

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**“LA LEGITIMIDAD DE OTROS HEREDEROS PARA PRETENDER LA  
DECLARACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO  
FALLECIDO SIN DESCENDIENTES”**

**Presentada por:**

**Bach. KATHERINE YULISSA DONAYRE PACHERRES  
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**Línea de Investigación Institucional:**

**Legislación y Ciencias Políticas**

**Sub Línea de Investigación:**

**Derecho Civil: Nuevas Tendencias**

**PIURA-PERU**

**2019**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**“LA LEGITIMIDAD DE OTROS HEREDEROS PARA PRETENDER  
LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL  
DEL HIJO FALLECIDO SIN DESCENDIENTES”**

LOS SUSCRITOS DECLARAMOS QUE EL PRESENTE TRABAJO DE TESIS ES  
ORIGINAL EN SU CONTENIDO Y FORMA

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Donayre", written over a horizontal line.

**Bach. KATHERINE YULISSA DONAYRE PACHERRES**

**Ejecutor**

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Sarmiento", written over a horizontal line.

**Dr. JACQUELINE SARMIENTO ROJAS**

**Asesor**

**Línea de Investigación Institucional:  
Legislación y Ciencias Políticas**

**Sub Línea de Investigación:**

**Derecho Civil: Nuevas Tendencias**

**PIURA – PERU**

**2019**

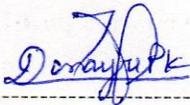
**DECLARACIÓN JURADA**  
**DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

Yo, **KATHERINE YULISSA DONAYRE PACHERRES**, identificada con DNI N° **45961678**, en la condición de estudiante egresada de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, escuela profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS** y domiciliada en Asentamiento Humano 6 de Setiembre, Mz. B, Lt. 22, distrito, provincia y departamento de Piura, con número de celular 952285136 y correo electrónico **yulissadp@hotmail.com**.

**DECLARO BAJO JURAMENTO:** que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del Código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y la Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de autor. En fe de lo cual firmo la presente.

Piura, Mayo de 2019.





Artículo 411.-El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4, inc. 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales-RENATI Resolución de Consejo Directivos N° 33-2016-SUNEDU/CD.

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**“LA LEGITIMIDAD DE OTROS HEREDEROS PARA PRETENDER LA  
DECLARACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO  
FALLECIDO SIN DESCENDIENTES”**

**TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO:**

**Dr. Luis Alberto Yaipen Hidalgo**  
Presidente

**Dr. Juan Carlos Negro Balarezo**  
Secretario

**Mag. Oscar Enrique Vilela Vargas**  
Vocal

**PIURA - PERU**

**2019**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**UNIDAD DE INVESTIGACIÓN**



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**  
**052-UI-FDCCP-UNP-2019**

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada: **"LA LEGITIMIDAD DE OTROS HEREDEROS PARA PRETENDER LA DECLARACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO FALLECIDO SIN DESCENDIENTES"**, presentada por la Bachiller; **KATHERINE YULISSA DONAYRE PACHERRES** con el **asesoramiento** de la DOCTORA; **JACQUELINE SARMIENTO ROJAS**; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADO (X)

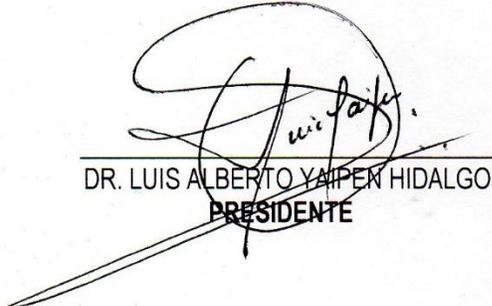
DESAPROBADO ( )

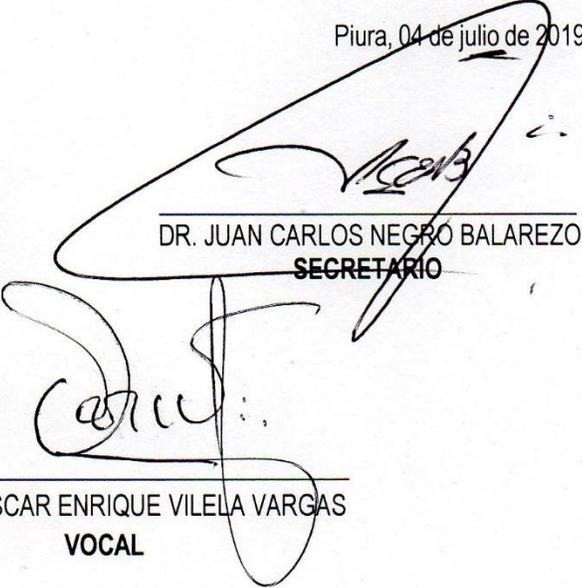
Con la mención de:

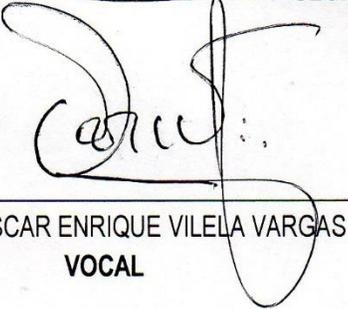
SOBRESALIENTE.

- En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 04 de julio de 2019

  
DR. LUIS ALBERTO YAÑEZ HIDALGO  
PRESIDENTE

  
DR. JUAN CARLOS NEGRO BALAREZO  
SECRETARIO

  
MAG. OSCAR ENRIQUE VILELA VARGAS  
VOCAL

## **DEDICATORIA**

A mi hermano Jhair Jesús Donayre Pacherras, que, aunque ya no esté presente, es mi guía para culminar con éxito esta etapa de mi vida profesional.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por darme las capacidades necesarias para cumplir este sueño anhelado.

A mis padres y hermana por su apoyo incondicional en cada una de mis metas planteadas.

A mi asesora, Jacqueline Sarmiento Rojas, por su orientación, tiempo y empeño en la culminación de este proyecto.

A mi querida amiga, Fátima Dayanira More Torres, por apoyarme constantemente en este proyecto anhelado.

Finalmente, a mi novio, Arnold David Requena Martens, por su constante motivación y apoyo recibido para concretar con éxito esta etapa de mi vida profesional.

# INDICE GENERAL

<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	18
<i>. CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA</i> .....	19
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA-----	19
1.2 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN-----	20
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN -----	20
1.3.1. Objetivo General: .....	20
1.3.2 Objetivo Específico:.....	21
1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN -----	21
1.4.1 Espacial: .....	21
1.4.2 Temporal: .....	21
1.4.3 Teórico: .....	21
<i>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</i> .....	22
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN-----	22
2.2 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD -----	25
2.2.1 Reconocimiento constitucional y protección a nivel internacional del derecho a la identidad .....	27
2.2.2 Derecho a conocer el origen biológico como atributo del derecho a la identidad	
29	
2.2.2.1 La prueba biológica: ADN .....	32
2.3 LA FILIACIÓN-----	34

2.3.1 Aspectos generales .....	34
2.3.2 Determinación de la filiación .....	37
2.3.2.1 Filiación Matrimonial .....	37
2.3.3 El Reconocimiento .....	44
2.3.4 Las Acciones sucesorias.....	51
2.4 LA PATRIA POTESTAD -----	53
2.4.1 Aspectos generales .....	53
2.4.2 Características .....	54
2.4.3 Ejercicio .....	57
2.4.4 Sujetos .....	57
2.4.5 Atributos.....	60
2.5 SUCESIÓN -----	64
2.5.1 Elementos.....	65
2.5.2 Clases .....	66
2.5.3 Formas de suceder.....	69
2.6 DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL --	72
2.6.1 Proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.....	72
2.7 LEGITIMIDAD-----	77
2.7.1 Clases .....	77
2.8 NÁLISIS DE LA LEGITIMIDAD EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL POST MORTEM DEL SUJETO DE DERECHO FALLECIDO TRAS SU NACIMIENTO CON VIDA -----	82

2.8.1	El caso de la improcedencia en la filiación post mortem.....	82
<i>CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO .....</i>		<i>96</i>
3.1	HIPÓTESIS GENERAL .....	96
3.2	VARIABLES.....	96
3.2.1	Operacionalización de variables.....	97
3.3	METODOLOGÍA .....	99
3.3.1	Tipo de Investigación.....	99
3.3.2.	Método de Investigación .....	99
3.3.3	Técnicas de Investigación .....	100
<i>CAPÍTULO IV: PROBANZA DE HIPÓTESIS.....</i>		<i>102</i>
4.1	PROBANZA JURÍDICO SOCIAL-DOCTRINAL.....	102
4.2	CONCLUSIONES.....	110
4.3	RECOMENDACIONES .....	112
4.4	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	114

## INDICE DE ANEXOS

Matriz Básica de Consistencia.....	118
Presupuesto.....	119.

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

- **DESCENDIENTES:** El concepto de descendiente lo utilizamos en nuestra lengua para designar a aquel individuo que resulta de otros conocidos como ascendientes. Con un ejemplo lo veremos sencillo, un hijo es el descendiente de su padre y su madre y asimismo de sus abuelos y bisabuelos, entre otros, en tanto, los padres y los abuelos serán los ascendientes de ese individuo hijo. Esta relación de descendencia que se establece entre las personas con vinculación sanguínea determinará el tipo de parentesco, ya sea como señalamos en el caso ejemplo: hijo, madre, padre, abuelos, y asimismo a la familia de sangre.
- **FILIACIÓN:** La filiación es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y otra el padre o la madre del mismo.
- **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL:** La filiación extramatrimonial es también conocida como filiación ilegítima: es decir, la derivada de la unión no matrimonial. Esta se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de algunos de ellos, relación de parentesco, etc. Así, por filiación extramatrimonial debemos entender el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio.
- **HEREDEROS FORZOSOS:** Los herederos forzosos son los parientes más próximos al causante, que no pueden ser desheredados por éste, sin causas justas, legalmente establecidas. Hay una porción llamada legítima que deberá ser respetada por el testador al tiempo de hacer sus disposiciones testamentarias, del resto de sus bienes puede disponer a su antojo.

- **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:** El término interés superior describe de manera general el bienestar del niño. Se considera que a raíz que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que es el interés superior del niño. Por esta misma razón, el interés superior del niño debe de ser evaluado de manera individual, tomando en cuenta las características especiales de cada caso.

Sin embargo, si se nos exigiera una definición del mismo, “es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ‘declarado derecho’; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser interés superior.

- **LEGITIMIDAD:** Cuando alguien está dotado de **legitimidad**, tiene la capacidad realizar una función pública que implique ejercer el poder, mandar y ser obedecido. La **legitimidad**, como tal, implica el reconocimiento, por parte de los otros, de que una persona está investida de **autoridad pública** para ejercer un cargo del Estado
- **LEGITIMIDAD PARA OBRAR:** legitimidad para obrar constituye una condición fundamental en la obtención de una sentencia de mérito y que su cumplimiento puede ser denunciada por alguna de las partes o declarada de oficio por el Juez.
- **NIÑO:** Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad.
- **PROCESO.** Se define al proceso como el conjunto de actos que realiza el órgano jurisdiccional y los intervinientes, debidamente concadenados, y que termina en una sentencia. Es el instrumento esencial de la jurisdicción o función del Estado, que

consiste en una serie de actos tendientes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto.

- **PRUEBA:** Es el grado de convicción que se produce en los magistrados sobre la veracidad o falsedad de un hecho, en virtud de los medios de prueba ofrecidos en juicio.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

- ADN: ácido desoxirribonucleico.
- CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.
- RTC: Resolución del Tribunal Constitucional.
- TC: Tribunal Constitucional.

## RESUMEN

El derecho a la identidad es “un proceso histórico que legitima a una persona dentro de una universalidad, que está en el ser humano, en la sociedad y que produce dignidad y bienestar en cada uno de ellos”, pues al ser un derecho inherente al ser humano, es irrenunciable por constituir un derecho fundamental y natural de toda persona, ya que es un derecho humano garantizado por el ordenamiento jurídico positivo a nivel nacional e internacional.

Se precisa que la filiación al formar parte del derecho de la identidad está protegido a través de nuestra Carta magna en su artículo 2° inciso 1, en el cual se establece que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Asimismo, en el artículo 1 del Código civil peruano se precisa que, “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento con vida, concordante con el artículo 19°, el cual declara que «toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos» y con el artículo 20° que señala, “al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre”.

Además, el Código de los niños y adolescentes, en su artículo 6° señala que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

El artículo 18° de la Convención americana expresa sobre el Derecho al Nombre que, “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o a uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

Es decir, se establece que los hijos tienen derecho a conocer a sus progenitores, lo que permitirá preservar sus orígenes y los lazos de parentesco con respecto a sus padres biológicos, pues a partir de su reconocimiento será individualizado como persona.

El Pacto interamericano de derechos civiles y políticos en su artículo 24°, inciso 2, señala que, “todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

Por tanto, el derecho fundamental a la identidad se adquiere con el nacimiento con vida de la niña (o), que en este caso murió al día siguiente de su nacimiento. El único requisito para adquirir su derecho a la identidad su nacimiento con vida, no un número de horas determinadas para concretar la adquisición de derechos, como sucedió en el Código Civil peruano de 1852, por lo que debería darse la regularización de su estado filiatorio para ser identificado como tal. Asimismo, el artículo 386° del Código Civil establece que, “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”, por lo que válidamente la madre de la menor al haber convivido 10 años con el señor Manfred Sotelo puede solicitar el reconocimiento de su menor hija fallecida.

**Palabras claves:** identidad, filiación y legitimidad.

## ABSTRAC

The right to identity is "a historical process that legitimizes a person within a universality, that is in the human being, in society and that produces dignity and well-being in each one of them", since being an inherent right to Being a human being, it is inalienable because it is a fundamental and natural right of every person, since it is a human right guaranteed by the positive legal order at national and international level.

It is specified that the filiation to be part of the right of identity is protected through our Constitution in its article 2 clause 1, which states that "every person has the right to life, to their identity, to their moral, psychic and physical integrity and their free development and well-being. The conceived is subject of law in everything that favors him. "

Also, Article 1 of the Peruvian Civil Code states that, "the human person is a subject of law from birth with life, consistent with Article 19, which states that" every person has the right and duty to carry a name. This includes the surnames »and with the article 20 ° that indicates," the son corresponds the first surname of the father and the first one of the mother ".

In addition, the Code of Children and Adolescents, in Article 6 states that "the child will be registered immediately after birth and will have the right from birth to a name, to acquire a nationality and, as far as possible, to meet their parents and be cared for by them. "

Article 18 of the American Convention expresses on the Right to the Name that, "every person has the right to a proper name and to the surnames of his parents or to one of them. The law will regulate the way to ensure this right for all, by means of supposed names, if necessary. "

That is, it is established that children have the right to know their parents, which will preserve their origins and ties of kinship with respect to their biological parents, because from their recognition will be individualized as a person.

The Inter-American Covenant on Civil and Political Rights in its article 24, paragraph 2, states that, "every child will be registered immediately after his birth and must have a name."

Therefore, the fundamental right to identity is acquired with the birth of the child (or), who in this case died the day after his birth. The only requirement to acquire his right to identity his birth alive, not a certain number of hours to realize the acquisition of rights, as happened in the Peruvian Civil Code of 1852, so the regularization of his filiation status should be given to be identified as such. Likewise, Article 386 of the Civil Code establishes that "children born out of wedlock are those conceived and born out of wedlock", which is why the mother of the minor, having lived with Manfred Sotelo for 10 years, can apply for recognition of her minor daughter deceased.

