

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen
Gobierno

**La falta de regulación para la inscripción del nacimiento de un hijo/a
con los dos apellidos del padre biológico afecta el buen gobierno en
el marco de la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09.**

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

Autor:

Arturo Franco Villanueva Oruna

Asesora:

Beatriz May Ling Ramírez Huaroto

Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, Beatriz May Ling RAMÍREZ HUAROTO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora del trabajo académico titulado “La falta de regulación para la inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico afecta el buen gobierno en el marco de la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09”, del autor Arturo Franco Villanueva Oruna, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 25/04/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo académico, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 02 de mayo del 2023.

Apellidos y nombres de la asesora: RAMÍREZ HUAROTO, BEATRIZ MAY LING	
DNI: 41941378	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9452-0696	Firmado digitalmente por RAMIREZ HUAROTO BEATRIZ MAY LING Razón: Estoy aprobando este documento con mi firma legalmente vinculante Fecha: 2023.05.02 12:57:53-05'00'



Dedicatoria

A mi padre, por ser un luchador incansable.

A mi madre, por el apoyo y cariño a lo largo de mi carrera.

RESUMEN

La inscripción del nacimiento de un hijo/a busca lograr el reconocimiento de la identidad del niño/a, y a su vez también permite registrar a los progenitores. La regulación actual admite como excepción, en caso una mujer así lo decida, no tener que revelar la identidad del padre de su hijo/a, pudiendo inscribir al niño/a con los dos apellidos de ella. Sin embargo, para un padre dicha excepción no aplica, en tanto no se contempló la potencial existencia de familias monoparentales masculinas conformada por un padre y sus hijos/as al momento que el legislador emitía la regulación.

El Código Civil peruano es una de las normas que regula la inscripción del nacimiento de un hijo/a, y se caracteriza por tener una visión heteronormativa y patriarcal, bajo la cual la filiación solamente ocurría por reproducción natural y no contemplaba supuestos de familias monoparentales masculinas.

En línea a ello, la inexistencia en el Perú de un marco regulatorio eficiente acerca de las técnicas de reproducción asistida, termina afectando derechos fundamentales, como en este caso a través de la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09.

El Perú, siendo un Estado Constitucional de Derecho, reconoce en el artículo 44 de su Constitución al buen gobierno como un principio en la actuación de los poderes públicos. Por tanto, es objetivo del presente trabajo determinar si la falta de regulación y la negativa del Estado a que un padre inscriba con sus dos apellidos a su hijo/a corresponde o no a una actuación acorde al principio constitucional de buen gobierno.

Palabras clave: Inscripción, identidad, igualdad, familia, buen gobierno.

ABSTRACT

The registration of the birth of a child seeks to achieve recognition of the identity of the child, and in turn also allows the registration of the parents. The current regulation admits as an exception, in case a woman so decides, not having to reveal the identity of the father of her child, being able to register the child with both of her last names. However, for a father, said exception does not apply, as the potential existence of single-parent male families made up of a father and his children was not contemplated at the time the legislator issued the regulation.

The Peruvian Civil Code is one of the norms that regulates the registration of the birth of a child, and is characterized by having a heteronormative and patriarchal vision, under which filiation only occurred by natural reproduction and did not contemplate assumptions of male single-parent families.

In line with this, the non-existence in Peru of an efficient regulatory framework on assisted reproduction techniques ends up affecting fundamental rights, as in this case through ruling 06323-2021-0-1801-JR-DC-09.

Peru, being a Constitutional State of Law, recognizes good governance in article 44 of its Constitution as a principle in the actions of public powers. Therefore, the objective of this paper is to determine whether the lack of regulation and the State's refusal for a father to register his son with her two last names corresponds or not to an action in accordance with the constitutional principle of good governance.

Keywords: Registration, identity, equality, family, good government.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	0
I. Inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.....	1
I.1. Regulación en el Perú acerca de la inscripción del nacimiento de un hijo/a.....	1
I.2. Razones por las que el Código Civil no protege la inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.....	5
I.3. Fundamentos de la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 para negar la inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.....	10
II. Derechos constitucionales vulnerados con la falta de inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.....	13
II.1. Derecho a la identidad y nacionalidad del niño.....	13
II.2. Derecho al libre desarrollo, a la autonomía reproductiva y a la intimidad del padre biológico.....	16
II.3. Principio de protección de la familia y derecho a la igualdad.....	19
III. El buen gobierno en la actuación estatal.....	21
III.1. ¿Qué es el buen gobierno y cuál es su relación con los derechos fundamentales? ¿Y ante ello, cual es el rol del Poder Judicial en el buen gobierno?.....	22
III.2. La inexistencia de un marco regulatorio acerca de la inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico afecta el buen gobierno.....	24
III.3. ¿Es la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 un ejemplo de actuación estatal acorde al buen gobierno?.....	25
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	28
BIBLIOGRAFÍA.....	30

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú protege en su Artículo N.º 4 al núcleo familiar. Esta entidad ha evolucionado a través de los años en cuanto a su conformación y origen, dado que no solamente se da con personas heterosexuales o mediante el matrimonio. La multiplicidad de tipos de familia, conlleva a una actualización y transformación del derecho, en cuanto a la regulación e interpretación que se realice de la normativa en dicha materia.

Sin embargo, el marco regulatorio en el Perú preserva una visión tradicional de la familia, siendo deficiente en cuanto a la inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.

Asimismo, el Artículo N.º 21 del Código Civil modificado mediante Ley N.º 28720, permite a la madre que no evidencie la identidad del padre de su hijo/a, el poder inscribirlo/a con sus dos apellidos de ella. En caso sea un padre quien no desee revelar la identidad de la madre de su hijo/a, no podrá inscribirlo/a con sus dos apellidos, dado que no existe regulación al respecto.

Frente a ello, en el proceso judicial 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 un padre pretendía inscribir a sus hijos con sus dos apellidos, ya que desconoce la identidad de la progenitora al tratarse de una donante de óvulo anónima. Siendo un proceso constitucional, se encuentran presentes y en busca de tutela diversos derechos y principios tanto de los hijos como del padre.

Finalmente, el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundada la demanda el 18 de julio del 2022, en una actuación que se analizará en el presente trabajo si es acorde o no al buen gobierno, un principio constitucional que irradia y debe presentarse en la actuación de los poderes del Estado.

I. Inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.

El nacimiento de un hijo/a conlleva responsabilidades para sus progenitores, no solamente en los cuidados y atenciones, sino también en el ámbito legal al tener el deber de inscribir el nacimiento del hijo/a en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante RENIEC). Dicha inscripción es de carácter obligatorio con el fin de materializar legalmente la identidad del hijo/a.

Sin embargo, las normas que regulan aquel acto administrativo son restrictivas y no contemplan las formas actuales de constitución de una familia, preservando una visión heteronormativa y machista acerca de los progenitores.

Con ello, en la sentencia 0623-2021-0-1801-JR-DC-09, que es el caso materia de análisis, se reproduce y preserva esta visión obsoleta de nuestras normas, negando la inscripción del nacimiento de los hijos biológicos a un padre soltero homosexual, el cual pretende inscribirlos con sus dos apellidos, dado que se desconoce a la madre biológica.

A continuación, en este capítulo se abordará el problema de la desprotección que el Estado comete al no aceptar la inscripción de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico, y para ello se analizará la regulación en nuestro país acerca de este acto administrativo y las razones por las que nuestras normas no protegen dicha situación, finalizando con el examen de los fundamentos de la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 la cual fue publicada en el presente año en curso y niega esta posibilidad al padre biológico soltero demandante.

