior de la menor que debe ser preservado en toda circunstancia, que debe atenderse su pretensión; más aún, si como afirma, la menor LV reconoce a doña CRLR como su madre. Asimismo, la sociedad conyugal considera que se ha vulnerado su derecho al libre desarrollo de la personalidad, al impedírsele sin mayor justificación registrar a LV como hija de doña CRLR.
3. Al respecto, resulta oportuno recordar que en su sentencia emitida en el Expediente 00882-2023-PA, el Tribunal Constitucional precisó que existe distinción entre el *acto de inscripción del nacimiento de un menor de edad*, que está relacionado con los derechos al nombre y a la nacionalidad, y el *acto de reconocimiento de un menor de edad* que guarda relación con el derecho de filiación (cfr. fundamento 17). Siendo así y, atendiendo a las particularidades expuestas que plantea el presente caso, y no obstante los derechos considerados como vulnerados por los demandantes, soy de la opinión que la controversia



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

a dilucidar está relacionada, principalmente, con el derecho de filiación de la menor LV, es decir, con el reconocimiento de la paternidad de los demandantes que integran la sociedad conyugal.

4. Por tanto, en el caso de autos corresponderá determinar, en primer lugar, si es posible establecer una relación paterno filial entre la menor LV con doña CRLR y don NDZV basándose *exclusivamente* en su voluntad procreacional (derecho a fundar una familia) y a pesar de la inexistencia de vínculo genético entre los tres. Resuelta dicha problemática, se podrá verificar entonces si la negativa del Reniec a cambiar el apellido materno de la menor LV en su partida de nacimiento, tuvo justificación constitucional o no.

§2. Sobre el derecho de filiación como manifestación implícita del derecho a la identidad y su ámbito constitucionalmente protegido

5. De una lectura conjunta del artículo 2, numeral 1 y el artículo 6 de la Constitución, es posible inferir el reconocimiento constitucional del derecho que tienen las mujeres y los hombres a ejercer libremente su maternidad y paternidad, respectivamente. Esta libertad, en su sentido más básico, implica que mujeres y hombres pueden decidir libremente ser madres o padres (ya sea de forma natural, apoyándose en la ciencia o a través de mecanismos legales como es la adopción), cuántos hijos tener, y en qué momento de la vida y con quién tenerlos; es decir, a fundar una familia.
6. A su vez, el citado artículo 6 de la Constitución ordena que el ejercicio de la maternidad y paternidad sea responsable, extendiéndose dicho deber al ejercicio de las libertades sexual y reproductiva. Por tanto, desde el momento del embarazo los padres se convierten en los garantes del desarrollo debido de sus hijos.
7. Ahora bien, el reconocimiento de un hijo se encuentra estrechamente relacionado con la institución de la filiación. Esta puede definirse como el vínculo que une a una persona con sus progenitores. Generalmente, la filiación es producto del hecho biológico de la procreación ocurrida dentro del matrimonio o una relación afectiva, y la mayoría de las veces existe un reconocimiento voluntario de este vínculo por parte de los progenitores; pero, también es cierto que en algunas ocasiones la jurisdicción debe intervenir para que esta relación sea declarada y reconocida como sucede, por ejemplo, en los casos de adopción, paternidad extramatrimonial o reproducción asistida (cfr. Sentencia emitida en el Expediente 01217-2019-PA/TC, fundamento 35).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