**Keywords:** identity, affiliation and legitimacy.



## INTRODUCCIÓN

El derecho a la identidad está vinculado a la determinación de la filiación, por ello es necesario que la normativa sobre filiación deba estar debidamente regulada en armonía con el Derecho a la Identidad, a fin de garantizar su concreción y goce. Así mismo es de precisar que el Derecho a la Identidad se relaciona también a derechos sucesorios en el caso que al fallecimiento de la persona, no se haya aun determinado su filiación de paternidad extramatrimonial.

En ese sentido, el artículo 407° del Código Civil peruano regula en forma taxativa que la legitimidad para incoar la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial corresponde exclusivamente al hijo; empero, en atención a su minoría de edad, esta recae en la madre, incluso siendo también aquella menor de edad. Ahora bien, la misma norma prescribe que la acción no se traslada a los herederos del hijo y sólo sus descendientes pueden continuar el juicio iniciado por el primero, lo cual implica que el hijo que nace y fallece siendo infante y, por ende, sin descendencia, está de antemano condenado a carecer de filiación paterna y del derecho a una identidad post mortem.

Por ello la presente investigación, pretende abordar este tema para analizar el derecho a la identidad del fallecido sin descendientes y que no fue reconocido antes de fallecer, para lo cual tomaremos como antecedente la sentencia recaída en el Expediente N° 04305-2012-PA/TC, por la cual el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo promovida por doña M.A.L; quien ante la justicia ordinaria requirió la declaración de paternidad extramatrimonial de su hija fallecida al día siguiente de nacer.

*La Autora*

## **. CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA**

### **1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA**

La presente investigación inicia como consecuencia de los problemas jurídicos derivados de los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial que se ventilan en nuestro ordenamiento jurídico. Tal es el caso del proceso constitucional signado con el N° 04305-2012-PA/TC, en el cual el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo que interpuso la madre de una menor fallecida, debido a una limitación en la legitimidad para obrar de los herederos, cuando la acción de filiación de paternidad extramatrimonial no se hubiere iniciado en vida a instancia del propio hijo (a). En este caso se determinó que, si dicha acción se promueve con posterioridad a su muerte, la representación legal de la madre habría fenecido con la muerte de la menor, quien dejó de ser un sujeto de Derecho. En atención a ello y en aplicación del artículo 407° del Código Civil se concluyó que “la madre no tiene legitimidad para demandar la filiación extramatrimonial del hijo fallecido”.

Al respecto, considero que dicha decisión no fue la más indicada debiendo haberse otorgado la legitimidad para obrar en favor de la madre, pues al ser heredera de su hija, tenía legítimo interés para obrar.

## **1.2 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN**

El presente proyecto se justifica porque resulta importante realizar la presente investigación por cuanto nos va a permitir identificar los problemas que se han suscitado en torno a la aplicación formal y restrictiva del artículo 407 de Código Civil durante el trámite de los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial, básicamente al momento de determinar quiénes son las personas que se encuentran legitimadas para iniciar la acción antes mencionada, en el caso de que el hijo fallecido no haya dejado descendientes, y tampoco, iniciado el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial en vida, a efectos de continuar con su prosecución.

El tema materia de investigación se realiza por la necesidad de poder unificar criterios en cuanto al tema de la legitimidad para obrar en los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial del hijo fallecido; así también, poner de conocimiento el avance y tratamiento, en el ordenamiento jurídico nacional y comparado, de la figura jurídica de filiación de paternidad extramatrimonial.

## **1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. Objetivo General:**

Determinar si resulta necesaria la modificación del artículo 407 del Código Civil a efectos de ampliar el legítimo interés para ejercitar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial a los herederos forzosos del hijo fallecido sin descendientes.

### **1.3.2 Objetivo Específico:**

Explicar cuáles son los parámetros que definen el legítimo interés para entablar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial respecto del hijo fallecido sin descendientes.

## **1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1 Espacial:**

La investigación se encontró limitada al análisis del artículo 407° del Código Civil vigente.

### **1.4.2 Temporal:**

En el momento que el Tribunal Constitucional emitió la sentencia N° 04305-2012-PA/TC.

### **1.4.3 Teórico:**

Derecho Constitucional, Derecho de familia, Tratados Internacionales, Doctrina, Jurisprudencia.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **Bases Teóricas-Doctrinales**

Erick Veramendi Flores, comentando la sentencia N° 04305-2012-PA/TC, señala al respecto que: “Nuestra posición es que, si se ha establecido que el menor ha fallecido, la controversia no es sobre representación (la representación legal se extingue por muerte del representado), por lo tanto, la argumentación de que la madre no puede demandar en representación de su hija fallecida resulta impertinente. Al respecto la doctrina procesal ya ha identificado el problema de la confusión entre la representación y legitimidad para obrar, sobre todo en caso de menores de edad, donde se reconoce ampliamente la legitimidad en favor del niño por nacer”.

Tribunal Constitucional en la sentencia N° 04305-2012-PA/TC: Al respecto, se observa que la resolución cuestionada se encuentra razonablemente sustentada al señalar que el artículo 1° de la Ley N° 28457, al referirse a “quien tenga legítimo interés”, debe ser interpretado y concordado con el artículo 407° del Código Civil, que dispone sobre quien recae la titularidad de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.”

Edgard Lastarria Ramos, comenta: “El artículo 407° del Código Civil contempla una situación excepcional. La capacidad para intervenir en un proceso por derecho propio o en representación de otra persona, implica que se tenga capacidad civil de ejercicio conforme

al artículo 42 del Código Civil que establece que tiene plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44”.

Emilia Bustamante Oyague, indica que: “El derecho para reclamar la filiación corresponde sólo al hijo, por lo que sus herederos no podrán interponer una demanda con ese objeto. Sólo podrán continuar la ya iniciada por su causante en su calidad de sucesores procesales conforme al artículo 108 del Código Procesal Civil. Solución distinta se presenta para los herederos del hijo matrimonial que pueden reclamar su filiación en los casos previstos en el artículo 374 del Código Civil”.

Max Arias-Schreiber Montero, complementa diciendo que: “No encontramos razón para mantener esta diferencia que resulta discriminatoria, pues otorga un tratamiento más favorable para los hijos matrimoniales en perjuicio de los extramatrimoniales y, por lo tanto, atenta contra el Principio de Igualdad de todos los hijos”.

Alex Plácido, manifiesta que: “No hay razón alguna para impedir a los herederos interponer una demanda de filiación extramatrimonial, por lo que debería modificarse el artículo 407° del Código Civil. El Código Civil Italiano permite que la acción pueda ser ejercida por los descendientes si hubiera muerto el hijo. Creemos que esta solución puede adaptarse en nuestra legislación”.

Héctor Cornejo Chávez, señala que: “El reconocimiento voluntario de una persona fallecida ha sido siempre visto con cautela y reserva por cuanto se consideraba que su principal motivo era heredar al difunto, ocultándose intereses sórdidos, lo que constituye una perspectiva antifuncional del reconocimiento. De esta manera se llegó a sostener que los reconocimientos póstumos se fundan en aspectos interesados del reconocedor que no habiendo ejecutado su papel en vida del hijo intenta ahora constatar una relación paterno-filial cuando se deja un patrimonio tras él. Es por ello que la ley ha establecido requisitos y limitaciones adicionales para esta forma de reconocimiento a efectos de impedir que se realicen obedeciendo al interés espurio de heredar al difunto” Asimismo, indica que: “Hay partidarios que sustentan la validez del reconocimiento del hijo fallecido sin dejar descendientes, otro sector alega que este tipo de reconocimiento sólo puede realizarse cuando existen descendientes. Por su parte algunos autores siguen una posición ecléctica, en el sentido de que la validez de este reconocimiento dependerá de cada caso, así se rechazará cuando el padre pretenda beneficiarse de la herencia, pero se admitirá cuando el reconocimiento se hace para homenajear a la memoria del hijo difunto y dar satisfacción a la propia conciencia del reconocedor.”

Enrique Varsi Rospigliosi, expresa que: “Finalmente, debemos mencionar que una fórmula más beneficiosa y amplia hubiera sido permitir un reconocimiento póstumo cuando existan en general herederos forzosos y no solo limitarlo a los herederos del primer orden, que son únicamente los descendientes. Caso singular es el Código de Familia boliviano que permite el reconocimiento post mortem a efectos de beneficiar al cónyuge supérstite y a los descendientes

Rosa Mejía expresa que: “Si bien el reconocimiento es un acto declarativo de estado filial en este caso típico se autoriza el mismo otorgando la calidad de hijo a un sujeto premuerto con la única finalidad, de que beneficie a su descendencia. De allí que un reconocimiento póstumo sin descendencia del fallecido es ineficaz y además nulo, salvo que sea por interés personal del reconocedor. Sin embargo, la solución del reconocimiento no es siempre feliz. En otras palabras, esta regulación puede presentar situaciones absurdas y hasta insensatas, Por ejemplo, aquel hijo que por su edad no deje prole y dada su condición social carezca de bienes no se admitiría (muy a pesar de ello) el reconocimiento de su filiación

## **2.2 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD**

El artículo 1º de nuestra Constitución Política del Perú de 1993 señala que, “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Siendo esto así, cabe hacer la precisión que el respeto sobre la persona humana implica el respeto sobre sus derechos, y en el presente caso su derecho a la identidad. Lo señalado anteriormente se concreta con la protección nuclear que se le otorga a este derecho fundamental en el artículo 2º, inciso 1 de nuestra Carta Magna que señala que “toda persona tiene derecho a (...) su identidad (...)”. Asimismo, no debemos olvidar que este derecho fundamental a la identidad no es exclusivo de los niños, sino que es propio de toda persona, tanto que este derecho fundamental está estrechamente vinculado con el derecho a la vida, porque desde el inicio de la vida, nace el derecho de toda persona a ser reconocido como tal.

Como señala Gonzáles, (2009) “En efecto: hablar de identidad es hablar de la conciencia que tenemos de nosotros mismos, y es conveniente advertir que esa conciencia de uno mismo no es algo irrelevante para el ser humano porque el hombre necesita saber quién es, para serlo de manera plena. Esto es así en todos los órdenes de la vida”.

Por ello el derecho a la identidad lleva implícito el derecho a la identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana. Este derecho a la identidad biológica tiene como referente material mediato a las necesidades esenciales que se encuentran en la propia existencia del individuo, como elemento básico para su realización y; que sin las cuales no es posible su completo desarrollo como persona.

En virtud a lo mencionado en el párrafo anterior, Severino (2010), señala que “El derecho a la identidad es el derecho a ser quien es, es un derecho a la propia biografía. Pero a la vez, y fundamentalmente es el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal. Negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal, de aquella que ha configurado a lo largo de los años, del proyecto que ha elegido para sí, es una violación gravísima a sus derechos más elementales”.

Asimismo, sobre este derecho fundamental a la identidad, en el derecho comparado y en el derecho nacional, se suele distinguir entre una faceta estática y una faceta dinámica La faceta estática comprende aquella realidad biológica o genética de la persona humana (verdad biológica), que inicia con la vida misma y no varía a lo largo del tiempo, como el nombre, realidad genética, fecha y lugar de nacimiento, etc.; no obstante, excepcionalmente, alguno podría llegar a variar mediante pronunciamiento judicial como el nombre, por ejemplo. La faceta dinámica es aquella que complementa a la faceta estática y es la que va

variando con el paso del tiempo, como los caracteres físicos y los atributos de identificación de la persona, de índole político, religioso, psicológico, etc., que dan pie a los atributos de la personalidad.

En conclusión, se precisa que el derecho fundamental a la identidad se constituye, per se, como un derecho personalísimo, que implica el derecho a ser uno mismo, diferenciado de los demás, que lo hacen único en la especie y en la sociedad, lo que conlleva el derecho a su verdad histórica; por lo tanto, para una correcta protección de este derecho, se deberá tomar en cuenta tanto la faceta estática como la faceta dinámica.

### **2.2.1 Reconocimiento constitucional y protección a nivel internacional del derecho a la identidad**

Nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, dan una especial importancia y trascendencia al derecho que tiene todo ser humano a su identidad, siendo éste un derecho inherente, y por el cual toda persona es un ser único, irrepetible y trascendente. Por ello respecto a la regulación nacional de este derecho fundamental, la Constitución Política del Perú, en su artículo 2º, inciso 1, señala que toda persona tiene derecho: “(...) a su identidad (...)”; asimismo el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 6º señala que “el niño 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 (...)”; normas que son concordantes con el artículo 19º del Código Civil, que prescribe que “toda persona tiene el derecho y deber de llevar un nombre (...)”; y con las normas de la Ley Orgánica del RENIEC, en donde se determina que

es imprescindible que en la solicitud de inscripción, se consignen los datos que permitan la identificación del niño o adolescente, así como los nombres de los padres biológicos, con el objeto de establecer la filiación, lo cual permitirá que el menor logre hacer prevalecer sus derechos y libertades.

Por otro lado a nivel internacional este derecho fundamental está recogido, entre otros, en la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Perú mediante resolución legislativa N° 25278), la misma que señala en su artículo 7°, inciso 1 que: “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”; asimismo en su artículo 8°, inciso 1 señala que: “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. También recoge este derecho el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este punto, cabe recordar la jurisprudencia sobre la aplicación e interpretación de tratados internacionales por nuestro ordenamiento jurídico nacional, como por ejemplo la Sentencia recaída en el Exp. N° 2730-2006-PA/TC31, en donde señala que “los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55 de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución, dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, por lo que exige a los poderes públicos nacionales que a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos

constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados”.

## **2.2.2 Derecho a conocer el origen biológico como atributo del derecho a la identidad**

El derecho a conocer la verdad biológica, es un derecho fundamental de la persona, puesto que es un derecho personalísimo e inherente por su condición de tal y por lo tanto es perpetuo y oponibles erga omnes.

Asimismo, el derecho a la identidad, objeto de estudio de la presente tesis, está recogido expresamente en nuestra carta magna, en su artículo 2º, inciso 1, en donde se señala que “toda persona tiene derecho: (...) a su identidad”; es así que, este derecho tiene fundamento constitucional expresamente reconocido, constituyéndose como un derecho fundamental. Como tal, por su naturaleza es intangible, no puede ser violentado, ni se puede permitir se atente contra su esencia, esto implica que exista toda una normativa que no obstaculice la búsqueda de la verdad biológica por parte de la persona, sin dejar de considerar, claro está, que al estar involucrado un menor, esta búsqueda de la verdad biológica deberá responder al interés superior del menor.

Al determinar que el derecho a la identidad es el derecho que tiene el ser humano, a ser uno mismo, único en su múltiple diversidad de aspectos, el cual está regulado en nuestra Constitución Política, ya que se trata de un derecho fundamental, se concluye, en principio, que el derecho de toda persona a conocer su propio origen biológico y su propia historia, debería configurarse como un aspecto medular de la persona reconocida como tal. Ya que, el conocimiento del origen biológico, el acceso concreto a su conocimiento con independencia de la filiación, es parte esencial del derecho a la identidad. Es así que, este

derecho está comprendido dentro de los atributos de la identidad de toda persona, concretamente la identidad en las relaciones familiares.