I.1. Regulación en el Perú acerca de la inscripción del nacimiento de un hijo/a.

La Constitución Política del Perú reconoce en su Artículo N.º 2, inciso 1, el derecho que tiene todo individuo a su identidad. Asimismo, el Código Civil de 1984 reconoce en su Artículo N.º 19 que, todas las personas poseen los

derechos y deberes de tener un nombre, incluyendo los apellidos (Presidencia de la República, 1984). Este breve preámbulo sirve para mostrar que, en el Perú, el derecho a la identidad está avalado constitucionalmente y legalmente, comprendiendo el nombre y los apellidos.

Sin embargo, para que la identidad de una persona en nuestro país se materialice y pueda registrarse en documentos legales, es requisito la inscripción de su nacimiento en RENIEC. Frente a ello, contamos con lo señalado en el Artículo N.º 21 del Código Civil, el cual ha sido cambiado conforme a la Ley N.º 28720 quedando redactado de la siguiente manera:

Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación. Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos. (Congreso de la República, 2006)

Del artículo citado se puede evidenciar dos aspectos relevantes: en primer lugar, que un progenitor puede realizar la inscripción de su hijo extramatrimonial y tendrá la posibilidad de revelar si así lo desea el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En segundo lugar, se añade que la mamá que no desea evidenciar la identidad del progenitor de su hijo extramatrimonial, tiene la posibilidad de inscribirlo con sus dos apellidos. Es decir, estamos ante un supuesto de una familia monoparental constituida por

una madre soltera y su hijo/a. Frente a ello cabe preguntarse lo siguiente: ¿un padre soltero que no quiera revelar la identidad de la progenitora de su hijo, tendrá la misma opción?

En nuestro país, la pregunta formulada lamentablemente no presenta una respuesta afirmativa. Ello se debe a lo regulado en la Ley General de Salud, en el Código Civil y en el Reglamento de Inscripciones de RENIEC, los cuales a su vez son interpretados de forma restrictiva y no acorde a la evolución del derecho y su adaptación a las nuevas realidades.

En cuanto al Código Civil, los artículos que regulan la inscripción del nacimiento de un hijo/a son el Artículo N.º 20 y el Artículo N.º 21, los cuales a su vez son interpretados en conjunto para negar la posibilidad de que un padre soltero inscriba a sus hijos con sus dos apellidos. También, el Artículo N.º 20 señala que al hijo le corresponde el primer apellido paterno y después, el primero de la madre (Congreso de la República, 2006). Cabe recalcar que, esta ley solo toma en cuenta a las parejas heterosexuales. Empero, la realidad va más allá de la existencia y conformación de una familia heterosexual, habiendo familias conformadas por parejas homosexuales o simplemente por solteros que desean tener hijos/as.

Consecuentemente a la realidad descrita, es que la ciencia desarrolló herramientas de reproducción asistida y de gestación subrogada, en las cuales, por ejemplo, una persona homosexual o una persona sin pareja puedan reproducirse y conformar una familia, siendo que en algunos casos el/la donante del gameto sexual que fecundará (espermatozoide) o será fecundado (óvulo) son personas anónimas.

En vista de ello, es que la Ley General de Salud ha tratado de controlar estas situaciones, mediante su artículo 7 el cual señala que, si se utilizan técnicas de reproducción asistida, la misma mujer debe ser la madre genética y gestante (Congreso de la República, 1997). Con ello no se permite la gestación subrogada, en el cual una mujer diferente a la que dona el óvulo es la que va a gestar al hijo/a, con lo cual al momento del parto ella no será la madre biológica, aunque haya gestado y dado a luz al feto.

Así las cosas, dicho artículo es rebasado por la realidad, no siendo necesario que, en todos los casos, al hijo/a le deba corresponder los apellidos de ambos progenitores. Dicho esto, el Artículo N.º 21 permite una situación particular, y que podría considerarse una excepción a lo señalado en el Artículo N.º 20, dado que se menciona que, si la progenitora no tiene la intención de manifestar la identidad del padre, igualmente tendrá la opción de inscribir a su hijo con sus apellidos. Este apartado del Artículo N.º 21, en caso la madre genética sea también la gestante, va a permitir que una mujer así sea soltera heterosexual, e incluso soltera homosexual, o tenga una pareja homosexual y haya recurrido a un donante anónimo de esperma, pueda inscribir a su hijo/a con sus dos apellidos sin tener la obligación de revelar el nombre del padre biológico.

Seguidamente, en el Perú también existe como norma que regula la inscripción del nacimiento de un hijo/a, el Reglamento de Inscripciones de RENIEC, el cual data de 1998. Así las cosas, en el Artículo N.º 25 se indica que:

Es deber y derecho del padre y la madre inscribir de manera individual o conjunta a sus hijos recién nacidos [...], para lo cual acompañarán cualquiera de los siguientes documentos: a) Certificado de nacimiento expedido por profesional competente o constancia por persona autorizada por el Ministerio de Salud, de haber atendido o constatado el parto. (Presidencia de la República, 1998)

El certificado al que hace alusión este artículo del Reglamento es el Certificado de Nacido Vivo, el cual según la página web oficial del Estado peruano, sirve para tener los detalles de la madre y profesional sanitario que trabajó en el parto o cesárea. El certificado mencionado, es imprescindible para obtener el Acta de nacimiento y poder inscribir al hijo en los Registros Civiles, por ende, llevar a cabo el procedimiento de su DNI (2022). Es decir

que, mediante este certificado se confirma la idea que la madre gestante es siempre la madre biológica porque fue la que dio a luz al hijo/a y además restringe la posibilidad de que un padre soltero inscriba a su hijo sin revelar la identidad de la madre biológica.

Concluyo ello porque, si bien el párrafo uno del Artículo N.º 21 está redactado de un modo en el cual un padre que efectuó separadamente la inscripción de su hijo extramatrimonial podía revelar si así lo deseara el nombre de la mujer con quien lo tuvo, en un supuesto caso que no revelase el nombre de la madre (ya sea porque fue una gestante subrogada y la donante del óvulo fue anónima), le hubieran solicitado al padre el Certificado de Nacido Vivo, con el que fácilmente se identifica a una “madre” por el hecho de dar a luz al feto, que en la realidad no lo sería. Por tanto, al identificarse a una “madre” mediante este certificado, la posibilidad de que un padre inscriba a su hijo/a con sus dos apellidos se ve negada, puesto que, aunque no quiera mencionar el nombre de la progenitora, este documento ya lo revela. Adicionalmente, el referido artículo tampoco permite que cuando el padre no desee revelar la identidad de la mujer, este pueda inscribir a su hijo con sus dos apellidos, dado que explícitamente solo le otorga esa prerrogativa a la madre.

I.2. Razones por las que el Código Civil no protege la inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.

La filiación en nuestro país tiene sus bases históricas en Roma, ello se da con la importación e incorporación al derecho de familia peruano del principio romano *mater semper certa est*, un término latín que hace referencia a que la madre siempre es cierta. Al hacer alusión a la madre, los romanos entendían a la madre gestante, en tanto “en la época romana la madre está revestida desde un punto de vista jurídico de su capacidad natural de gestar” (Duplá, 2019, p. 295). Por tanto, al positivizarse este principio antiquísimo del derecho romano en la legislación peruana, una madre siempre será la persona que da nacimiento al hijo/a, sin importar cualquier situación particular como una gestación subrogada.

