



ITA IUS ESTO

Sentencia del TC Caso Morán

Por: Gustavo Diestefano Chinga Nima.

Autor

Estudiante del sexto ciclo de la Carrera de Derecho en la Universidad de Piura y miembro de la comisión de Boletín en la Revista de Estudiantes Ita Ius Esto

Sumario

I. Al respecto, una noción de trato discriminatorio: | II. Acerca de los argumentos del Tribunal Constitucional: | III. Entonces, ¿qué es el tratamiento legislativo diferente? | IV. Finalidad del tratamiento diferente - Tribunal Constitucional: | V. ¿Cuál es el fundamento del trato diferenciado en la Sentencia? | VI. Otro argumento más: La maternidad subrogada | VII. Para finalizar: | Referencias tomadas:

Resumen

El Tribunal Constitucional en la sentencia N.º 00882-2023-PA/TC, acerca del caso Ricardo Morán se ha pronunciado sobre el conflicto que ha generado la no inscripción de los hijos del accionante, debido a que en las instancias inferiores se había declarado infundada la pretensión y posteriormente improcedentes los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones registrales 109-2021-ORSBORJ- JR10LIM-GOB/RENIEC y 110-2021-ORSBORJ-JR10LIM-GOB/, dichas decisiones tuvieron respaldo en lo prescrito por el legislador, ya que en el ordenamiento peruano no se encontraba regulado legalmente que en asuntos de inscripción de menores de edad a la RENIEC se permita que el padre pueda inscribir a su hijo con sus apellidos sin mencionar la identidad de la madre. Esta regla se recoge en el numeral 6.1.1.2 literal C punto 2 de la Directiva 415-GRC/032, sobre Procedimientos Registrales para la inscripción de hechos vitales y actos modificatorios del Estado Civil ante las Oficinas Autorizadas señala que “Si el padre es el único declarante, deberá señalar como apellidos del titular, su primer apellido y el primer apellido de la madre”, sin embargo, se permite que la madre pueda inscribir a su hijo con sus apellidos, sin revelar la identidad del padre. Esta regla está prevista en el artículo 21 del Código Civil: “Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”. El Tribunal ha declarado inconstitucional la regla que no permite que el padre pueda inscribir a su hijo sin revelar el apellido materno, alegando que esta es

discriminatoria por razones de género, pero ¿realmente estamos ante una regla con tratamiento discriminatorio?

Palabras claves

discriminación, interés superior del niño, derechos del niño, idoneidad.

Al respecto, una noción de trato discriminatorio:

Antes de pasar a analizar los argumentos que nos ofrece el Órgano de control de la Constitución es necesario hacer énfasis en la idea de discriminación. Para que exista un trato discriminatorio es necesario que se cumplan dos requisitos: (I) Que exista un trato diferenciado (II) que el trato diferenciado sea injustificado. En la justificación del trato radica la principal herramienta de discernimiento entre un acto discriminatorio o no.

Acerca de los argumentos del Tribunal Constitucional:

El Tribunal Constitucional inicia delimitando los derechos que están siendo debatidos en la sentencia. Entre los contemplados encontramos: derecho a la igualdad, el derecho del niño, principios de efectividad e interés superior del niño, y derechos a la inscripción del nacimiento, al nombre y nacionalidad, así como la exigencia de conocer a los padres de un niño “en la medida de lo posible. El derecho a la igualdad y no discriminación está contemplado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución “Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. La igualdad jurídica presupone- como lo manifiesta el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 00374-2017-PA/TC-, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que, se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).

Por lo que, el principio de efectividad consiste en que la legislación positiva y el derecho debe ser cumplido y aplicado de manera efectiva en determinado ordenamiento jurídico, así se garantiza una tutela efectiva de derechos. Además, la sentencia menciona que el Perú al formar parte de la Convención de los Derechos del Niño debe aplicar de manera efectiva todos los derechos reconocidos en mencionada Convención.

Del mismo modo, 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 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.” Es importante hacer mención de este marco normativo porque sobre estos derechos y principios se ha hecho el razonamiento del tribunal, es decir toda la resolución de la controversia jurídica tiene como guía estos derechos y principios. Así mismo, el razonamiento que se hará en este escrito tiene como referencia a los mismos derechos y principios puestos en análisis.

Entonces, ¿qué es el tratamiento legislativo diferente?