Sobre lo expuesto, Plácido, señala que “(...) y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo. Más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño (...) Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales (...) y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo” Se deduce entonces que la postura del autor es que, como criterio general, el derecho de saber la verdad biológica debe primar siempre. En la misma línea de ideología se conduce Varsi cuando señala que “Entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y para así obtener el emplazamiento que le corresponde, esto es el derecho a saber quiénes son sus padres” Asimismo, sobre este derecho fundamental a conocer el origen biológico, MORÁN opina que “(...) el régimen de filiación reconoce la primacía del derecho a conocer el propio origen biológico del hijo sobre el derecho a la intimidad de los padres (...) Por este motivo, el ejercicio del derecho a conocer el origen biológico a través de la acción de investigación de la paternidad y maternidad, no sólo tiene por finalidad el establecimiento de la filiación biológica sino también la constitución de la relación paterno - filial con el conjunto de derechos y deberes recíprocos que ello implica”

Respecto del derecho a la investigación de la paternidad (faceta del derecho a conocer el origen biológico), su reconocimiento en el derecho comparado es casi uniforme. Este derecho es un derecho natural de toda persona.

Concretamente el derecho fundamental a la identidad, permite la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que de acuerdo a su origen biológico le corresponde, así como el derecho a conocer su propio origen biológico, deben ser considerados superiores por todo estado, autoridad y particular, garantizando o posibilitando los medios idóneos para su ejercicio, protección y promoción. Nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, dan una especial importancia y trascendencia al derecho que tiene todo ser humano a su identidad. Este derecho de identidad de origen involucra construir su única historia personal, esta identidad que es necesaria para conocer su procedencia, la búsqueda de sus raíces que den razón al presente que les toca vivir, a través del reencuentro con su historia individual y grupal irrepetible, que debe ser respetado y protegido de modo especial, toda vez que es esencial en las etapas de la vida en las cuales la personalidad debe consolidarse.

Por lo tanto, la dignidad de todo ser humano se configura como un valor superior a todos los demás, y por sí misma exige entre otros, el derecho a conocer quiénes son realmente sus padres, es decir, el derecho a una identidad biológica. Por lo tanto, la sociedad está obligada a respetar el derecho personalísimo de todo ser humano a conocer su verdad biológica, su historia, su origen; sin dejar de tomar en cuenta que este derecho está supeditado al interés superior del hijo, y lo que su propia naturaleza reclama, protección especial.

### **2.2.2.1 La prueba biológica: ADN**

Actualmente, la realidad nos lleva a asumir que el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad están tomando la fuerza e importancia que su propia naturaleza reclama, ya que como ya se ha señalado anteriormente, el derecho a la identidad se configura como un derecho fundamental y personalísimo basado en la dignidad humana. En este sentido, el derecho a conocer el origen biológico, a conocer la propia identidad genética (principio de la verdad biológica), lleva consigo la posibilidad de realizar pruebas biológicas.

El 08 de enero del 2005 se promulgó en nuestro país la Ley N.º 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Esta Ley reconoce al examen de ADN como un instrumento para identificar el vínculo de filiación biológica, tanto así que exige como único medio de oposición por parte del demandado, la actuación del examen de ADN. El descubrimiento de la aplicación del ADN, como mecanismo para establecer el nexo filial, es un aporte sumamente importante para el derecho y para la sociedad en sí.

Desde el punto de vista de la evolución de las pruebas biológicas, se puede señalar resumidamente que en el año 1952 se descubrieron los antígenos de histocompatibilidad (HLA), y en 1970 se logró conocer en su integridad la información genética de la persona mediante el Ácido desoxirribonucleico – ADN (elemento químico que se hereda de los padres por mitades). Es así que, el método de HLA se vio desplazado por el ADN, el mismo que está revestido de un elevado grado de certeza. Cabe precisar que la prueba biológica del ADN se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos, ya que las características del ADN de una persona son únicas e inmutables y están determinadas desde el momento mismo de la concepción, por la dotación genética que recibe de sus padres y, a través de ellos, de sus demás ancestros.

Debido a este avance, la normativa procesal y la jurisprudencia empezaron a admitir todo tipo de pruebas para la investigación filial. Por ejemplo, en España, la reintroducción del principio de la verdad biológica dio pie a la permisión de la presentación de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

Sobre este punto, es necesario mencionar alguna jurisprudencia nacional como la Sentencia recaída en el Exp. N.º 31149644 en donde se señaló que “(...) siendo por tanto un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial (...) es del caso resaltar la existencia en autos de la pericia genética o también llamada “prueba de ADN (...), la misma que viene a corroborar, y en definitiva a dar plena certeza respecto del padre biológico (...) con un nivel de aproximación científica del 99.86%, esto es, en factores humanos, casi certeza absoluta (...)”. Asimismo, tenemos la Casación N.º 4307-2007/Loreto , en donde se precisó que “(...) desde la vigencia de la Ley N.º 28457 que agregó al artículo 402 del Código Civil, como sustento de la declaración de filiación extramatrimonial, las pruebas de identidad genética, particularmente la denominada del ADN, ha modificado fundamentalmente el concepto jurídico de la investigación y reconocimiento de la paternidad lo que inclusive ha afectado la presunción “páter is (...)” sustento del artículo 361 (...), pues esta prueba, por su rigor científico y alto grado de certeza, permite establecer la relación de paternidad, dejando ya sin vigencia el antiguo aforismo “mater certus, páter Samper incertus”, y hoy en día, el padre puede tener certeza absoluta sobre su progenie (...)”. Asimismo, tenemos la Casación N.º 20262006/Lima, en donde se precisó que “(...) la prueba del Ácido Desoxirribonucleico – ADN, es la prueba genética más exacta y eficaz disponible para determinar relaciones familiares, puesto que se basa en el Acido Desoxirribonucleico – ADN, que no es sino el componente principal del material genético, contenido de cada célula

de todo organismo (...). Por último, cabe hacer mención al Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997 en donde se precisó “(...) por consenso que sí es procedente ordenar la prueba de ADN en los procesos de declaración de paternidad; sin embargo, no debe exigirse su cumplimiento contra la voluntad de llamado a someterse a dicha prueba, pues ello atentaría contra su libertad individual. En los casos de negarse la parte, esta conducta será apreciada por el juez, pudiendo extraer conclusiones negativas para el que se opuso, de conformidad con el artículo 282 del CPC.”

Desde mi punto de vista, la prueba biológica es fundamental para determinar la identidad genética de la persona humana; tanto así que, en las últimas décadas la doctrina y la normativa nacional y la normativa comparada se han inclinado a consagrar a la prueba de ADN como el instrumento y mecanismo que garantiza con un 99.9% de seguridad si una persona es realmente padre de un menor, pudiendo llegar a determinar con esta prueba de forma objetiva el verdadero origen genético de una persona.

## **2.3 LA FILIACIÓN**

### **2.3.1 Aspectos generales**

La palabra filiación se deriva de la voz latina filius, que a su vez se origina de filium que significa procedencia del hijo respecto de los padres o simplemente relación del hijo con sus progenitores.

En la doctrina nacional, Varsi, señala que filiación “es una relación jurídica de primera generación que surge del parentesco en razón de dos personas, padre e hijo, pues a todos les interesa tener debidamente identificada su filiación”.

Por lo que, la filiación presupone “un vínculo natural, biológico existente entre el hijo y los padres que lo han procreado, vínculo que nace naturalmente con la procreación del hijo, pero que legalmente deriva con el reconocimiento de los padres a sus hijos, por presunción de la misma ley y hasta por mandato judicial”.

La filiación, como institución jurídica, hace referencia a la relación inmediata que existe entre dos partes, por un lado, el hijo y, por el otro lado, los padres; es así, que Plácido señala que se puede definir a la filiación como “la relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera, en la que se descubre un doble elemento, la maternidad y la paternidad”.

De acuerdo al principio de igualdad de filiaciones, se puede hacer referencia al origen de la filiación para determinar sus fuentes; generando, ello, la siguiente clasificación; la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción; la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; la filiación matrimonial y extramatrimonial, como la adoptiva, surten los mismos efectos

Nuestro Código Civil, en su Libro III – Derecho de Familia, en su Sección Tercera “Sociedad Paterno-Filial”, distingue entre filiación matrimonial y filiación extramatrimonial. Respecto de la primera no precisa definición alguna, pero hace referencia en su artículo 361° a que se considera hijo matrimonial al hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución. Respecto de la segunda, sí está definida por nuestro Código Civil en su artículo 386°, en donde se señala que se consideran hijos extramatrimoniales a los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

La Constitución de 1979, en nuestro país, recogió la idea de proteger a los hijos, cualquiera que fuese la situación de sus progenitores, estableciendo que todos los hijos tienen

iguales derechos y deberes frente a sus padres. Es así que nuestro Código Civil de 1984 recoge el proceso evolutivo hacia la igualdad de filiaciones, eliminándose la distinción entre legítimos e ilegítimos, teniendo el estado filial de referencia sólo la realidad biológica.

Al igual que nuestro Código Civil de 1984, en los últimos 30 años, diversas legislaciones han acogido el principio de la igualdad de la filiación teniendo, por ejemplo, Cuba en 1975, España en 1981, Venezuela en 1982, entre otras; incluso la doctrina canónica busca hacer primar la igualdad de los hijos (Código de derecho canónico de 1983).

Este principio de igualdad de filiaciones significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres; tanto que, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos tienen un trato igualitario ante la ley, es así que, por ejemplo, la pretensión para reclamar la filiación les corresponde no sólo a los hijos matrimoniales, sino también a los hijos extramatrimoniales. Este principio se ve concretado en el artículo 17º, numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en donde se señala que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Es en este sentido que Varsi señala que “La tendencia moderna es no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. A lo sumo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por un acto jurídico familiar) (...) en la filiación debe primar el principio de unidad, no solo entendiendo que todos los hijos son iguales, sino consagrando una verdadera equidad en la determinación de sus orígenes”.

La filiación, como institución jurídica, genera efectos jurídicos que mencionaré a modo enunciativo y referencial, teniendo entre ellos que con la filiación se genera la patria potestad y todos sus atributos, asimismo la obligación de prestar alimentos y el derecho a recibirlos, el deber asistencial y de cuidado entre los sujetos cuya filiación se genera (funciones de protección), derechos sucesorios, el derecho a la identidad concretado en el derecho a llevar los apellidos que correspondan, derecho a una nacionalidad, como también se generan impedimentos por razones de lazos de consanguinidad, etc.

### **2.3.2 Determinación de la filiación**

La filiación presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan, jurídicamente, determinadas. La determinación de la filiación es “la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta” La determinación de la paternidad y maternidad resulta de la atribución que hace la ley de las relaciones jurídicas respecto de los progenitores y del hijo.

#### **2.3.2.1 Filiación Matrimonial**

La filiación tiene como núcleo el matrimonio entre los progenitores, ya que esta filiación se establece tanto respecto del padre como de la madre conjuntamente, tanto así que, al corroborar la maternidad, se aprecia la paternidad del marido.

Respecto a la maternidad matrimonial, Gonzáles señala que el “constante matrimonio y concurriendo el parto y la identidad del hijo, la maternidad matrimonial queda determinada desde el mismo momento del nacimiento. Es decir, la mujer que se convierte en madre por el parto pasa, automáticamente, a tener el status jurídico de madre ante el derecho, sin que,

posteriormente, deba reconocer la filiación o llevar a cabo algún procedimiento especial para ser considerada como tal. Se identifica, por tanto, el hecho biológico del nacimiento con la constitución de la relación jurídica de filiación (maternidad biológica y jurídica coinciden), cumpliéndose a la perfección el principio *mater semper certa est*”.

Es claro que, el certificado de “nacido vivo” es la prueba exigida por el artículo 409º del Código Civil, es decir, dicho certificado es la prueba del parto y de la identidad de la madre con el hijo nacido vivo; es en ese sentido que, tal cual señala Plácido, “la determinación de la maternidad resultará directa e inmediatamente del nacimiento, demostrado el parto y la identidad del hijo, queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar de más requisitos (...). Con ello, además, se logra la concordancia entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico emergente de la filiación”.

Como ya se ha señalado, se podrá determinar cuáles hijos son matrimoniales y cuáles no, según el momento de la concepción y del nacimiento, siendo que serán considerados hijos matrimoniales los concebidos antes del matrimonio, pero nacidos dentro de él, los nacidos fuera del matrimonio, pero concebidos dentro de él, y los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio.

En este punto, Varsi señala que el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido diversas teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles extramatrimoniales, teniendo en primer lugar la Teoría de la concepción, que señala que serán hijos matrimoniales, quienes hayan sido concebidos durante el matrimonio, independientemente que nazcan dentro o fuera del mismo; en segundo lugar está la Teoría del nacimiento, que señala que serán hijos matrimoniales,

quienes hayan nacido dentro del matrimonio, independientemente que hayan sido concebidos dentro o fuera del mismo; y por último existe la Teoría mixta, que señala que para atribuir una paternidad matrimonial es importante tanto el momento de la concepción como del nacimiento, tomando en cuenta los plazos legales determinados en la norma sustantiva; es así, que se considerarán hijos matrimoniales si la concepción y el nacimiento se producen, individual o conjuntamente y de acuerdo a los plazos de ley, dentro del matrimonio. Cabe señalar que esta última teoría es la adoptada por nuestro Código Civil

El artículo 361° del Código Civil regula la presunción de paternidad en la filiación matrimonial señalando que “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. Por lo tanto, al hijo nacido dentro de este período se le presume como hijo matrimonial, presunción legal relativa que admite prueba en contrario, tal cual lo señala Plácido al afirmar que “la presunción de paternidad matrimonial es una presunción relativa, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes; salvo que, en sede jurisdiccional y ejercitando la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial, se actúen las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efectos”. La paternidad matrimonial del marido de la madre. Ante esto, la doctrina recoge diversas teorías sobre el fundamento básico de esta presunción legal, teniendo en primer lugar la teoría de la accesión, que siendo la más antigua defiende que el fundamento está en el dominio (propiedad) que el marido ejerce sobre su mujer y sobre el hijo que es fruto accesorio de la mujer; en segundo lugar se tiene la teoría de la presunción de fidelidad de la esposa, la misma que se basa en la fidelidad de la esposa hacia su marido; en tercer lugar se tiene la teoría de la cohabitación exclusiva, que se basa nuclearmente en el hecho de la cohabitación exclusiva entre los cónyuges; en cuarto

lugar se tiene la teoría de la vigilancia del marido, que implica que al marido le está encomendada legalmente la vigilancia de la conducta de su esposa, por tanto, el hijo de ella deberá atribuírsele; en quinto lugar se tiene la teoría de la admisión anticipada del hijo por el marido, que sostiene que la atribución del hijo reposa en una admisión que hace el marido, por anticipado, de los hijos que su esposa dé a luz en lo sucesivo; en sexto lugar se tiene la teoría conceptualista que considera a la presunción de paternidad como una resultante del título de estado, y esto basado en el acta de nacimiento del hijo en que consta el hecho del nacimiento y la maternidad, en la que se liga, la presunción de paternidad del marido. Asimismo, sobre esta presunción, la Corte Suprema en su Casación N° 2657-98-LIMA se pronunció sobre los requisitos de la presunción de paternidad en la filiación matrimonial, señalando en su considerando cuarto que “(...) es necesario precisar que, la presunción de paternidad en la filiación matrimonial sólo es aplicable si es que se cumple con los siguientes requisitos: a) el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio y, b) que la cónyuge sea la madre biológica del menor, para que sea aplicable la presunción de paternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento (...)”. Sobre esto, concuerdo con lo señalado por Gonzáles, al referirse a la posesión de estado del esposo, precisando que “esta determinación automática de la determinación de la filiación matrimonial se fundamenta en el matrimonio, que genera la obligación y presunción de vivir juntos, de guardarse fidelidad, de respetarse mutuamente y de actuar en interés de la familia y origina una filiación matrimonial. De las relaciones íntimas y exclusivas mantenidas por un hombre y una mujer, unidos en constante matrimonio, es habitual que nazcan niños, que normalmente, son biológicamente del marido. De manera que la presunción de paternidad es una consecuencia de la posesión de estado de esposo”.