8. Como se sabe, el derecho de filiación no ha sido reconocido de manera expresa por nuestra Constitución y, aunque resulta adscribible interpretativamente al derecho a la identidad, el reconocimiento específico de la filiación involucra un conjunto de posiciones jurídicas y deberes que vale la pena entender como un derecho con entidad propia. Así lo asumió el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida en el Expediente 01217-2019-PA, cuando dejó establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la filiación, o también de identidad filiatoria, puede considerarse conformado, *cuando menos*, por las siguientes posiciones *iusfundamentales*: (1) acceder a mecanismos de determinación de la paternidad o maternidad en caso de duda o conflicto; (2) ser reconocida como hija o reconocido como hijo por los progenitores; (3) registrar los nombres y apellidos que representen el vínculo filial con los progenitores; y (4) acceder al régimen de derechos y deberes que existe entre progenitores e hijas o hijos, ciertamente en igualdad de condiciones (cfr. fundamento 34).
9. Al respecto también cabe señalar que, tratándose de casos donde el derecho de filiación se encuentra involucrado, el nombre se vuelve un elemento particularmente especial en la discusión porque, como ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento 10 de su sentencia recaída en el Expediente 04509-2011-PA, es en función al mismo que una persona conoce su origen, puede saber quiénes son sus padres y preservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y deberes que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico.
10. En la presente causa, se puede verificar de autos que el nacimiento de la menor LV obra inscrito en el Reniec¹⁴⁶ y a consecuencia de dicho registro la autoridad administrativa le asignó un número de Documento Nacional de Identidad¹⁴⁷. Estos dos hechos confirman que el derecho filiatorio de la menor es el que se encuentra comprometido y, por tanto, la justicia constitucional debe evaluar si corresponde o no el cambio del apellido materno en su partida de nacimiento con el objeto de establecer la relación materno filial con doña CRLR.

¹⁴⁶ Fojas 4 y 7 del expediente

¹⁴⁷ Foja 62 del expediente



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

§3. Vínculo genético y filiación en la problemática de la gestación por sustitución

11. Doña CRLR y don NDZV han afirmado en el escrito de su demanda de amparo que, dada la incapacidad biológica de ambos para tener descendencia, contrataron —a título gratuito— a doña ZPR para que geste —previa implantación de un óvulo fecundado *in vitro* donado de forma anónima— y alumbre a la menor LV. Siendo así, alegan que su relación paterno filial con dicha menor se funda en su voluntad procreacional, por lo que es esta la razón que justifica el cambio de apellido materno en la partida de nacimiento de LV.
12. En mi opinión, establecer en el presente caso una relación filial, basándose *exclusivamente* en la voluntad procreacional (derecho a fundar una familia) de doña CRLR y don NDZV, y sin que exista vínculo genético alguno, constituye una pretensión que no es posible amparar en sede constitucional.
13. Existe en nuestro ordenamiento jurídico un escaso desarrollo normativo y jurisprudencial¹⁴⁸ en materia de gestación por sustitución, además de las imprecisiones que presenta el artículo 7¹⁴⁹ de la Ley General de Salud, Ley 26842, y el caso bajo análisis recuerda lo ya afirmado por la Organización Mundial de la Salud en el sentido de que la infertilidad se ha convertido en un problema de salud pública que debe ser atendido por los Estados¹⁵⁰; por ello, es de particular urgencia la aprobación de una nueva legislación que aborde la problemática de la salud reproductiva. Se hace necesario esclarecer conceptos científicos y establecer reglas sobre el empleo de las técnicas de reproducción asistida (TRA); más aún, porque tal como ya ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso

¹⁴⁸ El primer caso sobre gestación por sustitución que llegó a las instancias judiciales data del año 2006 (Exp. 183515-2006) y fue tramitado ante el Décimo Quinto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ Revelando en el año 2023 que alrededor del 17.5% de la población adulta —aproximadamente una persona de cada seis en todo el mundo— experimenta infertilidad. Puede verse Organización Mundial de la Salud. (2023) Estimaciones de prevalencia de infertilidad, 1990-2021. Recuperado de [https://www.who.int/publications/i/item/978920068315].



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, “del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva.”¹⁵¹