En la “Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación” es evidente que la regla en cuestión: “*Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*”, “*si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*.”, denota un trato diferenciado al momento de la inscripción del menor en la RENIEC, pero también es cierto que- como se hizo énfasis al principio- no todo trato diferenciado debe ser etiquetado de discriminatorio, pues el padre y la madre tiene una diferente regulación en el ordenamiento jurídico peruano. Por ejemplo:

- **El artículo 361 CC. Presunción de paternidad**
“El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.”
- **El artículo 362 CC. Presunción de filiación matrimonial**
“El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.”
- **El artículo 371 CC. Impugnación de la maternidad.**
“La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo”.

De la lectura de estos artículos se puede ver que existe una regulación diferente que se le da al padre en comparación a la madre, pues en estos artículos se evidencia que el padre no tiene un reconocimiento seguro de la filiación, y se presume su paternidad en todo momento salvo la madre declare lo contrario, teniendo como único medio probatorio, el análisis de ADN que le asegure su vínculo de filiación. En cambio, la madre tiene otro tratamiento en el ordenamiento porque no se presume la maternidad ya que el parto le da a la madre la filiación directa. Otro ejemplo de trato diferenciado que tiene el padre y la madre en nuestro ordenamiento se da en el supuesto de la filiación extramatrimonial:

- **Artículo 402 CC:**
La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
 2. "Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia."
 3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
 4. "En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción".
 5. "En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable."
 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza."
- **Artículo 409 CC.** Declaración judicial de maternidad extramatrimonial
"La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo."

De la lectura de ambos artículos se puede ver que ante un mismo supuesto que es la filiación extramatrimonial se da un trato diferenciado, lo mismo que pasa en el supuesto de la inscripción, ya que la regla da un trato diferente y como se recalca no es suficiente afirmar que existe un trato diferenciado para afirmar que hay discriminación.

Finalidad del tratamiento diferente - Tribunal Constitucional:

Prosiguiendo con el escrito, debemos decir que el Tribunal Constitucional en la "Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)" menciona lo siguiente: "El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico de relevancia constitucional cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo." En esa línea es posible afirmar que para determinar si hay una finalidad que justifique el tratamiento diferenciado se tiene que mirar al objetivo que es la regulación propiamente dada por el legislador, en este caso la regla de inscripción, el fin es la regulación y el tratamiento de los derechos que se pretende asegurar con la legislación positiva. En ese sentido, se tiene que analizar si la regla, que imposibilita la inscripción del menor solo con los apellidos del padre cuando este solo se presente a la inscripción, pero si permite a la madre inscribir a sus hijos con sus apellidos, cumple con su fin.

Así pues, en el examen de idoneidad que realiza el Tribunal se hace alusión a que el fin inmediato de la regla debe ser la efectiva inscripción del niño (derecho al nombre) y así pueda acceder a otros derechos como salud, educación, beneficios sociales, “así como para conocer a sus padres” haciendo referencia al derecho de filiación. En esa lógica si se determina que solo el fin inmediato de la regla es el derecho al nombre, después del examen de necesidad, se va a verificar que efectivamente existe otro medio alternativo menos gravoso como lo es la siguiente regla: “*cuando la madre o el padre no revelen la identidad del padre o madre respectivos podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*” pues esa regla es igual de idónea para alcanzar la efectiva realización del derecho al nombre, pero, no contiene ninguna diferencia por razón de sexo de los padres. Bajo ese análisis la regla materia de litis sí sería discriminatoria.

¿Cuál es el fundamento del trato diferenciado en la Sentencia?

Sin embargo, si se analiza a fondo el trato diferenciado se hace no por razones discriminatorias sino por razones que responden al derecho natural como es el supuesto de la filiación. Pues, como menciona el magistrado Guirres Ticse “la regla se inspira expresamente en el principio del Derecho Romano –ilustrado por la declaración del jurista Paulo en el Digesto– “*mater semper certa est*” (“la madre siempre es conocida”) bajo el cual, el estado de gestación y el parto de la mujer llevan a la certeza de la maternidad, la necesidad de “identificar al responsable primario de las obligaciones inherentes al cuidado del neonato”. En ese sentido bajo el principio de que la madre siempre es conocida es posible afirmar que la regla no tiene como fin inmediato solo el derecho al nombre sino también el derecho a la filiación del menor (identificar al responsable primario de las obligaciones inherentes al cuidado del neonato), pues es de interés superior del niño tener derecho al nombre, como también el de conocer a sus padres.