Sin embargo, no es el único principio importado de Roma al derecho de familia peruano, dado que también se encuentra presente el principio *pater vero is est quem nuptiae demonstrant*, el cual significa que es padre el que comprueba las nupcias, es decir que hace referencia a una filiación paterna derivada del matrimonio (el hijo/a nacido/a en el matrimonio tiene por padre al marido). Si bien es cierto, este último principio ha sido flexibilizado a través de los años en cuanto a su aplicación, ya que también se puede generar un vínculo filiatorio paterno con hijos de padres no casados, referente al principio *mater semper certa est*, este se aplica de forma rígida, no permitiendo que una persona se reproduzca al amparo de la Ley General de Salud, si la situación de progenitora biológica y gestante no se sustenta en la misma persona.

Teniendo como preámbulo la importación de ambos principios romanos a nuestra legislación, de las normas citadas anteriormente como las bases legales para que el Estado peruano no permita a un padre la inscripción de sus hijos con sus dos apellidos, el Código Civil peruano aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 295 es la norma más antigua dado que data de 1984, y aunque haya tenido modificaciones a lo largo de los años, aun preserva una visión heteronormativa y machista en la inscripción de un hijo/a una vez que nace.

Dicha figura se encuentra regulada en el Libro I Derecho de las Personas, cuya redacción y ponencia estuvo a cargo del jurista Carlos Fernández Sessarego, no obstante, dado que se busca comprender el concepto de familia, también es relevante examinar el Libro III Derecho de Familia, el cual estuvo a cargo del jurista Héctor Cornejo Chávez.

Respecto a la idea de familia en el Código Civil, el autor Carlos Ramos señala que el jurista Cornejo propone dos acepciones:

- a) En sentido amplio: conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad; b) en sentido restringido: Familia nuclear la cual comprende personas unidas por

el matrimonio o la filiación, incluyendo a los concubinos. Familia extendida: integrada por la anterior y más parientes y Familia compuesta: que comprende la familia nuclear o extendida más personas que no tienen parentesco con el jefe de familia. (1994, p. 99)

Como puede notarse, en la concepción de familia que tenía el jurista Cornejo Chávez, no se hace referencia a las familias monoparentales que no se han constituido mediante el matrimonio o el concubinato, como el caso de una persona soltera que desea tener un hijo/a y recurre a un donante anónimo de esperma u óvulo.

En relación al ejemplo dado, el jurista Cornejo Chávez comenta acerca de la inseminación artificial como una situación a normar solamente en el caso de la mujer casada, sin ni siquiera hacer referencia a los concubinos o a una persona soltera que recurra a esta técnica. El autor señala cuatro posibles supuestos: “la fecundación artificial de la fémina casada con el semen del esposo; la fecundación con semen de un tercero con la aprobación consentida del donador y esposo; la fecundación con semen de tercero sin el consentimiento y la fecundación y gestación en laboratorio” (1986, p. 78). Y es frente a ello, que comenta su posición heteronormativa y machista, en tanto menciona lo siguiente:

El ponente expresa su posición contraria a la legalización por razones morales, solo el primero de los casos propuestos podría exonerarse de la tacha de deslealtad de la mujer o de falseamiento de los fines del matrimonio y de la naturaleza de la filiación matrimonial. Dicha segunda hipótesis tendría que ser considerada como un ilícito. (1986, p. 78)

Y si bien al final no se reguló la inseminación artificial en el Código Civil de 1984, es claro que el libro de familia del Código Civil exterioriza la posición heteronormativa de su autor, en lo referido a la concepción de una familia, ya que esta se originará principalmente de un matrimonio.

Acorde a la constitución de una familia, el Tribunal Constitucional en la sentencia EXP. N.º 09332-2006-PA/TC considera la existencia de familias monoparentales de la siguiente manera:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. [...] Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (2007, p. 3)

Sin embargo, mientras el Código Civil no sea reformulado en cuanto a la visión y al modelo familiar que proyecta, los jueces de primera y segunda instancia no tutelarán correctamente pretensiones como las de una familia monoparental conformada por un padre soltero.

En cuanto a la redacción original de los Artículos N.º 20 y 21 que hacen referencia a la inscripción del nacimiento de un hijo/a, esta era de la siguiente manera:

Artículo N.º 20: Al hijo matrimonial le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre.

Artículo N.º 21: Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido

por ambos lleva el primer apellido de los dos. (Presidencia de la República, 1984)

Dichos artículos fueron modificados en el año 2006 mediante Ley N.º 28720, dado el alto número de madres solteras en nuestro país y de paternidades no responsables, para posibilitar dos escenarios: en primer lugar, que la madre que desee inscribir a su hijo/a nacido y quiera mencionar el nombre del progenitor, el hijo/a además de llevar el apellido materno también llevará el apellido paterno. En segundo lugar, la posibilidad que si la mamá no revela el nombre del progenitor inscriba a su hijo con ambos apellidos de ella, con la finalidad de preservar tanto los derechos de la madre y de sus hijos/as, sin embargo, la redacción del artículo modificado ha ignorado la posibilidad de que el padre tenga la misma opción.

Al respecto, y como preámbulo a la emisión de la Ley N.º 28720, la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 74 visibilizaba el problema en la inscripción de hijos extramatrimoniales, dado que en la regulación inicial del Código Civil se señalaba que al hijo extramatrimonial le correspondía los apellidos del progenitor que lo reconocía y además que en caso se hiciera la inscripción por separado, no se podía revelar la identidad del otro progenitor, con lo cual la identidad del niño/a se veía vulnerada. Ello se daba en un contexto en el cual la Defensoría del Pueblo reflejó que existían madres que muchas veces pedían la inscripción de su hijo nacido, cuyos padres estaban ausentes o por el contrario, no reconocían su responsabilidad paternal (2003), por lo que con la modificatoria posterior no se cuestionó el principio *mater semper certa est* al abordarse la problemática de la vulneración a la identidad de los niños/as extramatrimoniales desde una perspectiva de padres ausentes o que eran reticentes a reconocer su paternidad, priorizando que al final los hijos/as puedan tener sus dos apellidos, ya sea de ambos padres o solamente los dos apellidos de la madre al ser ellas quienes denunciaron el abandono de los padres de sus hijos/as.

En línea a lo mencionado de la normativa nacional sobre inscripción del nacimiento de un hijo/a, coincido con lo señalado por María Gracia Puga en lo referente a que:

El Código Civil se basó en una concepción naturalista de la familia y tuvo una influencia religiosa, en cuanto el modelo predominante fue, y aún es, el modelo de familia nuclear; los diversos cambios económicos, sociales y culturales han generado otros tipos de familia que no necesariamente se basan en el matrimonio y los cuales son igualmente dignos de protección. (2015, p. 21)

Sin embargo, ni las modificaciones realizadas en los últimos años han cambiado esta visión inicial del Código Civil, la cual se perpetúa hasta el día de hoy y se manifiesta en la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09, que comentaré a continuación.

I.3. Fundamentos de la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 para negar la inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.

El caso materia de análisis, versa sobre una demanda de amparo presentada ante el noveno juzgado constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la cual el señor Ricardo Morán, padre soltero de dos hijos, pretende inscribirlos y registrarlos como ciudadanos peruanos, dado que el señor Morán es peruano y sus hijos nacieron en Estados Unidos.

Habiendo agotado la vía administrativa ante RENIEC, es que el demandante recurre a la justicia constitucional para que se realice la inscripción del nacimiento de sus hijos y además solicita al Juez que realice un control de convencionalidad para inaplicar en este caso en concreto los Artículos N.º 20 y 21.