### **2.3.2.2 Filiación Extramatrimonial**

Como ya se ha señalado anteriormente, la concepción y el nacimiento fuera del matrimonio determinarán la naturaleza extramatrimonial de la filiación, situación regulada en el artículo 386° del Código Civil que señala “son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

Según esto, y antes de pasar al punto de la paternidad extramatrimonial, es necesario señalar respecto a la maternidad extramatrimonial, que el artículo 409° del Código Civil señala que “la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”, lo que se complementa con el aforismo “mater semper certa est”, que significa “la maternidad es siempre cierta”. A esto es necesario agregarle lo dispuesto por el artículo 410° del Código Civil que señala que “no caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial”, en donde se comprende la maternidad extramatrimonial. Preciado lo anterior, es necesario señalar que, por filiación extramatrimonial, en el presente trabajo, en adelante, se debe entender a la paternidad extramatrimonial; según esto, a diferencia de la paternidad matrimonial, en la que existe un nexo determinante, que es el matrimonio, en la paternidad extramatrimonial no existe un nexo de determinación claro y determinado; es decir, no existe ningún elemento objetivo que permita presumir la calidad de hijo.

Sobre esto, Gonzáles hace referencia a algunas legislaciones en donde se establece una presunción de paternidad extramatrimonial, teniendo así, por ejemplo, el BGB y la legislación suiza en donde se presume la paternidad extramatrimonial del varón que ha cohabitado con la madre en el período legal de la concepción (entre los 300 y 180 días anteriores del nacimiento). Sobre esto precisa la letrada que “todos estos ordenamientos

pretenden que la paternidad no matrimonial se determine por la presunción, pero esta finalidad sólo queda en aspiraciones ideológicas. En realidad, esta presunción de paternidad no determina por sí sola el vínculo extramatrimonial y carece del carácter automático e imperativo de la presunción de paternidad marital, porque, previamente a la determinación, ha de probarse la convivencia o las relaciones íntimas en la época de la concepción. Es decir, a efectos prácticos, es inútil instaurar una presunción de paternidad en la filiación no matrimonial. Los hijos nacidos fuera del matrimonio carecen de la certeza que el vínculo matrimonial da a la filiación. Por lo que, regular una presunción de paternidad no matrimonial vulnera la realidad de las cosas y el principio de igualdad”.

De lo señalado anteriormente, se desprende que, sólo se podrá determinar la paternidad extramatrimonial vía reconocimiento expreso del padre, o vía pronunciamiento judicial en donde se determine el vínculo filial; dejando claramente establecido que situación similar ocurre también con la maternidad extramatrimonial.

Esta coyuntura socio legal, dio lugar a que en el año 2005 se promulgue la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, recogiendo esta norma un proceso que tiene como núcleo la realización de la prueba científica del ADN, a su vez, que se constituye como un proceso moderno y ágil creado para dar solución al inminente problema social de la paternidad extramatrimonial, que implica directamente una protección especialísima y directa del derecho fundamental a la identidad. Este proceso moderno, cuya finalidad máxima es salvaguardar y hacer primar el derecho a la identidad del menor, tiene ciertos aspectos procesales y características que cabe mencionar de forma muy general, los mismos que según lo señalado por Varsi serían que: 1) El juez competente en este proceso es el juez de paz letrado, 2) El titular de la acción en este proceso

es quien tenga legítimo interés, quien podrá accionar el reconocimiento de paternidad a favor, incluso de un tercero, 3) Es un proceso moderno, 4) Es un proceso sui géneris, 5) Es un proceso basado en la efectividad del ADN (una de las características más importantes), 6) Es un proceso que fortalece el acceso a la justicia, 7) Es un proceso con un sistema abierto, ya que es flexible, admite todo tipo de pruebas, se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, 8) Es un proceso que permite la adecuación de los procesos en trámite conforme lo establece la cuarta disposición complementaria de la ley, 9) Es un proceso dirigido únicamente a la determinación de la paternidad extramatrimonial. Respecto a esta última característica, Varsi opina que “lo más razonable es que la ley hubiera incluido todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distinciones, aprovechando que la indefinición del parentesco y no habiendo matrimonio de por medio, pueden ser salvadas por las pruebas genéticas”.

#### ❖ **Determinación de la Filiación Extramatrimonial**

En la filiación extramatrimonial, “los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios para establecerla”, pues en esta filiación lo que se pretende es reconocerse la paternidad del padre biológico, presumiendo que es él quien toma de hecho la actitud de padre sin formalizar tal reconocimiento. Ya que se debe precisar que el hijo extramatrimonial goza de hecho de un status fili pero no del status familiae, es decir, tendrá un nombre pero no le adjudica íntegramente sus relaciones familiares, salvo que esté reconocido voluntariamente o judicialmente.

### 2.3.3 El Reconocimiento

Como se ha señalado anteriormente, la filiación extramatrimonial sólo se podrá determinar vía reconocimiento, o vía pronunciamiento judicial en donde se determine el vínculo filial, tal cual lo dispone el artículo 387° del Código Civil. En este punto tocaré brevemente y de modo general los aspectos más básicos del Reconocimiento como medio de determinación de la filiación extramatrimonial.

El Reconocimiento se constituye como un modo de determinación de la filiación extramatrimonial, de tal forma que resulta siendo un acto jurídico familiar por el cual se declara que una persona es hijo de quien emite la declaración.

En este sentido, Plácido, desarrolla las características del reconocimiento, teniendo entre otras que es unilateral, ya que sólo es necesaria la voluntad de quien efectúa el reconocimiento, siendo una voluntad unilateral expresa y directa, siendo preciso recordar lo señalado en el considerando quinto de la Casación N° 2747-98-JUNÍN de fecha 05.05.1999, en donde se señala “que, el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad (...)”. También se caracteriza por ser declarativo y no constitutivo del estado de familia, ya que el reconocimiento tendrá efecto retroactivo al momento de la concepción, surtiendo sus efectos desde dicho momento y no desde que se efectuó el reconocimiento. Se caracteriza también por ser puro y simple, es decir, no puede estar sujeta a modalidad alguna, tal cual lo precisa el artículo 395° del Código Civil. Asimismo, se caracteriza por ser individual, ya que la paternidad sólo puede ser reconocida por el padre y la maternidad por la madre. Por último, se caracteriza por ser irrevocable, tal cual lo dispone el artículo 395° del Código Civil, es decir, cualquiera que sea

la forma autorizada por ley en que se hizo, aunque el reconocimiento se haya hecho en un acto por naturaleza revocable, el reconocimiento no puede ser revocado; sobre esto se ha pronunciado la Sentencia de fecha 13.10.1999, recaída en el expediente N° 886199821, la misma que señala en su considerando tercero que “(...) en el caso de autos, la comprobación judicial solicitada, resulta impertinente; pues, de la partida de nacimiento recaudada en autos, aparece que su titular ha sido reconocido por su padre; y en ese sentido, debe tenerse presente que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial tiene carácter irrevocable”.

Adicionalmente en este punto resulta preciso recordar lo dispuesto por el artículo 393° del Código Civil, el mismo que señala que “toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el artículo 389° y que tenga por lo menos catorce años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial”. Por otro lado, cabe señalar que es posible de ser reconocido el hijo nacido, menor o mayor de edad, el hijo concebido y el hijo muerto, cada uno con sus propios matices legales; precisando que según el artículo 396° del Código Civil “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”. Por último, respecto de la forma del reconocimiento, el artículo 390° del Código Civil señala que “el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento”.

- **Sujeto activo del reconocimiento**

Según el artículo 393° del Código Civil, puede reconocer al hijo extramatrimonial toda persona que tenga por lo menos catorce años cumplidos y no se halle privada de discernimiento, por cualquier causa; no sea un sordomudo, ciegosordo y ciegomudo que

no puede expresar su voluntad de manera indubitable; retardado mental; y que no adolezca de deterioro mental que le impida expresar su libre voluntad.

En caso de estar incurso en alguna de las circunstancias expuestas y también cuando el padre o la madre han muerto, están desaparecidos, o son menores de 14 años, se autoriza que el reconocimiento del hijo extramatrimonial puede ser realizado por los abuelos o abuelas de la respectiva línea (artículos 389° del código civil).

Con relación al reconocimiento que puede ser efectuado por menores de edad y no obstante la previsión legislativa, considera que el sistema que sigue el Código Civil más que promover la asunción de una paternidad o maternidad responsable por parte de menor progenitor, parte erróneamente de considerar su relativa incapacidad de ejercicio, lo que se aprecia marcadamente con la modificación introducida al artículo 46° del Código Civil por la Ley N° 27201 como un impedimento para asumir; desconociendo que en su propia organización se reconoce al menor capaz de discernimiento el ejercicio de sus derechos estrictamente personales, como es el caso de reconocer a sus hijos ( artículo 455° del Código Civil), lo que concuerda con la disposición del artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes por el que se admite que tiene capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por la ley. Más aún, la Ley N° 27201 al referirse a la edad de 14 años, evita pronunciarse sobre una realidad social insoslayable, madres niñas, es decir aquellas menores de 14 años que efectivamente procrearon un hijo.

Siendo así y en atención al carácter personalísimo del derecho a reconocer a los propios hijos extramatrimoniales, se postula permitir que, desde que el menor tiene la capacidad fisiológica o pubertad para casarse, pueda reconocer; lo que es preferible porque debe

favorecerse el cumplimiento de un deber moral, como indubitadamente lo es el reconocer un hijo extramatrimonial.

Esta propuesta permitirá al menor asumir una paternidad o maternidad responsable y, en su caso, ejercer el poder paterno sobre sus hijos con la asistencia de quienes integrarán su propia capacidad. Sobre este punto, en la doctrina se sostienen las siguientes opiniones:

a. Que la capacidad del menor para reconocer por sí solo dependerá de la forma que se realice el acto, pudiendo reconocer por sí solo en testamento o en acta de nacimiento, pero que en cambio necesitará la intervención de padre o tutor cuando reconozca en otro documento público (Valverde, Manresa, De Buen).

b. Que el menor de edad tiene capacidad para el reconocimiento, en cualquier forma que se haga, a partir de las edades que marcan la aptitud fisiológica para la generación, y sobre todo a partir de la edad de catorce años, que señala por los dos sexos la capacidad para testar, y con ella el medio de cumplir obligaciones derivadas del vínculo paterno filial (Pérez González y Castán).

c. Que desde que el menor tiene capacidad fisiológica o pubertad para casarse, puede reconocer, opinión que compartimos (Royo, Abadejo, Espín Cánovas).

- **Sujeto pasivo del reconocimiento**

Se puede reconocer al hijo nacido, menor o mayor de edad; al hijo concebido; y al hijo muerto. Debe precisarse que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Veamos cada supuesto:

a. Reconocimiento del hijo nacido:

En principio, puede ser reconocida como hijo extramatrimonial cualquier persona que no haya sido ya reconocida como tal por otra de igual sexo que el nuevo reconociente. No existe en nuestro sistema jurídico disposición alguna que establezca como requisito para reconocer que medie posibilidad física de que el reconociente sea padre o madre del reconocido. Ello sí contempla, para el caso de la adopción: “que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar” (inciso 2 del artículo 378 ° del Código Civil). No obstante, quien considere que por la edad del reconociente con la del reconocido es imposible la existencia del vínculo biológico, puede promover la respectiva acción de impugnación del reconocimiento a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

De otro lado y como una condición de eficacia para que el reconocimiento produzca sus efectos respecto del reconocido mayor de edad, en lo que se refiere a los derechos sucesorios y alimentarios, se exige que éste debe tener respecto del reconociente la posesión constante de estado de hijo extramatrimonial o consentir en el reconocimiento. Así, el artículo 398° del Código Civil establece: “El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso de que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento”.

b. Reconocimiento del hijo concebido:

También puede ser reconocido el hijo por nacer, por comenzar la vida humana con la concepción y considerársele sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 392° del Código Civil señala que la individualidad “no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido”. En consecuencia, el que se dice padre del concebido está autorizado para mencionar en su reconocimiento quién es la madre. Aquí, se debe tener clara la distinción entre reconocimiento constitutivo de título de estado y reconocimiento que solo es el presupuesto para la obtención del emplazamiento en el estado. Evidentemente, cuando se alude al reconocimiento del hijo concebido, no se lo hace en el primer sentido por cuanto no cabe la inscripción de su nacimiento.

Nacido el hijo, con el certificado de nacimiento vivo, que constituye la prueba del parto y la identidad del nacido con la madre, el padre podrá individualizar a su hijo y formalizar el reconocimiento constitutivo de emplazamiento esto es, inscribir el nacimiento en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, si media el reconocimiento expreso de la madre, o la inscripción del nacimiento. Pero si el parto no hubiese quedado acreditado y la maternidad determinada legalmente, el reconocimiento carecerá de virtualidad al no quedar establecida la filiación materna que fue el soporte de ese reconocimiento realizado antes del nacimiento.

c. Reconocimiento de hijo muerto:

Más dificultoso es determinar si puede ser reconocida la persona ya fallecida, pues en tal caso el reconocimiento puede envolver una maniobra destinada a heredarla si no tiene otros herederos de mejor grado.

El Artículo 394° del Código Civil dispone que, “puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes”, con lo cual se admite el reconocimiento post mortem, en la medida en que ello resulta favorable para los descendientes del fallecido.

Téngase presente que tal reconocimiento requiere como requisito que el fallecido haya dejado descendientes, sin que sea necesario que concurra el consentimiento de éstos. En consecuencia, no será válido el reconocimiento cuando falten descendientes del reconocido; salvo el caso de que en vida haya habido posesión de estado, pues entonces es ésta la que constituye el reconocimiento, y no el acto formal posterior, que sólo lo ratifica. Esta última posición marca un límite justo conforme a la finalidad del reconocimiento, como institución encaminada al beneficio del reconocido, pues su propósito será regularizar una situación de hecho y no otro móvil que el adquirir la herencia del hijo que quería reconocer.

d. Reconocimiento del hijo de mujer casada:

Puede ocurrir que un tercero reconozca al hijo de mujer casada, habiéndose hecho conjunta o separadamente el reconocimiento de la madre y del tercero.

- Efectos del reconocimiento

Los efectos jurídicos del reconocimiento son los siguientes, 1) El hijo adquiere el estado de hijo extramatrimonial, sin duda alguna el efecto sustancial del reconocimiento

es la atribución a una persona del estado de hijo extramatrimonial, por lo que adquiere todos los derechos, obligaciones y deberes inherentes a su calidad de tal; 2) Los padres tienen el deber de ejercer la patria potestad del hijo reconocido, por la patria potestad tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y de los bienes de sus menores reconocidos libre y voluntariamente; 3) El hijo extramatrimonial tiene el derecho a alimentos (habitación, vestido y asistencia médica; cuando es menor de edad comprende también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo); 4) Tiene derechos hereditarios, por lo que el hijo reconocido por el padre y/o la madre es su heredero forzoso, que concurre con los hijos matrimoniales en iguales condiciones; 5) Adquisición del apellido del progenitor que lo ha reconocido voluntariamente, pero si hubiera sido reconocido por ambos padres, llevará el apellido de los dos; 6) Asentimiento para el matrimonio de menores, ya que los menores requieren el asentimiento expreso de sus padres; 7) Los padres tienen derecho a designar a un tutor en testamento o en escritura pública al hijo menor. A falta de tal designación el reconocimiento otorga a los ascendientes el derecho a ejercer tutela legítima. Así mismo, los padres pueden excluir de la tutela a ciertas personas, sin expresión de causa; 8) El reconocimiento confiere a los padres el ejercicio del cargo de curadores respecto de los hijos incapaces mentales y minusválidos, así como de los que sufran pena que lleva anexa la interdicción civil. También puede pedir la interdicción de los mismos incapaces, así como puede designar curador en testamento o en escritura pública para el hijo enfermo o débil mental o sordomudo cuando no tenga parientes.