14. En ese sentido, considero que la aprobación de una futura legislación sobre TRA debe ser el resultado de un amplio debate entre expertos profesionales, sociedad civil y autoridades pertinentes, y debe tomar en consideración, sin ánimo exhaustivo, algunos presupuestos básicos además de la sola voluntad procreacional, como lo sería la certeza de la existencia del vínculo genético entre la persona nacida con los padres de intención, que la eventual intervención de terceras personas no esté motivada por razones comerciales sino altruistas, así como la adopción de las máximas seguridades en materia de salud y de reglas jurídicas que no coloquen en riesgo ni la integridad de la persona por nacer o nacida, ni la autonomía y dignidad del conjunto de personas involucradas. Así, pues, resulta fundamental que dicha legislación esté basada en el respeto por el orden de valores protegido constitucionalmente, tutelando especialmente el cuidado, desarrollo y bienestar de las niñas y los niños (artículo 4 de la Constitución), así como garantizando la dignidad de las mujeres.
15. Actualmente el derecho internacional de los derechos humanos, como advierte el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef)¹⁵², no proporciona salvaguardas centradas específicamente en la gestación por sustitución. De ahí que es deber de los Estados adoptar las medidas legislativas necesarias para proteger los derechos humanos de los niños y las niñas nacidos bajo dicha técnica, teniendo como norma marco lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹⁵³ —la que de acuerdo a lo establecido por el artículo 55 de la Constitución forma parte de nuestro derecho

¹⁵¹ Corte IDH, Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C Nº 257, párrafo 150.

¹⁵² Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [Unicef]. Febrero 2022. *Consideraciones clave: Derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada.* Recuperado de [<https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>].

¹⁵³ 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 Nº 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 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

interno— y sus distintos protocolos facultativos, resaltando entre dicho marco convencional la obligación estatal de impedir la venta y trata de niños conforme establece el artículo 35¹⁵⁴ de la CDN.

16. Si bien es cierto, el derecho a la identidad de los menores, que incluye el nombre, las relaciones familiares, el acceso a los orígenes; así como los derechos a la salud y a no ser vendidos, son los principales retos para las autoridades estatales al momento de regular en sus ordenamientos jurídicos a la gestación por sustitución; es cierto también, que la venta y trata de niños y niñas constituye, en particular, el gran desafío para los Estados porque no solo demanda acciones legislativas, sino que exige de toda una articulación institucional especializada para combatirla eficazmente ya que afecta a los menores, pero también pueden verse involucradas y, eventualmente perjudicadas, las gestantes sustitutas.
17. En nuestro país, la existencia de trata de menores¹⁵⁵ que está proscrita por la norma constitucional (artículo 2, numeral 24, literal b) y el empleo de TRA, demandan, conforme ordena el artículo 44 de la Constitución, de acciones preventivas y concretas por parte del Estado en aras de garantizar la integridad y el bienestar de las partes involucradas en dichas prácticas, como son las niñas y los niños, pero también las mujeres gestantes que, en algunos casos, pueden ser objeto de violencia y explotación. La ausencia de una legislación clara sobre el particular y el desarrollo de prácticas reproductivas informales ponen en severo riesgo la salud y la integridad de los ciudadanos.
18. Como se sabe, los acuerdos de gestación por sustitución pueden estar precedidos de una voluntad altruista y se realizan directamente entre los padres de intención con la mujer que será la gestante sustituta (modelo contractual de gestación por sustitución *solidario*); o puede

¹⁵⁴ Artículo 35. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

¹⁵⁵ De acuerdo al reporte del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables expuesto en el Octavo Informe Anual de Avances del Plan Nacional por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021, durante el período 2011-2019 hubo un incremento de 11.38% de casos de niñas, niños y adolescentes como presuntas víctimas de trata, siendo las niñas las predominantemente afectadas. Asimismo, el informe indica que de acuerdo al Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas y Afines – RETA de la Policía Nacional del Perú, durante el año 2019 se reportó un total de 284 denuncias que comprenden a un total de 765 presuntas víctimas (720 mujeres y 45 hombres), de las cuales 186 son menores de edad (148 mujeres y 38 hombres).



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

existir de por medio una voluntad comercial, siendo una agencia de reproducción subrogada la que facilita el arreglo (modelo contractual de gestación por sustitución *comercial*).