No obstante, el Juez Torres Tasso del noveno juzgado constitucional declara infundada la demanda de amparo mediante una resolución judicial bastante cuestionable.

Entre los argumentos señalados para no otorgar la pretensión al señor Morán, se menciona que la maternidad subrogada ha sido el procedimiento realizado para el nacimiento de los hijos del demandante en otro país y no posee regulación en las leyes peruanas (Corte Superior de Justicia de Lima, 2022). Empero, el argumento de que no existe una regulación en el Perú sobre dicha técnica, sin ahondar en principios del derecho e incluso no aplicar el control de convencionalidad, convierten en aquel fundamento de la sentencia en falto de motivación.

Sobre el control de convencionalidad, este es definido por García Belaunde y Palomino como “la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos” (2013, p. 224). Este a su vez puede darse en dos niveles, ocurriendo a nivel interno mediante “la obligación de constatar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH, y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia” (2013, p. 224). Es decir, lo que solicitaba el señor Morán, era la aplicación de dicho control, conforme a los artículos 20 y 21 del Código Civil para que se adecuen y sean compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los estándares interpretativos que haya realizado la Corte Interamericana al respecto.

Justamente el Artículo N.º 18 de esta convención, indica que cualquier individuo posee el derecho a un nombre y apellido de ambos padres o, en el peor de los casos, de uno solo (1978). En dicho artículo no se obliga como lo hace el Código Civil a que los hijos deban tener siempre el apellido de ambos (salvo la excepción mencionada), sin distinguir el estado civil del progenitor, ni su género u orientación sexual. Adicionalmente a ello, se menciona que la ley de cada país determinará la manera de asegurar este derecho, sin embargo, en el Perú ello no ocurre por ejemplo con las familias

monoparentales masculinas en las que el padre biológico pretenda brindarles una identidad legal a sus hijos mediante la inscripción de aquellos con sus dos apellidos.

Además, el argumento del juez sobre la inexistencia de normativa interna referida a la maternidad subrogada para denegar la inscripción de los hijos del señor Morán con sus dos apellidos, tampoco toma en consideración al principio del interés superior del niño, el cual se encuentra presente en el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes aprobado mediante Ley N.º 27337, que en su artículo IX del Título Preliminar señala 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. (Congreso de la República del Perú, 2000, p. 4)

De igual manera, la Ley N.º 30466 que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, lo define como:

Un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos. (Congreso de la República del Perú, 2006)

En este caso, Morán es el progenitor biológico de estos niños, pero a pesar de ello no puede inscribirlos como peruanos en RENIEC porque el argumento

del juez es que no existe una regulación para este caso, sin tomar en consideración que dicha medida está afectando derechos tanto del padre biológico como de los niños.

II. Derechos constitucionales vulnerados con la falta de inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico.

Habiéndose determinado que la sentencia materia de análisis 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 ha concluido en una desestimación a la pretensión del padre biológico demandante de inscribir a sus hijos con sus dos apellidos mediante fundamentos cuestionables, es menester del presente capítulo evaluar qué derechos constitucionales se han vulnerado con dicha decisión judicial, que a su vez preserva la visión conservadora del Código Civil de 1984 respecto al tema.

El enfoque de análisis se realizará respecto a los derechos afectados de los niños y también del padre biológico, dado que no solamente se les niega a los niños una identidad y nacionalidad, sino que además al padre biológico se le restringe la posibilidad de conformar legalmente una familia monoparental masculina a plenitud, es decir con hijos inscritos con sus dos apellidos.

II.1. Derecho a la identidad y nacionalidad del niño.

El Perú reconoce en la Constitución Política el derecho a la identidad de toda persona en el Artículo N.º 2, inciso 1, señalando que todo individuo posee derecho a la vida, su identidad, etc., (1993). Para comprender que abarca la identidad, el autor Fernández Sessarego menciona que es un cúmulo de características, las cuales facilitan individualizar al sujeto a la sociedad (2015). En otras palabras, toda persona tiene una identidad que la singulariza de las demás, y frente a ello el Estado debe respetar y garantizar su efectivo goce.

Al respecto, los aspectos que van a permitir individualizar a las personas son diversos, y pueden clasificarse en estáticos y dinámicos. Sobre ello, Fernández Sessarego indica en relación a los atributos estáticos que vienen

a ser los elementos primarios y personales que son visibles en el exterior (2015). A modo de ejemplo, allí se podría mencionar a las características físicas y también al nombre, dado que son los primeros elementos que sirven para individualizar a una persona de otra, ya sea cuando nacen o cuando se presentan en sociedad. En cuanto a los atributos dinámicos, el mencionado autor determina que es aquella suma de opiniones, pensamientos, actitudes, conductas e ideas de todo sujeto que se manifiesta intersubjetivamente (Sessarego, 2015). Es decir, se trata de la personalidad de cada individuo exteriorizada.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional en la sentencia EXP. N. 0 05829-2009-PA/TC, recalca que el derecho a la identidad es el derecho a que la persona sea individualizada con rasgos específicos, de carácter objetivo, genético y comportamental más relacionado con la subjetividad (2010). En otras palabras, la identidad es objeto de seguridad y respeto por parte del Estado, y está conformada entre otros aspectos por el nombre.

El derecho al nombre no se encuentra explícitamente constitucionalizado, pero ello no le resta la importancia que conlleva, dado que el tener un nombre viene a ser aquel componente del derecho a la identidad, por lo que su protección por parte del Estado se encuentra garantizada. Justamente, respecto al tema, el Código Civil peruano sí lo reconoce en el Artículo N.º 19 al determinar que todo peruano debe tener un nombre y apellido (Presidencia de la República, 1984).

Es así que, si una persona se identifica con un nombre y con los dos apellidos de su padre biológico, y el Estado le niega este reconocimiento, nos encontramos frente a una vulneración al derecho a la identidad en su vertiente estática, siendo muy reprochable que esta situación ocurra con niños.

Volviendo al caso analizado, si bien es cierto los hijos del padre biológico demandante tenían una edad aproximada de 2 años al momento del desarrollo del juicio que involucraba el reconocimiento de su identidad, el Código de los Niños y Adolescente en general sí hace referencia a la escucha

por parte del juez sobre la opinión de un niño y/o adolescente respecto a los asuntos que les afecten, tal y como lo señala su Artículo 85 donde se menciona que el juez deberá tomar en cuenta la opinión del niño (Congreso de la República, 2000).

Sin embargo, el Estado se limita a la aceptación literal de la ley, la cual es restrictiva en cuanto a la posibilidad que un hijo/a lleve los dos apellidos de su padre biológico. Por tanto, la vulneración de la identidad personal del niño perdurará en tanto no se realice un control difuso de constitucionalidad sobre dichos artículos del Código Civil, dado que debe primar el respeto a la identidad personal que cada persona asuma siendo este derecho reconocido en nuestra norma de más alta jerarquía.

Por otro lado, la nacionalidad también se encuentra reconocida constitucionalmente en el Artículo N.º 2, inciso 21 al señalarse que cualquier individuo posee el derecho de tener una nacionalidad (1993). En línea a ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce este derecho en el Artículo N.º 20, y sobre aquel, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta que:

Significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo. (1999, p. 37)

Entonces, mediante el reconocimiento de la nacionalidad a un sujeto respecto de un Estado, esta podrá hacer efectivo derechos regulados en la normativa interna de cada país. Siendo que, para ser peruano el Artículo N.º 52 de la Constitución Política establece que solo son peruanos las personas que han

nacido en el territorio de la República y los nacidos en el exterior cuyo progenitor tiene nacionalidad peruana y han sido inscritos en la entidad correspondiente, antes de cumplir la mayoría de edad (1993).