#### **2.3.4 Las Acciones sucesorias**

El artículo 387° del Código Civil señala que “el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial (...)”; es en ese sentido, resulta conveniente referirse de forma muy sucinta a los aspectos más generales de las acciones de filiación o acciones de estado, según nuestra norma vigente.

Nuestro Código Civil, en la sección tercera (Derecho de Familia), regula la sociedad paterno-filial, sistematizando las acciones de filiación extramatrimonial en el título II, conteniendo este título, la acción de impugnación del reconocimiento, regulada en el artículo 399° del Código Civil, el cual señala que “el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395°”, asimismo en este título se encuentra contenida la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial o de reclamación de la paternidad extramatrimonial, regulada en el artículo 402° del Código Civil, el cual señala que “la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada (...)”, por último, este título contiene la acción de declaración judicial de maternidad extramatrimonial o de reclamación de la maternidad extramatrimonial, regulada en el artículo 409° del Código Civil, el cual señala que “la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”.

Sobre esto, Plácido acertadamente señala que “no es proponible la reclamación de una filiación, sin ejercer, previa o simultáneamente, la acción de impugnación de esta última. Se trata del mismo principio por el cual se requiere evitar la acumulación de estados de familia incompatibles entre sí”.

## **2.4 LA PATRIA POTESTAD**

### **2.4.1 Aspectos generales**

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran capacidad. El poder de familia, como lo define la clásica doctrina brasilera, es el conjunto de derechos y obligaciones de la persona y bienes del hijo menor no emancipado, ejercido en igualdad de condiciones, por ambos padres, para que puedan desempeñar sus encargos, conforme imponen las normas jurídicas, teniendo a la vista los intereses y la protección del hijo.

La patria potestad es una típica institución del Derecho de Familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y la sociedad.

Las relaciones jurídicas contenidas en la patria potestad implican derechos y deberes, es decir, una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configuran un típico derecho subjetivo de familia. Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que ellos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a la patria potestad y, en caso de abandono o descuido, el Estado podrá hacer cesar dicha patria potestad. Asimismo,

se precisa que la patria potestad lleva implícitas las atenciones legales necesarias para el desarrollo de la descendencia; y, concluye cuando el hijo adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico, de manera tal que son los hijos, ahora, los que deberán brindar protección a sus padres.

Es de considerar, finalmente, qué más que un derecho natural, la patria potestad es una función social de la familia, cuyo fin es la formación y protección del menor. El Código Civil de 1984 establece en el artículo 418° que, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores; por lo que el legislador regula el objeto de la institución familiar, guardando conformidad a lo establecido en la Constitución Política de 1993, en el artículo 6°, que en su segundo párrafo, establece que es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, mientras que por otro lado los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres; por lo tanto en esta institución familiar coexisten derechos y deberes .

#### **2.4.2 Características**

- Institución exclusiva de los padres: No solo por tradición, sino por naturaleza, la patria potestad es concebida en función de los padres, solo a ellos alcanza, no extendiéndose a los ascendientes, ni a parientes colaterales, los cuales, si fuera el caso de cuidar a un pariente menor de edad, lo harían con el título de tutores, mas no mediante la patria potestad. Se ha señalado ya, que la responsabilidad moral y natural de proteger a los hijos corresponde a aquellos que los han traído al mundo, a los que les han dado vida, esto más que como imperativo legal, como un

imperativo moral, y así lo sienten los padres, por ello la institución en sus primeras regulaciones legales, como en el Derecho Romano, corresponde el pater familia, y de allí su nombre que significa padre, y potestad, que significa atribuciones. Es cierto que, en el orden familiar, todos deben de contribuir a lograr el bien común de los miembros del núcleo doméstico, pero es a los padres, como el tronco de donde se origina la familia, en los que recae este derecho y deber en forma exclusiva, sin perjuicio del deber de ayuda que se debe primar en los demás miembros de la familia, esto se hace aún más evidente tratándose de la familia nuclear, que descansa en la relación de padres e hijos.

- Derecho personalísimo: La institución está contemplada en función a los padres, y no es posible que se pueda ceder o delegar. La ley reconoce a los padres este derecho, como progenitores de sus hijos, y su ejercicio compete exclusivamente a ellos, y si fuera el caso que los padres no sean idóneos para asumir tales funciones, o las realicen mal en perjuicio de sus hijos, entonces se deberá desplazarlos de la patria potestad, pero no para concedérsela a otros, sino que vendrán otras personas a cuidar del menor, ante un llamado que hace la ley, bajo el título de tutores, con similares funciones, pero no idénticas a la patria potestad.
- Derecho inalterable, intrasmisible e irrenunciable: Deriva de su característica de ser un derecho personalísimo, en tal mérito, los padres no pueden alterar el contenido de la patria potestad ni para aumentar o reducir atribuciones puesto que constituye un todo unitario, no siendo igualmente posible su transmisión en todo o en parte, pues antes que derechos comprenden deberes, y su cesión sería una suerte de abandono o incumplimiento de estos deberes, asimismo no es factible renunciar

a la patria potestad, ya que nadie puede renunciar a un deber. La patria potestad existe en función de una necesidad natural en los incapaces que es necesario cubrir, esta es la razón de su irrenunciabilidad, y si ello fuera factible, estaríamos ante el caso de un incumplimiento del deber de protección y asistencia del menor.

- Sus normas son de orden público: Significa que no cabe pactarse contra ellas; ya que, son normas de imperativo e ineludible cumplimiento, debido que no hay la más mínima posibilidad de que las partes pretendan pactar contra la institución, pues cualquier pacto sería nulo y no produciría efectos. El orden público entraña interés de la sociedad en la institución, por tanto, no puede ni debe quedarse en el ámbito de los particulares, pues su ejercicio lleva a formar familias consolidadas, estables, y eso interesa a la sociedad.
- Carácter Temporal: La patria potestad tiene sentido en tanto que exista un incapaz al que hay que cuidar, entonces cuando este tiene capacidad, ya no tiene sentido la patria potestad, pues el sujeto en pleno ejercicio de sus derechos podrá cautelar sus propios intereses, y la ley le proporciona los medios para hacerlo por sí mismo, por ello en nuestro país la patria potestad se extiende hasta cumplir los 18 años de edad, y por excepción se sale de ella a los 16 años por matrimonio, o título adquirido que lo habilite para ejercer una profesión, incluso u oficio.
- Rango Constitucional: La patria potestad por su importancia y trascendencia es regulada en la Constitución Política del Perú; su categoría de norma constitucional hace que la institución alcance reconocimiento del Estado y de la sociedad entera, lo que significa que las relaciones jurídicas que se dan dentro de la patria potestad

no se queden en el plano estrictamente privado, sino que su interés trasciende hacia la sociedad, y de allí el rango de precepto constitucional.

### **2.4.3 Ejercicio**

La doctrina hace distingo entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, correspondiendo la primera a quien goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido, esta titularidad requiere la concurrencia de dos elementos, uno de origen natural dada por la procreación y el otro con esencia jurídica; en cuanto al ejercicio vendría a ser la posibilidad de obrar de un derecho.

El Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes no indica distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, por lo que el término ejercicio hace referencia tanto a la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, sin embargo se precisa que sí existe diferencia en estos términos, ya que cuando se trata del cese temporal de la patria potestad, se mantiene la titularidad pero no el ejercicio, lo que no ocurre en el caso de la extinción o pérdida de la patria potestad, pues en este caso desaparece definitivamente la titularidad, y con él, el ejercicio.

### **2.4.4 Sujetos**

La patria potestad sólo puede ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer orden, como son de padres e hijos. De ascendientes a descendientes. Por lo que hay un sujeto titular de la patria potestad y otro a quien la potestad se dirige o que se encuentra sometido a ella. Los titulares son los padres y los hijos, es ejercida por ambos, por los padres que la

dirigen y por los hijos que la sumen, sujetándose ambos a sus reglas. En tal sentido los sujetos intervinientes son los padres e hijos:

Padres: Son los sujetos activos de la patria potestad y, como tal, se les denomina “padres de familia”. Se encargan de cautelar la integridad de la persona, así como la administración del patrimonio y los bienes de sus hijos. Los padres tienen dicha calidad (Código Civil artículo 418°) y la ejercen en conjunto (cotitularidad de la patria potestad) durante el matrimonio (artículo 419° del mismo texto legal). En caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidez del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad recae en el cónyuge a quien se le confía los hijos (artículo 420° de la norma jurídica antes citada). Ahora bien, la patria potestad debe ser ejercida responsablemente, caso contrario puede ser limitada el ejercicio de la misma. Para gozar de la patria potestad, los padres deben ser capaces (artículos 42° y 46° del Código Civil). De acuerdo a una modificación de nuestra legislación civil (Ley N° 27201, de 14 de noviembre de 1999), los mayores de catorce años adquieren una capacidad limitada a partir del nacimiento de su hijo, pero sólo para reconocerlos, reclamar o demandar gastos de embarazo o parto y para demandar o ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. La norma legal aludida es insuficiente, pues no ha considerado la posibilidad de demandar judicialmente la declaración de filiación extramatrimonial (a pesar de que el artículo 407° de nuestro Código Civil se lo permite a la madre, más aún no al padre) o el régimen de visitas.

Los Hijos: son los sujetos pasivos de la patria potestad y, como tal, se les denominan “hijos de familia”. Ha de tenerse en consideración que, para gozar de la patria potestad de los padres no se toma en cuenta la calidad que pudiera ser hijo matrimonial, extramatrimonial o adoptivo. Lo que sí se exige es que el hijo cumpla con los siguientes requisitos: a) Existir, es decir ser concebido o, en su caso, ser menor de edad o incapaz, b) No estar emancipado de manera especial (artículo 46° de nuestro Código Civil), c) Contar con una filiación establecida, esto es, tener padres. Los huérfanos (aquellos cuya filiación biológica es ignorada y, consecuentemente, su filiación jurídica es inexistente) están sometidos de la

protección del Estado a través de la tutela (niños en estado de abandono). Esta sobreentendido que, dentro del término “hijo”, se encuentra inmerso el concebido, que algunos códigos hacen referencia textual (Proyecto de Argentina); de allí que la protección a los hijos sea desde la concepción hasta que cese su incapacidad. Según Enrique Rossel, “si ha nacido el hijo ha de quedar bajo la patria potestad de su padre o madre, no se ve el inconveniente para que esta potestad se ejercite mientras esté en el vientre materno”. Indiscutiblemente, aquí la función de la patria potestad no será exclusivamente la de cautelar la seguridad de su patrimonio, sino también la defensa del ser humano como tal, en su totalidad.

- a) Hijos matrimoniales: Cuando hay vínculo matrimonial y convivencia normal, la patria potestad la ejercen conjunta y simultáneamente los padres (principio de ejercicio conjunto), es decir el marido y la mujer. Las excepciones a esta regla son la separación de hecho, divorcio por causal o invalidez de matrimonio. Estos supuestos, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quién se le confía; y, por mutuo acuerdo. En este caso de existir discrepancia resuelve el juez.
  
- b) Hijos extramatrimoniales: La no existencia de relación jurídica matrimonial entre los padres y la falta de convivencia impiden el ejercicio conjunto de la patria potestad. La determinación de la filiación extramatrimonial se da por declaración judicial o por reconocimiento. En el primer caso (declaración judicial) sería ilógico otorgar la patria potestad a quien debió ser demandado para tener la calidad de padre. Aunque el criterio no es muy sólido, existe una corriente tradicional de fallos judiciales que se han

pronunciado en el sentido de que “la patria potestad de la hija (...) reconocida tardíamente por el padre corresponde a la madre. En el segundo caso (reconocimiento) al ser una situación voluntaria, la patria potestad la ejerce el padre que ha reconocido al hijo. Si es reconocido por ambos, el juez determinará a quién le corresponde la patria potestad, tomando en consideración la edad, el sexo y el interés superior del niño (artículo 421° del Código Civil). En base al criterio de igualdad de la filiación, ya no se toma en cuenta el tiempo ni el momento en el que se realiza el reconocimiento, a efectos de atribuir patria potestad. Ésta se otorga procurando salvaguardar el interés del menor, ya no del que reconoce primero (si se trata de reconocimientos sucesivos) o de ambos padres (si se trata de reconocimiento simultáneos).

#### **2.4.5 Atributos**

El código Civil en su artículo 423°, consignó los atributos de la patria potestad mencionando sin separarlos tanto los derechos y los deberes en el orden personal como en lo económico. Este artículo ha sido modificado por el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes. En tal sentido se explicará los deberes y derechos de los padres.

#### **Deberes de los padres:**

- Velar por el desarrollo integral de sus hijos: El Código de los Niños y los Adolescentes en su artículo 74° regula este deber. Los padres tienen responsabilidad primaria de asegurar las normas de vida que garanticen el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de sus hijos; dentro de esta responsabilidad, se ubica el concepto de desarrollo integral el cual es tratado en la Convención sobre los derechos

del niño al referirse a las normas de supervivencia que incluye niveles de vida adecuados y acceso a servicios médicos; normas referidas al desarrollo que incluye la educación, acceso a la información, al juego y tiempo libre, a las actividades culturales, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; normas referidas a la protección que abarca todos los derechos ya mencionados, pero también cubre todas las formas de explotación y crueldad y por último normas referidas a los derechos de participación, que incluye la libertad de expresar opiniones y poder manifestarse en cuestiones que afectan la propia vida. Por lo tanto, cuando se hace referencia al desarrollo integral, se está cubriendo todo lo necesario para el menor, tanto en el aspecto material como moral, pues allí queda cubierto el sustento diario, la protección, la salud, la educación y la formación con ejemplos de vida; sin embargo, pese a ello los legisladores han creído conveniente, en normas aparte, pormenorizar los deberes de los padres.

- Proveer su sostenimiento y educación: Deber que se ubica dentro del concepto del instituto jurídico de los alimentos, sin embargo se prefiere mencionarlos por separado, y es así que cuando se alude al sostenimiento, nos estamos refiriendo al sustento diario, a la habitación, a la salud del menor y la recreación espiritual y moral, y en cuanto a la trasmisión de cultura y conocimientos, como los padres no necesariamente son pedagogos o educadores, esta función es encomendada a los centros educativos, pero ello no implica cesión de parte de los atributos de la patria potestad, pues como ya se ha mencionado, esta es intransferible.
- Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes: La tarea educativa debe verse desde dos planos, una la de formación moral

y espiritual, en donde resulta importante el cultivo de la personalidad, la internalización, todo ello recae en los padres, y el otro plano se ubica más bien en la educación escolarizada, en la trasmisión de cultura y conocimientos, esta última, es tarea propia de profesores, pedagogos, educadores y se lleva a cabo en el colegio, universidades, institutos o ente del saber. Los padres tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.

- Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.
- Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil: Refiere el Código Civil en su artículo 45°, que los representantes legales de los incapaces, ejercen los derechos civiles de estos según las normas referentes a la patria potestad. Pues bien, son los padres los representantes legales de sus hijos y en atención a ello los terceros que contraten o reclamen contra estos, tendrán que hacerlo con los padres. El titular de la patria potestad y en ejercicio de la misma goza de esta representación legal, por lo tanto, quien se vea suspendido en su ejercicio o se ha producido la extinción de la potestad, no será el representante legal.

### **Derechos de los padres:**

El artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes al consignar los atributos que confiere la patria potestad a los padres, también nos menciona los derechos que son reconocidos a estos:

- Tenencia: Es el atributo, facultad, derecho de los padres a vivir con el hijo, el ejercicio de este derecho surge en los padres el deber de custodiar a sus hijos. La tenencia es un derecho exclusivo de la patria potestad y no puede extenderse hacia terceros.
- Régimen de visitas: Refiere el artículo 422° del Código Civil, que los padres tienen el derecho a conservar con los hijos, que no estén bajo su patria potestad, las relaciones personales indicadas por las circunstancias; este precepto legal es la base del derecho de visitas que es regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, que en su artículo 88° señala que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos.
- Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación: Este derecho fue consignado en el Código Civil, como facultad de los padres de aprovechar de los servicios de sus hijos, los cuales pueden ayudar a sus padres, siempre y cuando ello no implique atentar contra la salud, o perjudicar el proceso educativo de los menores. Este derecho está en consonancia con el artículo 24° inciso “d” del Código de los Niños y Adolescentes, referidos a los deberes de estos, aludiendo el deber de prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad.
- Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran: Este derecho implica que los padres hagan suyo los frutos que generan los bienes de sus hijos con el fin de que sean utilizados en primer lugar para atender las necesidades del menor, titular del bien, y si todavía existe un sobrante, corresponderá a los padres en el entendido que ellos destinarán esos bienes en beneficio del grupo familiar. Este derecho conocido como

usufructo legal, es regulado en nuestra institución no como una contraprestación por la labor de administración legal que desempeñan los padres sobre los bienes de sus hijos, sino como una ayuda entre familiares para el logro de la satisfacción de las necesidades del grupo familiar.

## **2.5 SUCESIÓN**

Sucesión, del latín *successio* es la acción y efecto de suceder (proceder, provenir, entrar en lugar de alguien). La sucesión, por lo tanto, es la continuación de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.

Respecto al concepto de derecho sucesorio. Se dice que: “Es aquella parte del Derecho privado que regula todo lo relacionado con las sucesiones, el destino de aquellas titularidades y relaciones jurídicas de una persona después de su muerte.

En el diccionario de la Real Academia Española, la palabra sucesión proviene del latín “*successio*” o “*successionis*”, que posee varios significados entre los cuales esta: 1) Conjunto de derechos, bienes y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario. 2) Entrada o continuación de una persona o casa en lugar de otra. 3) Descendencia o procedencia de un progenitor”.

La sucesión es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones, que constituye la herencia, los cuales son heredados a los sucesores desde el momento de la muerte de una persona. Según Oderigo, la sucesión tiene dos conceptos: “En sentido amplio: Sucesión es el cambio de titular de un derecho subjetivo, vale decir, la sustitución de una persona por otra en una relación jurídica. En sentido estricto: Sucesión es cambio de titular en el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales de una persona, por muerte de esta”. Para Savigny sucesión es "el cambio subjetivo en una relación de derecho "en este concepto se comprende tanto a la sucesión mortis causa como también a toda aquella en que una persona sustituye a otra en un derecho.

Según Lohmann la sucesión ocurre cuando la transmisión de bienes, situaciones o relaciones tiene lugar por fallecimiento del sujeto titular. Las personas que ocupan la posición jurídica del difunto (Sucesores), solo reciben aquello que sea susceptible de transmisión.

Por ello genéricamente el vocablo sucesión comprende los actos inter vivos y los mortis causa. Sin embargo, debemos anotar con Planiol, que entre vivos se usa la palabra cesión o trasmisión, mas no sucesión. Esta palabra ha ido adquiriendo su connotación jurídica estricta restringida a la trasmisión como consecuencia del fallecimiento de una persona. Como bien señala Lanatta, la sucesión es la trasmisión patrimonial por causa de muerte.

### **2.5.1 Elementos**

- a) El causante: También llamado heredado o sucedido, es el actor de la sucesión, quien la causa y origina. Se le denomina *cujus*, por la frase latina de *cujus successione*

agitur (literalmente, “aquel de cuya sucesión se trata”). La doctrina distingue los términos expresando que la voz difunta se refiere a la sucesión ya abierta, el vocablo causante al tiempo anterior a la apertura de la sucesión y la palabra autor al efecto de la transferencia de los derechos del difunto con la subsiguiente adquisición por parte del sucesor. El causante por lo tanto es la persona física que muere o a quien se le ha declarado judicialmente su muerte presunta, titular del patrimonio que es materia de la transmisión sucesoria.

b) Los sucesores o causahabientes: Son las personas a quienes pasan los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. Pueden ser: herederos o legatarios. Los sucesores son los causahabientes, o sea, las personas llamadas a recibir la herencia. El artículo 270° del Código Civil señala que, “la condición de heredero se adquiere a la muerte del causante”, consecuentemente la resolución judicial de declaratoria de herederos solo es declarativa de derechos y obligaciones, mas no constitutiva de los mismos.

c) La herencia o masa hereditaria: Es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte del causante, entendiéndose por ellos, el activo y pasivo, del cual es titular la persona al momento de su fallecimiento.

### **2.5.2 Clases**

El profesor Ferrero nos dice que la sucesión puede ser:

a) Testamentaria: El Derecho de Sucesiones está regido por un principio regulador fundamental, la voluntad del causante. Este es el elemento que prima para determinar la forma y entre quiénes debe distribuirse el patrimonio hereditario. Dicha declaración está condicionada a ciertas formalidades y limitaciones, dentro de las cuales debe formularse. Las primeras han sido creadas para garantizar fehacientemente que se trata en efecto de la voluntad del causante, y las segundas para proteger a las personas más allegadas al mismo. La voluntad debe manifestarse mediante un acto jurídico, el testamento, en cuyo caso se estará presente ante una sucesión testamentaria, testada o voluntaria.

b) Intestada: En la mayoría de los casos la voluntad del causante no es conocida por cuanto ha fallecido sin dejar testamento, o de haberlo hecho, resulta incompleto o nulo. Mediante un conjunto de normas que regulan la trasmisión hereditaria, el legislador ha creado una voluntad supletoria, la ley. Esta rige a la sucesión a falta del testamento. Cuando ello ocurre, nos encontramos ante una sucesión denominada intestada o abintestato. Se le conoce también con el nombre de legal, término que ha quedado parcialmente suprimido de nuestro ordenamiento.

c) Mixta: Cuando el testamento no contiene institución de herederos (se supone que comprende únicamente disposiciones de carácter no patrimonial o que deja sólo legados), o se ha declarado la caducidad de la cláusula que la contenía (artículo 815, inciso 2), o cuando el testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos

en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados (artículo 815, inciso 5). En estos casos, la sucesión es testada en una parte e intestada en otra, rigiéndose por el testamento y por la declaración de herederos.

d) Contractual: Se encuentra expresamente prohibida en nuestra legislación a tenor de lo prescrito en los artículos 678° y 1405° del Código Civil. El primero dispone que no hay aceptación ni renuncia de herencia futura, y el segundo señala que es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora. Es admitida tan sólo parcialmente, en algunas legislaciones. Involucra tres pactos, constitución, por el cual el causante pacta con un tercero a fin de dejarle todo o parte de su patrimonio como herencia. Se le conoce también con el nombre de pacto de institución; renuncia, por el cual un heredero pacta con otro renunciando a la herencia de una persona con vida, comprometiéndose a abstenerse de ejercer los derechos que le correspondan, beneficiando en esta forma a otro heredero que recibirá la que aquél le hubiera correspondido; disposición, por el cual una persona pacta con un tercero transfiriéndole los derechos respectivos que tendría en una determinada sucesión. Puede observarse que en el primer contrato intervienen el causante y un tercero, en el segundo dos herederos, y en el tercero un heredero y un tercero. Estos pactos han sido negados en la mayoría de legislaciones y por la doctrina, tanto por fundamentaciones de índole moral como jurídicas; ya que, es contrario a los principios rectores de la moral, debido que no se debe hacer estipulaciones sobre el patrimonio de una persona con vida, teniendo como fin el fallecimiento de ésta.

Por otro lado, crearían incertidumbre jurídica, por cuanto es al momento del fallecimiento de una persona que se configura la condición de los herederos y lo que les corresponde recibir, pudiendo variar sustancialmente ambas situaciones desde el momento del pacto hasta el momento del fallecimiento del causante.

### **2.5.3 Formas de suceder**

Dentro del Derecho Romano, la sucesión se podía efectuar de dos formas, la primera era la sucesión entre vivos y la segunda la sucesión mortis causa.

a) Sucesión Entre Vivos: Es un poder de libre disposición inherente a la propiedad y el cual se encuentra en mano del que tiene la potestad familiar que es el pater familias. Fue ampliamente aplicada en el Derecho Romano, pero en la actualidad esta institución se ha prohibido en muchos países. La sucesión universal entre vivos consiste en el hecho de que una persona se ubique en el lugar de otra, dentro del conjunto de relaciones patrimoniales. En Roma, se conocieron tres formas de adquirir entre vivos; la primera consiste en el hecho de que un liberto fuese sometido a la esclavitud; en segundo lugar, un sui iuris, este sujeto mediante la abrogatio al poder de un paterfamilias y en último lugar está la mujer sui iuris que se sujetaba a la mano.

b) Sucesión Mortis Causa

Sucesión por causa de muerte, conocida como herencia o sucesión universal, comprende el libre poder de disposición del pater, pero en ésta el causante dispone en vida para después de su muerte de sus bienes. Fundamento de la Sucesión Mortis Causa. Para el Derecho Romano, el fundamento de sucesión no debe buscarse en el poder de disposición del pater, tal como lo enfocan las diferentes corrientes doctrinales de la época moderna; la sucesión por causa de muerte dentro del derecho romano depende de la adquisición de un título personal, el cual consiste en el título de heredero, hecho el cual la diferencia de la sucesión entre vivos el cual es la consecuencia de la adquisición de la potestad patrimonial. Todos los conceptos fundamentales de la herencia romana se basan en este concepto, “que la sucesión hereditaria es una consecuencia necesaria de la adquisición del título de heredero, el cual viene a ser, por lo tanto, una verdadera condición subjetiva de capacidad para la adquisición universal del patrimonio o del difunto”. El presente enfoque parece contraponerse al criterio de algunos autores modernos, quienes opinan que, "realmente el problema del fundamento de sucesión no puede separarse de la propiedad. Y es que la sucesión hereditaria no es otra cosa que el modo de continuar y perpetuar la propiedad en los bienes dejados por el causante". El último enfoque no deja de tener algo cierto, y es que el fundamento de sucesión definitivamente no puede separarse de la propiedad, aunque sin saber específicamente que propiedad, la común o la individual. Pero, además, debe quedar claro que, en sus orígenes, los primeros rasgos de la sucesión mortis causa se manifestaron dentro del sistema social basado en la agrupación común o familiar, y los romanos supieron garantizar esto a través del continuador, recayendo ésta la figura del heredero. Clases de sucesión mortis causa. Al momento de producirse el fallecimiento de la persona física o natural, se hace necesario establecer un continuador quien se constituye en la persona que

recibirá el pecunio vacante del fallecido. Esta transmisión del patrimonio del denominado causante, puede ser realizada de diferentes formas, la primera consiste en que la persona estando aún con vida disponga voluntariamente de sus bienes para luego de su fallecimiento en cuyo caso nos encontramos con la forma típica de sucesión por causa de muerte o mortis causa. La otra cuando la persona ha sorprendido esta sin haber dispuesto de los mismos, en este caso, desde épocas inmemoriales, se ha dispuesto que sean sus sucesores los que determine la ley. Según nuestro estudio en los tiempos de Roma, sólo eran susceptibles de sucesión mortis causa, el paterfamilias, por ser este el poseedor del patrimonio, dejando de manifiesto el estrecho vínculo que existía en esa época entre la sucesión y el patrimonio. Para la doctrina romana, la sucesión por causa de muerte, era una especie de las sucesiones universales y esta se fundamentaba en la figura central del heredero que según los historiadores se utilizaba como sinónimo, el termino sucesión mortis causa y herencia, dejando de manifiesto que con el fallecimiento de una persona debía de existir un continuador de su figura. Se debe diferenciar la sucesión por causa de muerte, de la sucesión inter vivos, la cual consistía en el hecho mediante el cual una persona ocupaba el lugar de otra persona con relación a un conjunto de relaciones patrimoniales, pero a diferencia de la primera, este acto se realizaba en vida de ambos, esta se fundamentaba en la adquisición de una potestad. El autor Cabanellas define la sucesión mortis causa como "la transmisión de los derechos y obligaciones de quien muere, a alguna persona capaz y con derecho y voluntad de ejercer aquellos y cumplir esta". Y de la misma forma, sostiene que la sucesión inter vivos es, "el traspaso de una cosa de una persona a otra, o la cesión de derechos u obligaciones entre dos sujetos para surtir efecto en vida de ambos". Los autores modernos la han definido como el hecho mediante el cual, al morir una persona, deja a otra la continuación de sus derechos y obligaciones. Nuestra legislación, por su parte, adoptando el criterio de la

legislación argentina, define la sucesión en el artículo 628° del Código Civil como, “La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla”. Desde tiempos remotos, en la civilización romana la sucesión por causa de muerte se dividió fundamentalmente en sucesión testamentaria y sucesión legal, pero también se conoció además de estas, la sucesión mediante la cual se transmitía todo el patrimonio en bloque, conocida actualmente como sucesión universal, y se conoció la sucesión particular, mediante la cual se transmitía una parte del patrimonio. Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No hay necesidad de más documento que el testamento o la declaratoria judicial de herederos, para que todos los bienes que eran de titularidad del causante al momento de su deceso, sean transferidos a favor de sus herederos.

## **2.6 DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

### **2.6.1 Proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

- Demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial: Debe contener los presupuestos procesales o de forma y las condiciones de la acción, es decir con el fondo y que se relaciona con el derecho que resalta la titularidad, que se traduce en la legitimidad e interés para obrar del demandante y del demandado, Cabe resaltar en esta parte que la demanda tendrá la formalidad, requisitos y recomendaciones a que se refieren los artículos 130°,131°, 132°,133°,424°, y 425° del Código Procesal Civil. Además la fundamentación jurídica se sustentará en el artículo 19° del Código Civil,

que prevé que toda persona tiene el derecho a llevar un nombre incluyendo los apellidos, el artículo 407° de la norma citada que sustenta el derecho del titular de la acción, así como el artículo 402° con el inciso que corresponda según la forma de la pretensión, asimismo, se consignará el artículo VI del título preliminar del Código Civil, que como principio señala la capacidad respecto al interés para interponer esta demanda de filiación extramatrimonial, además se sustentará en la Ley N° 28457, artículo 1°, y 4°.