19. En el plano práctico, el acuerdo comercial de gestación por sustitución resulta particularmente cuestionable porque coloca en situación de especial vulnerabilidad a los derechos de los niños y las niñas al propiciar el tráfico de menores. En opinión de Unicef, “una relación contractual jurídicamente vinculante entre la mujer gestante y los futuros padres establecida antes del nacimiento, en la que la cesión del niño o niña se condiciona al pago, constituiría la venta de un niño o niña¹⁵⁶. También puede dar lugar a la inclusión de información incorrecta en los sistemas de registro civil y a la falsificación de la información de identidad.”¹⁵⁷ En tanto que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas considera que la gestación por sustitución comercial puede provocar la venta de niños¹⁵⁸. Y en un reciente Acuerdo Plenario, la Corte Suprema de Justicia de la República ha afirmado que la gestación por sustitución de carácter comercial propicia la venta de niños y niñas¹⁵⁹.
20. Este modelo comercial, también afecta a los derechos de las gestantes sustitutas. Mayormente, estas mujeres provienen de entornos económicos con ingresos más bajos y son de una condición social inferior a la que tienen los padres comitentes creándose así una relación asimétrica, y de sumarse la falta de información debida por no contar con el asesoramiento legal independiente al otorgar el consentimiento, la autonomía de la gestante sustituta puede resultar afectada al generarse un escenario de subordinación injustificado,

¹⁵⁶ Conforme establece el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, se entiende por venta de niños “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

¹⁵⁷ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [Unicef]. Febrero 2022. *Consideraciones clave: Derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada*. Recuperado de [<https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>].

¹⁵⁸ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, 15 de enero de 2018. A/HRC/37/60. Recuperado de [<https://docs.un.org/es/A/HRC/37/60>].

¹⁵⁹ Acuerdo Plenario 04-2023/CIJ-112. (2023). *XII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial*. Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento 58.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

pero también su integridad física y psicológica pueden terminar lesionadas. Por ello, recientemente la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, a partir del estudio de aquellos países donde se practica la gestación por sustitución comercial, ha concluido con rotundidad en que “[la] práctica de la reproducción subrogada se caracteriza por la explotación de las mujeres y los niños, incluidas las niñas, y la violencia contra ellos. Asimismo, refuerza las normas patriarcales al mercantilizar y cosificar el cuerpo de las mujeres y exponer a las madres sustitutas y los niños a graves violaciones de los derechos humanos.”¹⁶⁰ Por eso, ha recomendado que los Estados adopten medidas orientadas hacia la erradicación de la gestación por sustitución, se apruebe un instrumento internacional jurídicamente vinculante que la prohíba, entre otras medidas más específicas establecidas a partir de la consideración de las actuales consecuencias existentes por el empleo de dicha práctica.

21. En esa línea, resulta razonable, entonces, tal como lo hemos venido señalando, que para el reconocimiento de la relación paterno filial y, en consecuencia, la tutela del interés superior de los menores, exista vínculo genético con los padres además de su sola voluntad procreacional.
22. La existencia del vínculo genético representa en sí misma una *garantía reforzada*, dado que descarta un supuesto de venta o trata de niños y mujeres. Este peligro, entre otras razones, ha motivado a que algunos países como Alemania, Francia y España prohiban los contratos de gestación por sustitución e, incluso, se ha llegado a penalizar dicha práctica como recientemente lo ha hecho Italia¹⁶¹.

§4. Análisis del caso

23. En la presente causa, doña CRLR y don NDZV contrataron a título gratuito a doña ZPR para que geste y alumbe a la menor LV. Al respecto, se verifica que obra en autos: (i) el Acta de Matrimonio de fecha 2 de agosto de 1996¹⁶², que confirma la existencia de la sociedad

¹⁶⁰ Puede verse Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, 14 de julio de 2025. A/80/158. Recuperado de [<https://docs.un.org/es/A/80/158>].

¹⁶¹ Cfr. Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, 14 de julio de 2025. A/80/158. Recuperado de [<https://docs.un.org/es/A/80/158>].