En el caso analizado, los niños nacidos en Estados Unidos son hijos biológicos del demandante, el cual a su vez es ciudadano peruano. Por tanto, deberían tener la nacionalidad peruana por nacimiento al ser inscritos en el registro antes de ser mayores de edad. Sin embargo, el registro no le permitió al padre biológico inscribir a sus hijos como peruanos, basándose en el Código Civil y RENIEC, que para la inscripción requieren el nombre de la madre biológica (lo cual no es posible saber, dado que fue una donante de óvulo anónima), con lo cual se vulnera claramente el derecho de ambos niños de pertenecer jurídico-políticamente al país de su padre biológico, siendo que constitucionalmente sí pueden obtener la nacionalidad peruana, y es más bien la normativa infra constitucional la que restringe esta posibilidad.

Es así que tanto el derecho a la identidad personal como el de la nacionalidad de ambos niños se encuentran permanentemente vulnerados, en tanto el Estado peruano continúe negando sus inscripciones.

II.2. Derecho al libre desarrollo, a la autonomía reproductiva y a la intimidad del padre biológico.

En cuanto al padre biológico, este también presenta derechos que se encuentran afectados al no permitírsele la inscripción de sus hijos con sus dos apellidos.

En primer lugar, el derecho al libre desarrollo de cada persona es reconocido en la Constitución Política en su Artículo N.º 2 inciso 1, donde se menciona que todo individuo tiene el derecho a la vida, identidad, etc. (1993). En concordancia a ello, el Tribunal Constitucional detalla el contenido del derecho al libre desarrollo señalando:

Se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción

de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos. (2011, p. 21)

En el presente caso, el padre biológico demandante tenía como meta de vida y para sentirse desarrollado el hecho de ser padre, y dado que es una persona homosexual, decidió no ser padre con una pareja femenina, sino más bien serlo mediante una gestante subrogada y técnicas de reproducción asistidas, pretendiendo formar una familia monoparental masculina. Ello lo relata en un libro de su autoría respecto a su decisión de ser padre:

Eso que mi papá y mi mamá hicieron conmigo y con mis hermanos es algo a lo que yo he aspirado siempre. Toda la vida. No ha habido nunca un momento en el que alguien me preguntara si yo quería ser padre y yo no respondiera automáticamente sí. (Morán, 2019, p. 18)

Por tanto, si existe un reconocimiento expreso a nivel constitucional del derecho al libre desarrollo de cada persona referente a su propia autonomía, siempre y cuando no afecte otros derechos fundamentales, ¿por qué restringirle a una persona que como meta de vida se planteó el hecho de ser padre, el poder inscribir a sus hijos con sus dos apellidos? La decisión que tomó fue la de ser padre mediante gestante subrogada de un óvulo de donante anónima, y si bien dicha técnica de reproducción no se encuentra regulada en nuestro país, ello no es causa suficiente para vulnerar el derecho al libre desarrollo que tiene el padre biológico demandante del presente caso de formar una familia monoparental masculina.

Justamente en línea a este derecho, se encuentra el derecho a la autonomía reproductiva, el cual no se encuentra explícito en la Constitución, sin embargo, se hace una pequeña referencia en nuestra normativa en la Ley General de Salud, la cual en su Artículo N.º 7 indica que todos cuentan con

el derecho de llevar una intervención de su infertilidad, de procreación con la aplicación de técnicas de reproducción asistida; siempre y cuando la madre genética y gestante sea la misma (Congreso de la República, 1997). Sin embargo, las técnicas de gestación subrogada se encuentran prohibidas en el Perú.

A nivel jurisprudencial existen algunas sentencias que tratan el tema de la autonomía reproductiva (caso Artavia Murillo vs. Costa Rica), o a nivel nacional la casación 563-2011 Lima de la Corte Suprema, la cual reconoce la importancia del interés superior del niño y de los deseos de ser padres de los involucrados en un caso de gestación subrogada, al señalar que:

Debe primar el Interés Superior de la Niña [...] justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor.

(2011, p. 13)

Por tanto, si una persona cuyo propósito es ser padre y en virtud a su autonomía reproductiva elige el método de gestación subrogada para concebir un hijo, dicha conducta no debería ser reprochable en tanto se analice caso por caso la situación del niño y también la vocación y el deseo de ser padre del implicado. En vista a ello, existe una vulneración al derecho a la autonomía reproductiva de un padre que para poder inscribir a su hijo/a deba procrearlo mediante técnicas en las cuales se tenga que identificar a la madre biológica, restringiendo de esta forma las posibilidades de formar una familia monoparental masculina.

Finalmente, el derecho a la vida privada está reconocido en nuestra Constitución en el Artículo N.º 2, inciso 7, donde está implícito que cualquier sujeto tiene el derecho a su intimidad personal y familiar, honor, reputación, a la voz e imagen (1993). Al respecto, Fernández Sessarego señala que la vida que es privada está constituida por todas las actividades que la sociedad

no tiene en cuenta (2015). Por ejemplo, el desear ser padre o madre y de querer reproducirse en la forma que uno decida pertenece a la vida privada de cada sujeto, en tanto no cuenta con relevancia social saber los detalles de ello.

Justamente, sobre dicho aspecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* determinó la relación entre el derecho a la vida privada y a la autonomía reproductiva explicando que el proteger la vida privada abarca que se respeten las decisiones paternas o maternas (2012). Siendo ello así, en el caso de que un padre biológico desee inscribir a su hijo/a con sus apellidos, su derecho a la intimidad y vida privada sobre la manera en la cual se ha reproducido se ve vulnerado al tener que revelar el nombre y apellido de la madre biológica de su hijo/a, a diferencia de lo regulado y permitido en el caso de una madre, la cual cuando no quiera especificar el nombre del progenitor de su hijo (incluso siendo un donante anónimo), puede inscribirlo con sus dos apellidos, sin que RENIEC o el Poder Judicial le soliciten revelarlo.

Es así que se puede observar que los derechos al libre desarrollo, autonomía reproductiva y vida privada de un padre que pretenda inscribir a su hijo con sus dos apellidos y formar una familia monoparental masculina, se ven afectados en tanto no se encuentra en una situación de igualdad con lo regulado en el caso de una madre que desee formar una familia monoparental femenina, siendo que el Estado sí se lo permite sin vulnerar los derechos abordados en el presente capítulo.

II.3. Principio de protección de la familia y derecho a la igualdad.

La familia como institución jurídica se encuentra protegida en el Artículo N.º 4 de la Constitución Política, al señalar que el Estado ampara al niño, madre, adulto mayor y familia ante situaciones de abandono (1993), ello sin hacer distinciones en cuanto al origen de una familia, ya sea matrimonial o extramatrimonial, a diferencia de la visión del Código Civil de 1984, el cual asociaba el origen de la familia con el matrimonio. De igual forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Artículo N.º 17

explica que la protección a la familia es una labor de la sociedad y Estado (1978), nuevamente y tal como lo hace nuestra Constitución sin distinción en cuanto al origen de la familia.

Justamente en cuanto al derecho a la igualdad, este se encuentra reconocido en la Constitución Política en su Artículo N.º 2, inciso 2, donde se especifica que todo peruano tiene derecho a la igualdad de ley (1993). En virtud a ello, el Tribunal Constitucional, ha definido el derecho a la igualdad en su dimensión formal, como una regla que el legislador y la administración pública deben cumplir para que no existan diferencias injustificadas (2004).