- Titulares de la acción: Son las personas que pueden interponer una demanda de filiación extramatrimonial, siendo en este caso los siguientes: el hijo con relación al padre o la madre de quienes pretende su reconocimiento o declaración judicial de la paternidad o maternidad según el caso, según lo tiene previsto la norma civil, el hijo por ser titular del derecho a llevar un nombre incluido el apellido de sus progenitores, como lo tiene legislado el artículo 19° del Código Civil, la madre del menor de edad ejerciendo la representación de la patria potestad como lo previene el inciso 6 del artículo 243° del Código Civil, que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7° del mismo cuerpo legal, aunque la madre sea menor de edad, el tutor o el curador del hijo menor de edad cuando dicho menor esté excluido de la patria potestad. En este supuesto se requiere la autorización del Consejo de familia. El derecho de accionar es intransmisible por herencia, salvo que el proceso, al momento de fallecer el titular, se haya iniciado, en este supuesto los descendientes pueden continuar con el trámite judicial, tal como lo establece el artículo 407° del Código Civil.

- Sujeto pasivo de la acción procesal: El demandado es el padre del hijo cuyo nombre paterno filial pretende, pero ante el supuesto que haya fallecido, la acción se interpone contra los herederos, y en el caso que no existan herederos reconocidos judicialmente, debe procesarse inicialmente la acción intestada para determinar al sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, en cumplimiento de lo que disponen los artículos 411° y 406° del Código Civil.
- Juez Competente: El juez ante quien se interpone la demanda de filiación extramatrimonial, es el juez de paz letrado según lo señala el artículo 57° inciso 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya sea del domicilio del demandado o del demandante, ejercitando el derecho de la competencia facultativa como lo previene el artículo 24° del Código Procesal Civil por disposición expresa de la norma civil contenida en el artículo 408°.
- La imprescriptibilidad de la acción: La parte infine del artículo 235° del Código Civil dice “todos los hijos tienen iguales derechos”, tomado este concepto en sentido filosófico está sobrentendida la imprescriptibilidad de la acción para interponer la demanda sobre declaración judicial de paternidad extramatrimonial, por cuanto si todos los hijos son iguales es porque tienen iguales derechos e iguales posibilidades y dentro de este concepto se encuentran los hijos extramatrimoniales para ejercer el derecho de la investigación judicial para su declaración paterno filial y pueda cumplirse lo dispuesto en el artículo 19° del Código Civil parte infine.

- Pruebas genéticas: El Código Civil en el artículo 413° señala que el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial puede valerse de las pruebas biológicas genéticas, es decir valiéndose del análisis y examen de los grupos sanguíneos. La ley N° 28457 va más allá de lo previsto en el Código Civil, al precisar que el demandado al oponerse al mandato judicial ofrece someterse a la realización de la prueba genética del ADN. Prueba eficaz que garantiza un porcentaje por decir lo más mínimo que acredita la relación de paternidad o de maternidad extramatrimonial.
  
- Regulación procesal de la demanda de declaración judicial de paternidad extramatrimonial: Este proceso es especial e implica una innovación sistemática de nuestro ordenamiento procesal, porque no se trata de un proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo, cautelar ni de ejecución ni mucho menos de un proceso no contencioso, sin embargo, no se libera de los plazos perentoria que son comunes a todos los procesos civiles. Dentro de este contexto el procesos de declaración judicial extramatrimonial se sujeta a los siguientes plazos : 1) Interpuesta la demanda, el juez debe resolver su admisibilidad o procedencia según el caso dentro del plazo de 5 días contados a partir del fecha que está ante su despacho para resolver, en aplicación del artículo 124° del Código Procesal Civil, 2) El juez expide el auto de admisibilidad de la demanda dictando el auto admisorio disponiendo en la parte resolutive que si dentro del plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente de la notificación con dicha resolución, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, 3) El emplazado en ejercicio de su defensa tiene facultades para oponerse al mandato, pero con el supuesto obligatorio de someterse la realización de la prueba genética del ADN

dentro del plazo de 10 días siguientes, precisando que su sometimiento a la prueba está supeditado a que la parte demandante cumpla con el pago del costo de dicha prueba ante el laboratorio que se contrate. Para los efectos del resultado de la prueba, el examen se practicará con muestras del padre, de la madre y del hijo. Ahora bien, analizando nuestra realidad se observa quien interpone la demanda por lo general, es débil económicamente; por lo tanto, aquí existe un imposible físico jurídico respecto al pago, ya que, si bien es verdad que la misma ley previene el otorgamiento del auxilio judicial, esto, es otro imposible ya que los laboratorios no son parte del sector público, por lo tanto, el juez no tiene facultades para disponer un servicio gratuito ante órganos que tienen la calidad de personas jurídicas privadas. Este es un asunto de capital importancia que el legislador debió prever, 4) Sentencia, la resolución que declara fundada la oposición del demandado, dispondrá que el demandante cumpla con el pago de los costos y costas del proceso. Esta aseveración de la ley es redundante por cuanto por aplicación del principio de condena de costos y costas que contiene el artículo 412° del Código Procesal Civil ya está dispuesto, que el vencido en un proceso paga los costos y costas del proceso sin necesidad que la parte procesal lo solicite. En el supuesto que la prueba del AND sea positiva, o sea a favor del demandante el mandato de la resolución que pone fin al proceso declara la paternidad extramatrimonial del demandado disponiéndose la inscripción que corresponda, 5) Apelación, el principio de doble instancia es principio genérico aplicable a todos los procesos del Derecho Procesal Civil, por lo tanto en este tipo de procesos que es especial también sujetándose a la generalidad, es apelable dentro del plazo de 3 días y el superior, que es el juez de familia, resuelve la apelación dentro del término de diez días contados a partir de la fecha que el juez lo tiene en su Despacho para resolver.

## **2.7 LEGITIMIDAD**

El vocablo *legitimación*, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en la acepción de Derecho, significa aptitud personal para poder actuar o como parte activa o pasiva en un proceso, determinado por la relación por la relación en que se encuentra la persona con el objeto litigioso. Existe una capacidad de derecho y otra de ejercicio, es decir, junto a la capacidad de goce o de derecho aparece otra, la que interesa como aptitud para comparecer al proceso, denominada capacidad de hecho, capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, de acuerdo al léxico que utilice el jurista o el legislador.

En consecuencia ¿Qué significa la capacidad de ejercicio o para obrar? Simplemente es la que se requiere para hacer valer los derechos sustanciales por sí mismos y dentro del proceso, así el menor que es incapaz para enajenar, no es capaz para enajenar por sí mismo o por acto propio sino por intermedio de su representante legal, pero tiene la capacidad de derecho o de goce, con la diferencia que esta capacidad no le da la capacidad para hacer valer o ejercer aquel derecho por sí mismo.

Por lo que la capacidad de goce y la procesal tienen una íntima vinculación con la legitimación. Sin la primera no habría la segunda y viceversa. La legitimación procesal “es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho subjetivo material”.

### **2.7.1 Clases**

Se distinguen, siguiendo la línea paralela de la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, dos tipos de legitimación: la legitimación en el derecho sustancial (*legitimatio ad causam*) y la legitimación en el proceso (*legitimatio ad processum*). La legitimación procesal

hace alusión a la situación o vinculación de uno o varios sujetos con una o varias pretensiones como objeto litigioso determinado, que les da la facultad para comparecer en proceso como persona individual o jurídica y con el propósito de obtener una sentencia de mérito.

- **LEGITIMATION “AD CAUSSAM” (LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA)**

-

Se trata de la legitimación en el derecho material que implica ostentar la titularidad del derecho que es objeto de debate en el proceso, así, el propietario en la pretensión reivindicatoria, el acreedor en la pretensión de cobro de mutuo, el poseedor en la pretensión posesoria. En estas pretensiones no tienen mayor injerencia la aptitud de actuar como demandante o demandado, aun cuando esa aptitud o calidad o esa condición de titular del derecho sustancial recaiga sobre un menor de edad o incapaz, no se altera, no se modifica esa legitimación que tiene en el derecho sustancial (derecho de goce), por cuanto sigue siendo el titular del derecho el menor o incapaz, modificándose únicamente en cuanto al legitimado en el proceso, aquí se requiere de la aptitud para obrar dentro del proceso.

La legitimación para obrar – legitimatio ad caussam- puede definirse como la cualidad emanada de la ley que faculta requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso y que en la mayoría de los casos coincide con la titularidad de la relación jurídica material. En consecuencia, la falta de legitimación para obrar consiste en la ausencia de esa cualidad, porque no existe identidad entre el pretensor con aquel quien la ley le faculta el ejercicio de la pretensión, por ejemplo, el arrendatario, atribuyéndose ser propietario de un inmueble pretenda reivindicar contra un poseedor, este podría deducir la excepción de falta de legitimidad para obrar (*sine actione agere*), puesto que dicha pretensión solo está legitimada para el propietario.

La legitimación activa es la aptitud para estar en proceso judicial como parte actora, con el objeto de obtener una sentencia de fondo sobre la cuestión controvertida, la que puede ser fundada o infundada. En cambio, la legitimidad pasiva se vincula con la identidad entre el sujeto demandando y el sujeto pasivo de la relación material en Litis.

- **LEGITIMATIO AD PROCESSUM (LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO)**

Existe la legitimación sustancial o del titular del derecho que es controvertido (parte sustancial) y, otro, el ejercicio directo de este derecho sustancial en el proceso que le corresponde al que tiene la aptitud o la capacidad de ejercerlo o es el que va ejercitar aquel derecho sustancial, que viene a ser legitimado procesal (parte procesal).

En consecuencia, se llega a establecer que la “legitimatio ad procesum) se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal”. De lo que exulta que toda persona tiene legitimación ad causam; pero no toda persona tiene legitimación ad processum. O, dicho de otra manera, toda persona tiene derecho de goce o de derecho, pero no toda persona tiene capacidad de ejercicio para hacer valer su derecho por sí misma.

Por lo que ambas legitimaciones (del derecho sustancial y del derecho a comparecer en proceso) suponen que los sujetos deben tener una situación personal que les permita contar con una expectativa cierta de la sentencia, esto indica por qué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión (no es de la acción, de la demanda ni de la reconvencción). De lo que resulta relevante diferenciar la legitimatio ad procesum, que es propiamente referente a la capacidad procesal del actor o demandado, de la legitimatio ad

causam, que constituye un elemento esencial para que el proceso tenga vida como relación procesal.

Ambas legitimaciones le dan al proceso plena validez y desde luego una decisión de mérito, estamos frente a uno de los presupuestos procesales para que el proceso se desarrolle con plena validez.

La legitimación en la causa (ad causam) se vincula con la posibilidad de obtener una sentencia sobre las pretensiones demandadas, y desde luego de gran utilidad a los denominados contradictorios necesarios. La legitimación en el proceso (ad processum) alude a la especial relación jurídica procesal entre las partes, determinando el grado de interés que tiene cada parte en el ámbito de los derechos sustanciales. Aquí se trata del interés para la pretensión o para obrar. La expresión tradicional no tiene vigencia alguna, es decir, “que no hay acción sin interés o que el interés es la medida de la acción”, El derecho procesal civil peruano ha pasado de la acción a la pretensión, en perfecta armonía en el tratamiento científico- normativo de la acción y de la pretensión (infra lecciones VI y VII).

Las disimilitudes entre la legitimación ad causam y la legitimatio ad processum, las cuales radican básicamente en que la ad processum se refiere a la capacidad para estar en juicio o la insuficiencia de la representación de la parte, mientras que la legitimación ad causam versa sobre la coincidencia de posición activa o pasiva de un sujeto tanto en la relación del mérito como en la procesal. Entre ambas debe haber perfecta armonía para que el proceso culmine con una decisión favorable al actor.

❖ **Disimilitudes entre la legitimatio ad causam y la legitimatio ad processum**

- La legitimación en la causa no es condición, requisito ni presupuesto de la acción. Esta es abstracta, subjetiva, pública e individual.

- La legitimación en la causa es elemento sustancial o material de la Litis, de aquí se desprende que no es presupuesto procesal, sino material.

- La ausencia de la legitimación procesal por tener relación con la legitimación sustancial impide el pronunciamiento de fondo del proceso.

- La legitimidad activa para obrar es la calidad o la identidad del sujeto actor con aquel a quien la ley le concede ser el titular de la pretensión. En otras palabras, cuando existe coincidencia con la titularidad del que ejerce el derecho sustancial. De lo que resulta que la existencia del derecho sustancial no es ninguna condición para ejercer la acción (como en práctica se cree, olvidando que es condición de la pretensión).

- Tener la calidad de estar legitimado en la causa implica que el actor ostenta derecho sustancial para exigir que se resuelva sobre la(s) pretensión (es) que contiene la demanda.

- En cambio, tener la legitimatio ad processum implica que las partes ostentan el requisito de la calidad o identidad con aquel a quien la ley le otorga el ejercicio de una determinada pretensión. Dicho de otra manera, le otorga la calidad de sujeto activo

(legitimidad activa), para el ejercicio de la pretensión o de sujeto pasivo (legitimidad pasiva) para contradecirla.

## **2.8 NÁLISIS DE LA LEGITIMIDAD EN EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL POST MORTEM DEL SUJETO DE DERECHO FALLECIDO TRAS SU NACIMIENTO CON VIDA**

### **2.8.1 El caso de la improcedencia en la filiación post mortem**

#### ❖ Principales hechos del caso

- <sup>1</sup>El expediente N° 04305-2012-PA/TC-Apurímac, declara improcedente la demanda de amparo en las diversas instancias interpuesto por la señora Melina Lantarón (madre de la menor) en contra de Manfred Hernández Sotelo (padre de la menor).

- La demandante aducía que producto de la convivencia de más de diez años con el señor Manfred Hernández Sotelo, procrearon a su hija de iniciales M.L.A. quien falleció al día siguiente de su nacimiento. Sostiene que la menor no fue inscrita con el apellido de su padre, por lo que solicitó que pueda realizarse la inscripción extemporánea de su hija con los apellidos de su progenitor.

---

<sup>1</sup> Tesis: “la filiación paterna extramatrimonial post mortem del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida”, Miluska Saraf Medina Monje, Chiclayo, 6 de abril de 2018.

- El padre se presentó al proceso deduciendo la excepción de falta de legitimidad para obrar activa, argumentando que la acción incoada se trata de un derecho personalísimo y que la madre no tiene la legitimidad necesaria para iniciar un proceso en el cual solicite que se le reconozca a su hija fallecida su derecho a la identidad, específicamente el apellido del padre.

- Al respecto en la primera instancia el Juzgado declaró improcedente la demanda ya que al fallecer la menor se puso fin a su condición de sujeto de derecho, no pudiendo ser titular de derechos o intereses. Por su parte la Sala revisora confirmó la decisión del Juzgado señalando que el derecho a la identidad solo puede ser tutelado cuando preexiste la vida, y en la última instancia el Tribunal Constitucional también rechazó la demanda de amparo interpuesto por la madre bajo los mismos argumentos expuestos anteriormente.

#### ❖ **Puntos relevantes de la sentencia**

- Toda persona tiene derecho a que se le reconozca una filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, ya que a partir de este reconocimiento se determinará su derecho a la identidad, específicamente en el caso expuesto a su identidad post mortem. El problema central en la filiación extramatrimonial post mortem surge a raíz de que en el expediente N° 04305-2012-PA/TC-Apurímac, el juez admite la excepción interpuesta por el padre de la menor fallecida, de considerar la falta de legitimidad para obrar de la madre, ya que la niña nace y fallece (1 día), basándose en el artículo

407° del Código civil. Este artículo junto con el artículo 394° de la misma norma no reconoce al hijo que nace y muere sin dejar descendencia, por tanto, no podrá ser reconocido como tal y carecerá del derecho a una filiación extramatrimonial.