¹⁶² Foja 7 del expediente



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

conyugal demandante conformada por doña CRLR y don NDZV; **(ii)** el Acuerdo Privado de Útero Subrogado¹⁶³, de fecha 8 de febrero de 2015, suscrito por la sociedad conyugal y doña ZPR a título gratuito; **(iii)** el Certificado de Nacido Vivo Nº 01943095, expedido el 15 de febrero de 2016, mediante el cual el médico gineco obstreta Antonio Marcelo Velit Suárez certifica haber atendido el parto de doña ZPR¹⁶⁴; **(iv)** el Acta de Nacimiento de la menor LV de fecha 15 de febrero de 2016¹⁶⁵; **(v)** la prueba de ADN que concluye en que doña ZPR no es la madre biológica de la menor LV; **(vi)** el Informe de fecha 25 de agosto de 2016, suscrito por el médico gineco obstreta Antonio Marcelo Velit Suárez de Inmater Clínica de Fertilidad, que certifica que doña CRLR tiene antecedente de histerectomía total y que por tal motivo su única alternativa posible es realizar fertilización *in vitro* con útero subrogado¹⁶⁶; y, **(vii)** el escrito de Inmater Clínica de Fertilidad, de fecha 16 de noviembre de 2021, que en atención a la información solicitada por el Tribunal Constitucional afirma, en sentido contrario a lo expuesto por la parte accionante en su demanda¹⁶⁷, que “revisando nuestro acervo documentario, no tenemos registrado a las personas señaladas en su requerimiento como pacientes de nuestros servicios médicos de técnicas de reproducción asistida (TERA). Del mismo modo, tampoco tenemos registrado alguna transferencia de gametos criopreservados que haya solicitado a nuestra Clínica por o a nombre de las personas indicadas.”¹⁶⁸

24. Como ya advertí *supra*, no es posible amparar en sede constitucional una pretensión orientada a que se reconozca una relación filial entre la menor LV y doña CRLR basándose *exclusivamente* en su voluntad procreacional (derecho a fundar una familia). He señalado que no se puede reconocer la filiación en ausencia de un vínculo genético. Y en el presente caso no existe. A ello se suma la seria problemática de la práctica de gestación por sustitución advertida precedentemente por las organizaciones internacionales, que son susceptibles de poner en riesgo la integridad del conjunto de personas involucradas y que nos parece conveniente advertir desde la justicia constitucional. Además, en este caso la seria contradicción existente entre la afirmación de la sociedad conyugal demandante sobre el centro médico donde se realizó la técnica reproductiva mediante la cual se propició el

¹⁶³ Foja 8 del expediente

¹⁶⁴ Foja 5 del expediente

¹⁶⁵ Foja 4 del expediente

¹⁶⁶ Foja 15 del expediente

¹⁶⁷ Foja 16 del expediente y Escrito 003008-2021-ES obrante en el cuaderno del Tribunal Constitucional.

¹⁶⁸ Escrito 005783-2021-ES obrante en el cuaderno del Tribunal Constitucional.



Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01367-2019-PA/TC
LIMA
CRLR Y OTROS

nacimiento de la menor LC y la opinión emitida al respecto por Inmater Clínica de Fertilidad, genera duda razonable sobre su origen biológico. Por tanto, corresponderá desestimar la presente demanda de amparo.

25. No obstante, conforme al deber constitucional del Estado de prodigar cuidado a la menor LV y de garantizar su bienestar (artículo 4), es en atención a su interés superior (artículo 3 de la CDN) que, tomando en consideración lo afirmado por la sociedad conyugal demandante en el sentido de que conviven con la menor LV desde su nacimiento y son responsables de su cuidado, doña CRLR y don NDZV deberán iniciar el procedimiento de adopción correspondiente de conformidad con lo establecido por las normas civiles peruanas, a fin de que se establezca la relación filial; esto, sin perjuicio de que se notifique al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para que verifique el estado de bienestar en que actualmente se encuentra la menor LV.

§5. Parte resolutiva

Por lo expuesto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo; y, en consecuencia, corresponde ordenar a la sociedad conyugal demandante que inicie el procedimiento de adopción correspondiente de conformidad con lo establecido por las normas civiles peruanas para establecer la relación filial con la menor; y, notificar al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para que verifique el estado de bienestar en que actualmente se encuentra la menor LV. Asimismo, corresponde exhortar al Congreso de la República a que apruebe una nueva legislación sobre el empleo de las TRA atendiendo las consideraciones expuestas en el presente voto.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