En este caso, familia es un conjunto de personas con un vínculo consanguíneo, de parentesco o de afinidad, sin importar el origen de su constitución. Por lo que, con ello se tiene un primer nivel de igualdad, el cual es la equidad entre familias matrimoniales y extramatrimoniales.

En línea a ello y para reforzar la idea, el Artículo N.º 6 de la Constitución Política, refiere que los hijos manifiestan derechos y deberes por igual (1993). Dicha disposición no solamente fortalece el reconocimiento en condiciones de igualdad de hijos/as matrimoniales y extramatrimoniales, sino que también es el asidero para lograr la protección de hijos/as biológicos y afines. Justamente, sobre ello el Tribunal Constitucional en su sentencia EXP. N.º 09332-2006-PA/TC señala que, cuando el hijastro/a ya es parte de una familia, la diferencia que pueda hacerse viene a ser arbitraria y contraria a lo estipulado por el Estado (2007). Por tanto, nos encontramos frente a un segundo nivel de igualdad en la protección de la familia, el cual es la igualdad entre hijos biológicos y afines.

Finalmente, y en relación al proceso judicial analizado en el presente trabajo, cabe reflexionar si puede construirse teniendo como base el principio de protección de la familia, una igualdad para los hijos/as nacidos a través de una reproducción biológica y aquellos/as nacidos a través de reproducción asistida. Tal como se ha mencionado anteriormente, el Artículo N.º 4 y el Artículo N.º 6 de la Constitución, protegen a la familia sin importan su origen y configuración, así como a los hijos/as sin distinción. Si bien, en cuanto a

hijos/as nacidos de reproducción biológica no existe mayor problemática en términos filiatorios que no pueda ser resuelta mediante la prueba del ADN, en el caso de hijos/as nacidos a través de reproducción asistida, puede ocurrir ciertas contingencias en supuestos de gestación subrogada con donante anónima de óvulo. Dado que, en nuestro país, la aplicación del principio mater semper certa est es rígido en cuanto a la identificación de la madre gestante como madre biológica del nacido, ello representa un problema al momento de establecer la filiación materna del niño. Sin embargo, el derecho evoluciona y debe tomar en cuenta las nuevas realidades de familia que se constituyen.

En este caso, no se conoce la identidad de la progenitora biológica, pues se trató de una donante anónima de óvulo, sin embargo, el padre sí desea asumir la paternidad de sus hijos/as inscribiendo sus nacimientos, para que estos puedan hacer efectivo derechos como a la identidad y nacionalidad. Por tanto, existiendo una protección a la familia y reconociendo que existen familias monoparentales, la pretensión del padre de inscribir a sus hijos con sus dos apellidos, guarda correlación con el derecho fundamental a la filiación, cuyo contenido constitucionalmente protegido fue establecido por el Tribunal Constitucional: “[...] (3) registrar los nombres y apellidos que representen el vínculo filial con los progenitores” (2020). Habiéndose corroborado que los niños tienen vínculo filiatorio con el padre, es propicio que este pueda registrarlos con sus dos apellidos ante el desconocimiento de la madre biológica, teniendo como prioridad tutelar la identidad de los niños.

Por tanto, no debe existir diferenciación entre hijos/as nacidos de reproducción biológica y a través de técnicas de reproducción asistida, en tanto ambos tienen derecho a una identidad, la cual le es otorgada por el progenitor o progenitores que lo inscriban.

II. El buen gobierno en la actuación estatal.

El Estado actúa a través de la Administración Pública emitiendo actos administrativos que afectan la esfera jurídica de los administrados. Además, también puede actuar a través de los otros dos poderes públicos, ya sea

regulando situaciones de la realidad mediante leyes del Poder Legislativo, como a través de sentencias del Poder Judicial. En toda actuación estatal, se debe observar una adecuación y respeto hacia los derechos fundamentales y los principios del derecho contenidos en la Constitución y/o jurisprudencia vinculante.

Es así que siendo el caso analizado una sentencia del Poder Judicial, es relevante analizar y reflexionar en este punto del trabajo, si esta actuación estatal fue acorde a los derechos y principios de un Estado Constitucional de Derecho.

III.1. ¿Qué es el buen gobierno y cuál es su relación con los derechos fundamentales? ¿Y ante ello, cual es el rol del Poder Judicial en el buen gobierno?

El buen gobierno es una idea que sirve como marco conceptual en el Derecho Público. Doctrinariamente ha sido definido como:

El adecuado y responsable ejercicio del poder y del cumplimiento de los deberes de función estatal, garantizando la realización de los derechos humanos y la protección del interés público, proveyendo marcos institucionales transparentes y participativos para el eficaz funcionamiento del aparato estatal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como medio para asegurar el desarrollo de todos los miembros de la sociedad en condiciones dignas y de igualdad. (Castro, 2014, p. 248)

Ello ha sido interpretado desde el artículo 44 de la Constitución Política del Perú, el cual señala como deber primordial del Estado una actuación acorde a la idea de buen gobierno, por lo que se trata de un principio constitucional.

Al buscar aplicar los derechos humanos, el gobierno guarda una interrelación con estos, dado que, sin ellos, los derechos e intereses de los pobladores

son complejos de garantizar estructuralmente (Castro, 2014), por lo que una utilización de ambos conceptos en la actuación estatal, servirá para fortalecer la visión de un Estado Constitucional de Derecho al servicio del ciudadano.

Siguiendo esa línea conceptual, el Poder Judicial como parte del Estado también debe tomar en consideración en toda actuación al principio constitucional de buen gobierno, es decir a través de sus sentencias debe garantizar los derechos de las partes del proceso. Siendo un deber de función estatal de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial que cualquier individuo posea la tutela jurisdiccional con las garantías de un debido proceso (Poder Ejecutivo, 1993), este poder del Estado cumple un rol de garante de que el buen gobierno y el respeto a los derechos de los peruanos que recurren a instancia judicial se vean plenamente efectivizados.

A nivel internacional, se refuerza la idea que el Poder Judicial es un garante en la aplicación del buen gobierno, como por ejemplo en la experiencia paraguaya, país que ha publicado un Código de buen gobierno para la actuación del Poder Judicial; documento en el cual se señala principalmente en su Artículo N.º 29 que:

El Poder Judicial, orientará todas sus actuaciones hacia el pleno acceso a la Justicia y la consolidación de la paz social de la población, estimulando la participación ciudadana, estableciendo políticas de mejoramiento que aseguren el ejercicio de sus derechos a los sectores más vulnerables. La institución declara expresamente su compromiso con la protección de los derechos fundamentales, y en especial la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad humana, el patrimonio, la intimidad, la libertad de conciencia y de cultos, la información, el trabajo, la asociación, el respeto a la naturaleza, la participación ciudadana y la solidaridad.

(2012)

Por tanto, como poder público que dirime controversias en las que se involucran derechos de las personas, debe procurar que estos sean tutelados y realizados.

III.2. La inexistencia de un marco regulatorio acerca de la inscripción del nacimiento de un hijo/a con los dos apellidos del padre biológico afecta el buen gobierno.

La existencia de marcos regulatorios otorga seguridad jurídica acerca de los supuestos de hecho y consecuencias jurídicas de cada situación en particular. La inscripción de un hijo/a con los dos apellidos de su padre es una situación no regulada en nuestro país, dada la inexistencia de leyes que lo permitan.