Además, el trato diferenciado no responde a una discriminación sino a la diferente relación que tiene la madre y el padre con el recién nacido pues como menciona Gonzales Pérez de Castro: “la relación madre-hijo es *directa e inmediata*, por lo que, la mayoría de las legislaciones parten del principio romano según el cual la maternidad es siempre cierta. En cambio, la paternidad no lo es, ya que la relación padre-hijo es conocida por conducto de la madre y, por tanto, es *mediata e indirecta*; razón por la cual se encuentra plenamente justificado que, para su determinación, se establezcan mecanismos de atribución mucho más complejos: instrumentos lógicos-formales (presunciones o pruebas)” y en concordancia con lo que ha manifestado el tribunal constitucional en el EXP. N.º 03461-2010-PA/TC: “estamos frente a un derecho fundamental (derecho a la igualdad) que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación” y bajo lo expuesto el padre y la madre no tienen una idéntica situación con respecto al derecho de filiación, por eso el trato diferenciado justificado.

Otro argumento más: La maternidad subrogada

Tal es así que, el artículo 7 de la ley General de Salud, Ley 26842, dispone que “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." Y que, está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

Este artículo nos da otra razón por la cual argumentar que la regla materia de litis no es discriminatoria y que en realidad el problema que se trata de resolver en la sentencia no es un problema de trato diferenciado injustificado sino de un supuesto de inscripción que se encuentra planteado bajo un hecho que se encuentra prohibido en nuestro ordenamiento: La maternidad subrogada. Pues, como se menciona el artículo en el uso de técnicas de reproducción asistida **siempre la madre genética y la madre gestante deben de recaer en la misma persona**, por lo tanto, se puede inferir que la madre siempre será conocida. Nuestro ordenamiento no ampara otros métodos de reproducción asistida dónde la madre genética y gestante sean distintas, como por ejemplo la maternidad subrogada, hecho que entra a tallar en esta sentencia.

En esa línea la regla que únicamente otorga la facultad de no revelar la identidad del progenitor a la madre, no se basa en un trato diferenciado sino en el hecho de que en nuestro ordenamiento la madre siempre será conocida y que cuando el padre únicamente se presente a la inscripción, este pueda brindar la información de la madre sin ningún problema y así se pueda realizar la efectiva inscripción del niño, alcanzando los fines que son el derecho al nombre y el derecho a la filiación y con ello alcanzar otros derechos que habilita la inscripción. Se hace mención que estamos frente a un supuesto prohibido porque en nuestro ordenamiento se ha regulado negativamente sobre la técnica de reproducción llamada maternidad subrogada, pues en el caso concreto los menores son procreados mediante esta técnica y es a raíz de eso que se desconoce la identidad de la madre lo cual resultó determinante al momento de la inscripción de los menores por parte de su padre.

Para finalizar:

La regla que apunta: “*Si el padre es el único declarante, deberá señalar como apellidos del titular, su primer apellido y el primer apellido de la madre, cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*”, en principio denota un trato diferenciado, pero esto no se debe a una discriminación por razones de género pues el trato diferenciado no se hace injustificadamente. Primero, el mandato constitucional que prescribe el derecho a la igualdad y no discriminación tiene un contenido que no ordena a tratar a todos por igual siempre y en todo caso, sino que se debe tratar igual a lo que es igual. Segundo, el padre y la madre bajo el principio de igualdad no deben ser tratados por igual, porque no son iguales y esta diferenciación la acoge el ordenamiento jurídico nacional pues ante un mismo supuesto da una diferente regulación como el caso de la filiación extrajudicial y por lo tanto no todo tratamiento diferenciado debe ser calificado *a priori* de discriminatorio. Tercero, el fin inmediato de la inscripción no es solo el derecho al nombre sino también el derecho a la

filiación, pues con la regla de inscripción se busca identificar al responsable primario de las obligaciones inherentes al cuidado del neonato en este caso la madre, ya que, siempre la madre será conocida, supuesto que no pasa con el padre que siempre se presume su filiación con el menor, además, padre y madre gozan de una diferente relación filial, ya que la madre tiene una relación directa e inmediata y el padre tiene una relación indirecta y mediata. Por último, la maternidad subrogada es un supuesto que está prohibido en nuestro ordenamiento, esto se puede interpretar de la lectura del artículo 7 de la Ley General de Salud, empero no concibe ninguna otra técnica de reproducción asistida que no tenga como madre genética y madre gestante a la misma persona, por ser contraria al orden público y a las buenas costumbres.

Referencias tomadas:

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). Sentencia N.º 00882-2023-PA/TC. *Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ricardo Morán Vargas a favor de sus hijos E.M y C.M. contra la Resolución 4, de fecha 23 de noviembre de 2022, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.* Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>

Congreso de la República (1997). Ley General de Salud N° 26842. Recuperada de: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>

Tribunal Constitucional (2021). EXP. N.º 00374-2017-PA/TC. Recuperada de: <https://blog.idra.pe/2022/05/05/tc-reglamento-interno-no-puede-tipificar-el-estado-de-gestacion-como-una-falta/>