Ante el avance científico y de las técnicas de reproducción asistidas, las personas que recurren a ellas y buscan formar una familia monoparental, encontrarían obstáculo, en caso sea un padre quien pretenda conformar una familia monoparental masculina con sus hijos/as. En adición a ello, al presentarse un marco regulatorio en materia de reproducción asistida muy restrictivo, la actuación del Poder Judicial que replica lo establecido en los marcos regulatorios, termina afectando derechos de las partes procesales inmersas en situaciones de filiación e inscripción de hijos/as, siendo que dicha vulneración no representa una actuación acorde al principio constitucional de buen gobierno.

Adicionalmente, dado que la creación de marcos legales es facultad del Poder Legislativo, este poder del Estado no está tomando en cuenta lo reflexionado anteriormente en este trabajo acerca de la igualdad de hijos/as y el reconocimiento de diversos tipos de familia, las cuales merecen protección. Por lo que, se requiere una modificación al Código Civil, al Reglamento de RENIEC y a toda norma que haga distinción entre hijos/as y padres/madres con la finalidad de permitir que todo progenitor en términos de igualdad, como en este caso un padre, pueda inscribir a su hijo/a con sus dos apellidos si así lo deseara, garantizando con ello derechos

fundamentales tanto del niño como del progenitor, con lo cual nos encontraríamos frente a una actuación estatal acorde al buen gobierno.

III.3. ¿Es la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 un ejemplo de actuación estatal acorde al buen gobierno?

Al analizar en el primer capítulo del presente trabajo los fundamentos de la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09, es pertinente ahora enfocarlos desde una perspectiva del buen gobierno, dado que se trata de una actuación del Estado en el ámbito judicial.

Entre los subprincipios del buen gobierno, se encuentra el principio de corrección, el cual “más que sujeción a la ley, la administración debe guiar su actuación en base a derecho, lo que implica la adherencia a parámetros constitucionales, los que incluyen todos aquellos valores y principios (implícitos y explícitos), recogidos en nuestro ordenamiento jurídico” (Castro, 2014, p. 259). De los principios presentes en el ordenamiento jurídico peruano se encuentran el principio de protección de la familia y del interés superior del niño. Sin embargo, no fueron tomados en cuenta en la motivación de la referida sentencia, siendo justamente la motivación un principio y derecho de la función jurisdiccional establecido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución.

La decisión del juez concluye en un no reconocimiento de la identidad de los hijos del padre demandante argumentándose una falta de regulación sobre el tema, con lo cual tanto los derechos de los niños y del padre se han visto vulnerados, representando ello una actuación estatal no acorde al buen gobierno, que más bien busca garantizar los derechos al momento que el Estado actúa.

Finalmente, una de las pretensiones del padre demandante fue que se inapliquen al caso en concreto, mediante un control de convencionalidad los Artículos N.º 20 y 21 del Código Civil, sin embargo, el juez no lo realizó.

Frente a la figura del control de convencionalidad, también existe la figura del control de constitucionalidad. Este último, a través del control difuso en sede

judicial, hace referencia a una evaluación por parte del juez en una situación de presunta incompatibilidad entre norma constitucional y norma legal, examinar la adecuación de la norma legal a la Constitución y preferir la norma constitucional, inaplicando la norma legal al caso en concreto, ello reconocido en el artículo 138 de la Constitución. De igual forma, también se da un control de constitucionalidad a través de los denominados procesos de inconstitucionalidad, a cargo del Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución, de acuerdo al artículo 201 de la Constitución. En este tipo de procesos no se busca la inaplicación de una determinada norma legal a un caso en concreto, sino que se examina si es acorde a la Constitución y en caso no lo sea se la expulsa del ordenamiento jurídico.

En cuanto al control de convencionalidad, es una evaluación acorde a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con lo cual “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Castillo, 2013, p. 9). Dicho examen no solamente involucra la normativa legal sino la normativa constitucional, dado que ambas forman parte de las normas jurídicas internas de un país. Por tanto, al solicitar realizar un control de convencionalidad se pretendía que se examine la normativa interna sobre inscripción del nacimiento de un hijo/a con el fin de establecer si es acorde a dicha convención, inaplicando de ser el caso disposiciones que sean contrarias. En concordancia a lo señalado:

No ha de ser un instrumento para la aplicación mecánica de la CADH, sino que ha de ser un mecanismo que sumado al control de legalidad y al control de constitucionalidad, favorezca la consolidación de una justicia real y efectiva que promueve la máxima realización de la Persona. (Castillo, 2013, p. 12)

A modo de conclusión, es importante señalar que en nuestro país existe protección constitucional para los diversos tipos de familia, para menores de

edad en situaciones que les puedan afectar e igualdad para todos los hijos/as, solamente hace falta que dichos principios e interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales sean la regla en la evaluación de los diversos casos que la realidad le presenta al derecho.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Mediante lo solicitado para la inscripción del nacimiento de un hijo/a de la emisión del Certificado de Nacido Vivo, se refuerza la idea de que en el Perú la madre gestante es siempre la madre biológica porque fue la que dio a luz al hijo/a y además restringe la posibilidad de que un padre soltero inscriba a su hijo/a sin ser necesario la revelación del nombre de la madre biológica

El Código Civil peruano se caracteriza por tener una visión heteronormativa y patriarcal, bajo la cual la filiación solamente ocurría por reproducción natural y no contemplaba supuestos de familias monoparentales masculinas, a diferencia de que en los últimos años sí se ha logrado el reconocimiento de las familias monoparentales femeninas mediante la Ley N.º 28720.

El argumento del juez del noveno juzgado constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima acerca de que no existe una regulación peruana sobre la técnica de reproducción de la gestación subrogada, sin ahondar en principios del derecho e incluso no aplicar el control de convencionalidad, convierten en aquel fundamento de la sentencia en falta de motivación.

Los niños han visto vulnerado su derecho a la identidad y a la nacionalidad en tanto no existe un marco regulatorio que les permita inscripción como ciudadanos.

Respecto al caso del padre biológico este ha visto afectado su derecho a la igualdad ante la ley, al libre desarrollo y a su autonomía reproductiva, en tanto la gestación subrogada es una técnica reproductiva no regulada en nuestro país y frente a ello el ejercicio de una paternidad deseada se ve restringido.

La inexistencia en el Perú de un marco regulatorio eficiente acerca de las técnicas de reproducción asistida evidencia un caso de mala praxis del principio de buen gobierno por parte del Estado en sus instituciones públicas. Con lo cual su actuación termina afectando derechos, como en este caso a través de la sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09, la misma que no garantiza los derechos fundamentales de los niños y del padre biológico.

En nuestro país existe protección constitucional para los diversos tipos de familia e igualdad para todos los hijos/as, solamente hace falta que dichos principios e interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales sean la regla en la evaluación de los diversos casos que la realidad le presenta al derecho.



BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, B. (2008). *La familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales.
- Bermúdez, M. (2019). *La evaluación constitucional de derechos en el derecho de familia*. Gaceta Jurídica.
- Carmona, M. (2015). El derecho a la intimidad en las relaciones familiares. *En Libro de Ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Civil (pp. 197-210)*. Instituto Peruano de Derecho Civil.
- Cardona, G. y Hübbe, Tadeo. (Coords.). (2022). *Fundamentos del Derechos humano al buen gobierno*. Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.
- Castillo, L. (2013). Control de convencionalidad (Derecho constitucional). En M. Álvarez y R. Cippitani (Coord.), *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica* (pp. 81-87). México: ISEG, Instituto Tecnológico de Monterrey, Università degli studi di Perugia.
- https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2134/Control_convencionalidad_derecho_constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=El%20control%20de%20convencionalidad%20es,dogm%C3%A1tico%20del%20Estado%20de%20derecho.
- Castro, A. (Ed.). (2014). *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú*. IDEHPUCP.
- Castro, A. (2019). *Principles of good governance and the ombudsman*. Intersentia.
- Centro Latinoamericano de Investigación para el Desarrollo. (2006). Código Iberoamericano de Buen Gobierno. *Revista Centroamericana de Administración Pública*, 341-348.
- Congreso de la República del Perú. (1997, 15 de julio). Ley N.º 26842. Ley General de Salud. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/284868/ley-general-de-salud.pdf?v=1572397294>

- Congreso de la República del Perú. (2000, 7 de agosto). Ley N.º 27337. Código de los Niños y Adolescentes. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-de-los-Ni%C3%B1os-y-Adolescentes-LP.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (2006, 24 de abril). Ley N.º 28720. Que modifica los artículos 20 y 21 del Código Civil. Diario Oficial El Peruano 9447. <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/9o1kwNCN45X8y-TS3LqGAr>
- Congreso de la República del Perú. (2006, 27 de mayo). Ley N.º 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Diario Oficial El Peruano 589717. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30466.pdf>
- Constitución Política del Perú de 1993. (1993, 29 de diciembre). Congreso de la Republica del Perú. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_de_I_Peru_1993.pdf?v=1594239946
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 18 de julio de 1978. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano: sociedad conyugal, sociedad paterno filial, amparo familiar del incapaz* (10ma. Ed.). Gaceta Jurídica.
- Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay. (2012). Código de Buen Gobierno del Poder Judicial de la República del Paraguay. https://www.pj.gov.py/descargas/ID1-183_cdigo_de_buen_gobierno_del_poder_judicial_de_la_repblica_del_paraguay.pdf
- Defensoría del Pueblo (2003). *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_74.pdf
- Delgado, M. (2016). *El derecho a la identidad: una visión dinámica* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos

<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7350>

- Dermizaky, P. (2000). Estado de Derecho y Buen Gobierno. *Ius et Praxis*, 6 (2), 145-151.
- De Trazegnies, F., Rodríguez, R., Cárdenas, C. y Garibaldi, J. (Eds.). (1990). *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Fondo Editorial PUCP.
- Díaz, M. (1998). *El rol del padre en el derecho peruano*. [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Duplá, T. (2019). El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *Revista Internacional de Derecho Romano*, (22), 289-325.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6907730>
- Elósegui, M. (2002). *Diez temas de género: Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*. Ediciones Internacionales Universitarias.
- Fernández Sessarego, C. (2012). *Derecho de las personas* (12va. Ed.). Editora Jurídica Motivensa.
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho a la identidad personal* (2da. Ed.). Instituto Pacífico.
- Garcés, P. (2012). *El derecho al libre desarrollo de la persona en el ordenamiento jurídico peruano vigente* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP.
- García Belaunde, D. y Palomino, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, (18), pp. 223-241.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/9363>
- Herrera, M. (2017). ¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de*

Madrid, (35), 73-113.
<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/8900/10362>

Herrera, M. (2018). Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino. *Revista de Antropología Social de la Universidad Complutense de Madrid*, 27 (2), 353-380.
<https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/61856/4564456548315>

Karpen, U. (2010). Good Governance. *European Journal of Law Reform*, 12, 16-31.

Landa, C. (2021). *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal*. Palestra.

Martínez, K. y Rodríguez, C. (2021). La maternidad subrogada: Tendencias de regulación en Latinoamérica. *Revista Jurídicas*, 18 (1), 74-90. <https://web-s-ebscohost-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=cb9a090b-5362-4a9b-8cac-bc487e960bb3%40redis>

Miyares, A. (2011). Derechos sexuales y reproductivos en América Latina. *Pensamiento Iberoamericano*, (9), 281-291.

Morán, R. (2019). *Yo soy tu padre*. Editorial Planeta.

Ordoñez, J. (2003). Administración de Justicia, Gobernabilidad y Derechos Humanos en América Latina. En Cancado, A., Moyer, C. y Zeledón, C. (Comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos VI* (50-54). IIDH.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23386.pdf>

Plataforma digital única del Estado Peruano. (2022, 8 de mayo). *Trámites para el recién nacido*. <https://www.gob.pe/533-tramites-para-el-recien-nacido>

Poder Ejecutivo. (1993, 2 de junio). Decreto Supremo 017-93-JUS. Por el cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
<https://lpderecho.pe/ley-organica-poder-judicial-actualizada/>

Presidencia de la República del Perú. (1984, 24 de julio). Decreto Legislativo N.º 295.
<http://www.abrahamlincoln.pe/normas/ETT/NL2.pdf>

Presidencia de la República del Perú. (1998, 23 de abril). Decreto Supremo N.º 015-98-PCM.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3449897/Decreto%20Supremo%20N%C2%BA%20015-98-PCM.pdf.pdf>

Puga, M. (2015). *La discriminación por razón de género en la regulación de la impugnación de la paternidad matrimonial por parte de la mujer casada* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Ramos, C. (1994). La idea de familia en el Código Civil Peruano. *Revista Themis*, (30), 97-107. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11404/11919>

Rodríguez, R. (2018). *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Fondo Editorial PUCP.

Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial PUCP.

Rubio, M., Vidal, F., Cornejo, H., Avendaño, J., Cárdenas, C., Osterling, F., De la Puente, M., Bigio, J. y De Trazegnies, F. (Comps.). (1986). *Para leer el Código Civil* (6ta Ed.). Fondo Editorial PUCP.

Salmón, E., Plácido, A. y Eguiguren, F. (2006). *El derecho al nombre e identidad: 3 estudios*. Oxfam.

Sentencia Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999, 30 de mayo). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Salgado Pesantes, Cancado Trindade, Pacheco Gómez, Jackman, Abreu Burelli, García Ramírez, de Rouz Rengifo, Vidal Ramírez, M.P.).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

Sentencia Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012, 28 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos (García-Sayán, Leonardo Franco, Macaulay, Abreu Blondet, Pérez Pérez y Vio Grossi, M.P.).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Sentencia 0606-2004-AA/TC (2004, 28 de junio). Tribunal Constitucional (Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, M.P.).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00606-2004-AA.pdf>

- Sentencia 09332-2006-PA/TC (2007, 30 de noviembre). Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, M.P.). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>
- Sentencia 05829-2009-PA/TC (2010, 23 de setiembre). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, M.P.). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05829-2009-AA.pdf>
- Sentencia 00032-2010-PI/TC (2011, 19 de julio). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, M.P.). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.pdf>
- Sentencia Cas. 563-2011 (2011, 6 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (De Valdivia Cano, Huamaní Llamas, Ponce de Mier, Vinatea Medina, Castañeda Serrano, M.P.). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casacion-563-2011-Lima-LP.pdf>
- Sentencia 01217-2019-PA/TC (2020, 10 de diciembre). Tribunal Constitucional (Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinoza-Saldaña Barrera, M.P.). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01217-2019-AA.pdf>
- Sentencia 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 (2022, 18 de julio). Corte Superior de Justicia de Lima (Juan Fidel Torres Tasso). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/07/Expediente-06323-2021-0-LPDerecho.pdf>
- Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (2001). *Derechos sexuales y reproductivos en acción*. Editorial Profamilia.
- Sokolich, M. (2012). Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. *Persona y Familia*, 1(1), 59-68. https://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2012/59_Reflexiones%20sobre%20el%20tratamiento%20de%20la%20filiaci%C3%B3n%20en%20el%20Per%C3%BA%20-%20Maria%20Isabel%20Sokolich%20Alva.pdf