- Claramente como vemos en este caso, se vulneran los derechos de la menor ya que las diversas instancias declararon improcedente la demanda de amparo interpuesta por la madre de la menor fallecida en contra del señor Alfred Hernández Sotelo (padre), aduciendo este que al haber fallecido la menor al poco tiempo de nacer, la madre no tenía legitimidad alguna para iniciar un proceso con el objeto de que se reconociera a su menor hija, ya que al fallecer, se puso fin a su condición de sujeto de derecho no pudiendo considerársele titular de derechos e intereses. Es decir, para las diversas instancias como para el padre, el niño (a) que nace y al poco tiempo fallece no tiene derecho a ser reconocido como tal. Para esto tomemos en cuenta Constitución Política del Perú, en su artículo 2°, inciso 1, señala que toda persona tiene derecho: “(...) a su identidad (...)”; asimismo el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 6° señala que “el niño 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 (...)”; normas que son concordantes con el artículo 19° del Código Civil, que prescribe que “toda persona tiene el derecho y deber de llevar un nombre (...)”; y con las normas de la Ley Orgánica del RENIEC, en donde se determina que es imprescindible que en la solicitud de inscripción, se consignen los datos que permitan la identificación del

niño o adolescente, así como los nombres de los padres biológicos, con el objeto de establecer la filiación, lo cual permitirá que el menor logre hacer prevalecer sus derechos y libertades; por lo que no se le puede negar solo con el hecho de su muerte; por lo que si tiene derecho a ostentar una filiación paterna, ya que el padre no puede negar su paternidad y menos negarle a un recién nacido el debido reconocimiento aunque haya fallecido al siguiente día, pues a partir de esto se determinará su identidad post mortem, y será reconocido en nuestra sociedad como tal.

- Si seguimos el razonamiento de las diversas instancias al expresar que no tiene derecho a la identidad la menor que nació y falleció al día siguiente, estamos vulnerando su derecho fundamental a la identidad, el cual es uno de los derechos fundamentales reconocido y protegido en la Constitución Política y que perdura para reclamar ante las demás instancias judiciales después de muerto o fallecido una persona.

#### ❖ **Inaplicación del artículo 407° del Código Civil**

El supuesto contemplado en el artículo 407° del Código civil, señala: “La acción corresponde solo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de este. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia. La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado”.

Esta norma permite accionar a la madre el reconocimiento del hijo extramatrimonial vivo, por su condición de representante legal del hijo mientras sea menor de edad, incluso

sea la madre también menor de edad, empero, cuando el hijo extramatrimonial ha muerto, sin dejar descendencia y sin reconocimiento paternal y no se ha promovido el proceso de filiación, como lo es en este caso, no se podría incoar acción alguna sobre la filiación, porque la norma citada, es decir el artículo 407° del Código Civil que proscribe la acción del progenitor post mortem, contraviene el derecho al debido reconocimiento de la filiación del menor.

Por tanto, dicha norma contemplada en el Código Civil carece del derecho a reconocer a una persona que nace con vida y adquiere derechos fundamentales como el derecho a la identidad, el mismo que no se le puede quitar después de su muerte porque ya ha sido adquirido con su nacimiento, como lo es en este caso, donde la niña fallece al día siguiente de su nacimiento, por ende, al no tener descendencia no podría la madre reclamar la filiación paterna y en consecuencia el derecho a la identidad que había adquirido desde su nacimiento con vida y así mantener una identidad post mortem.

Se trata entonces de una interpretación errónea del artículo pues se regula una figura distinta del supuesto contemplado en dicha norma, ya que, para sostener tal procedencia del reconocimiento de la menor, se sostiene que el hijo (a) adquiere derechos desde la concepción, los cuales se hacen efectivos con su nacimiento con vida, aunque haya muerto al después de nacer.

Por lo que al haberse regulado en el artículo 407° del Código Civil, que la madre no pueda reclamar la filiación de su hijo (a) fallecida, es discriminatoria e intolerable para todo

Estado de derecho que protege a la persona humana; por tanto debe inaplicarse, para esto, debemos tener en cuenta que, si bien el artículo 61° del Código civil establece de que la muerte pone fin a la persona, ello en modo alguno, supone desconocer que dicha persona existió sino se le reconoce una identidad; en cuanto a la determinación de la filiación de una persona, implica a la vez establecer su identidad, por lo que no existe ninguna razón para que se niegue este derecho fundamental a la madre del hijo fallecido, más aún si en el supuesto del artículo 1° de la Ley N° 28457 implica que los que tengan legítimo interés en obtener la declaración de paternidad, pueden iniciar dicha acción.

#### ❖ **Breve reflexión jurídica a la luz del artículo 1° del Código Civil**

El Código civil peruano vigente de 1984 en su artículo 1° declara: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

En la primera frase, al declararse que la persona es sujeto de derecho desde la concepción, se debe tener en cuenta que el ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho. Hervada sustenta que sujeto de derecho “es el centro de imputación de derechos y deberes adscribible siempre y en última instancia a la vida humana”

Por tanto, entendemos por sujeto de derecho a aquel ser humano que tiene derechos y deberes, por lo que la niña al nacer con vida poseía derechos inherentes a su persona por el solo hecho de ser sujeto de derecho.

En la segunda frase del artículo primero del Código Civil como consecuencia de la primera frase, declara que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, es decir, le concede una situación de privilegio, pues todo sujeto requiere de un derecho y al hablarse de “efectos favorables”, posiciona al concebido como sujeto de derecho privilegiado al reservarle solo los efectos favorables de cada situación, y “dicha calidad jurídica le es reconocida en tanto atributo innato a su calidad de ser humano”.

Nuestra regulación civil peruana al señalar “efectos favorables” hace referencia a aquellos que recoge nuestro Código Civil a favor del concebido; no obstante, esta frase de “efectos favorables” ha generado diversas opiniones sobre su significado, siendo la más común aquella que supone la adquisición de algo beneficioso para el concebido.

Como bien lo expresa el artículo al decir que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, pues antes de que el ordenamiento jurídico le reconozca tal calidad es ya titular de unos derechos fundamentales, por ello, puede afirmarse que, en el expediente analizado, la niña desde que estuvo en el vientre de la madre ya había adquirido derechos, los mismo que se efectivizaron con su nacimiento con vida, por tanto, no puede negársele su derecho a la filiación y su derecho fundamental a la identidad.

En la tercera frase del referido artículo señala que los derechos patrimoniales del concebido están condicionados a que nazca vivo. Siendo el concebido un sujeto de derecho, es titular de tales derechos, especialmente aquellos inherentes a su estatuto ontológico de ser humano. Se define a los derechos patrimoniales como aquellos que revisten el carácter de bienes, es decir, los que son susceptibles de tener un valor económico.

Debemos tener presente que esta tercera frase hace referencia a los derechos patrimoniales que no podrían ser obtenidos si el concebido fallece antes de su nacimiento, por tanto, al hablarse de aquella atribución de derechos patrimoniales que está condicionada a que nazca vivo, se trata de una condición legal suspensiva que para que opere la atribución de tales derechos, deberá verificarse antes el nacimiento con vida del concebido, es decir, que tanto la adquisición de los derechos patrimoniales como la de sus obligaciones serán suspendidas hasta que tenga lugar su nacimiento y esto se da con la finalidad de salvaguardar sus intereses.

“De lo expuesto se desprende que, si el concebido muere en el seno materno durante el proceso de su gestación o en el instante de su nacimiento, no se le atribuyen derechos patrimoniales”, pues con su muerte dejó de ser sujeto de derecho, por lo que sus derechos se extinguen.

La Real Academia española precisa que muerte es cuando la persona llega al término de la vida, por lo que como está expresado en la tercera frase de dicho artículo, no obtendría derechos patrimoniales el concebido que muere o aquel que nace y en minutos fallece.

Autores como Díez Picazo y Gullón definen que, “tradicionalmente se da por muerto al organismo que tiene el corazón parado y, la circulación y respiración detenidas”.

Asimismo, Carrasco opina que la muerte está asociada a la paralización de la actividad cerebral y de los demás órganos vitales como el corazón, pues la muerte significa la desaparición de la personalidad civil de la persona.

Pero lo expresado en dicha frase no debe ser confundido en el expediente N° 04305-2012-PA/TC-Apurímac, ya que la niña vivió 24 horas (1 día) por lo cual, sus derechos inherentes al ser persona y sujeto de derecho le corresponde como tal, más si lo que pide la madre son sus derechos extra patrimoniales de la menor como lo es la filiación y su derecho fundamental de tener una identidad así haya fallecido, pues todo ser humano merece ser tratado con respeto y protegido por nuestro ordenamiento jurídico.

❖ **Argumentos jurídicos y legales para la procedencia de la acción de la filiación extramatrimonial post mortem del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento**

Para determinar cuáles son los argumentos jurídicos que permitirían la procedencia de la filiación paterna extramatrimonial post mortem de un sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida, en el caso expuesto materia de esta tesis, se debe tener en cuenta que en aquellos casos en la que el menor fallece sin que antes se le haya reconocido, no significa que pierda su derecho a ostentar una filiación, por lo que puede determinarse su identidad a nivel judicial, ya que, si esto no se diera, se estaría desprotegiendo los derechos de la menor, y nuestro ordenamiento jurídico lo protege desde que es concebido. Por tanto, el artículo 407° del Código civil al contravenir al derecho de una filiación el cual toda persona tiene debe darse su inaplicación.

Es así que un argumento que permite tal procedencia es que la filiación es necesaria en cada persona y aunque sea un hijo extramatrimonial también le corresponde ser reconocido y llevar los apellidos de sus padres; sea que él o la menor esté con vida o haya nacido y al día siguiente fallezca.

La filiación se produce por los vínculos de sangre entre sus parientes, el cual establece un vínculo directamente con sus padres, es por eso que cuando esta no ha sido establecida, de manera voluntaria o indicada por la ley, surgen problemas de orden filiatorio, y se dan una serie de acciones para identificar quién es la madre o el padre del nacido.

Esta filiación existe en todos los individuos, pues siempre se es hijo de un padre y una madre. “La persona no es producto de la nada, es un proceso biológico de procreación con protección constitucional elevado a derecho fundamental, que se inicia desde el momento de la concepción, y al nacer requiere de una identificación que hacen al ser humano irreplicable de otros seres humanos, con sus propias características y atributos que forman su verdadera personalidad”.

Es así que, la filiación matrimonial o extramatrimonial viene acompañada del derecho a la identidad, el cual, deriva de la dignidad del ser humano, pues es el derecho de toda persona a ser reconocido por parte de los demás, de lo que ella es y representa, así esta expresado en el Exp. N° 2273–2005- PHC/TC la cual declara que la identidad es el derecho que tiene todo ser humano a ser reconocido, pues frente a este derecho, surge en los demás la obligación de no negarla, desnaturalizarla o desvirtuarla.

Por lo que otro argumento que relaciona el párrafo anterior es que si bien es cierto la filiación opera a falta del reconocimiento voluntario del padre respecto de un hijo extramatrimonial, sea porque desconfía de la certeza del vínculo o por un acto de mala fe u confusión, siempre debe prevalecer el derecho fundamental a ser reconocido por sus padres.

Como sabemos, la identidad es “un proceso histórico que legitima a una persona dentro de una universalidad, que está en el ser humano, en la sociedad y que produce dignidad y bienestar en cada uno de ellos”, pues al ser un derecho inherente al ser humano, es irrenunciable por constituir un derecho fundamental y natural de toda persona, ya que es un derecho humano garantizado por el ordenamiento jurídico positivo a nivel nacional e internacional.

El derecho a la identidad al ser un derecho inherente de toda persona es un derecho fundamental, por tanto, debe darse el debido reconocimiento, ya que este derecho tiene vinculación con los asuntos sobre la declaración de paternidad que incide en el esclarecimiento de la identidad biológica.

Si bien es cierto, es dificultoso el determinar si puede ser reconocida una persona ya fallecida cuando no hay descendencia, pues el reconocimiento de una filiación post mortem se declara con posterioridad a la muerte de cuyo estado filiatorio se trate, ya que, lo que la norma pretende es evitar reconocimientos interesados post mortem como lo es la herencia, pero el tema central de esta tesis, es que la progenitora pueda realizar el reconocimiento de la menor que nace y fallece al día siguiente para ostentar su filiación, no pudiendo ya considerársele como titular de derechos e intereses.

El autor Placido sustenta que el reconocimiento requiere como requisito que el fallecido haya dejado descendientes, en consecuencia, no será válido el reconocimiento cuando falten descendientes del reconocido

Pero, según se ha sostenido, el derecho fundamental a la identidad se adquiere con el nacimiento con vida de la niña, que en este caso murió al día siguiente de su nacimiento. El único requisito para adquirir su derecho a la identidad su nacimiento con vida, no un número de horas determinadas para concretar la adquisición de derechos, como sucedió en el Código Civil peruano de 1852, por lo que debería darse la regularización de su estado filiatorio para ser identificado como tal. Asimismo, el artículo 386° del Código Civil establece que, “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”, por lo que válidamente la madre de la menor al haber convivido 10 años con el señor Manfred Sotelo puede solicitar el reconocimiento de su menor hija fallecida.

Además, el artículo 387° de la citada norma expresa que, el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial; la cual ha sido solicitada por la madre.

Asimismo, la Ley N° 28457 en su artículo 1° declara “Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en

declaración judicial de paternidad”, por lo que la madre al tener legítimo interés de obtener la filiación post mortem de su menor hija fallecida solicita el debido reconocimiento.

Por tanto, la filiación al formar parte del derecho de la identidad está protegido a través de nuestra Carta magna en su artículo 2° inciso 1, en el cual se establece que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Asimismo, en el artículo 1 del Código civil peruano se precisa que, “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento con vida, concordante con el artículo 19°, el cual declara que «toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos» y con el artículo 20° que señala, “al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre”.

Además, el Código de los niños y adolescentes, en su artículo 6° señala que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

El artículo 18° de la Convención americana expresa sobre el Derecho al Nombre que, “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o a uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

Es decir, se establece que los hijos tienen derecho a conocer a sus progenitores, lo que permitirá preservar sus orígenes y los lazos de parentesco con respecto a sus padres biológicos, pues a partir de su reconocimiento será individualizado como persona.

El Pacto interamericano de derechos civiles y políticos en su artículo 24°, inciso 2, señala que, “todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

En conclusión, el esclarecimiento de la filiación extramatrimonial post mortem implica a la vez la determinación de la identidad del hijo, por lo que el padre no puede negar su paternidad antes de su nacimiento, pues es considerado ya como aquel centro de derechos e intereses ya que al tener existencia distinta y autónoma, es diferente a la madre, por tanto, se le atribuyen también derechos patrimoniales teniendo como única condición a que nazca vivo, es decir, que la madre tiene derecho también a disfrutar de la herencia que le correspondería al concebido, en cuanto tenga necesidad de alimentos, pero en este expediente N° 04305-2012-PA/TC-Apurímac, lo que pide la madre es el derecho ostentar la filiación extramatrimonial post mortem y consecuentemente a la identidad de su menor hija fallecida para que pueda llevar el apellido del padre en su lápida.

## CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

### 3.1 HIPÓTESIS GENERAL

Debe legitimarse a los herederos forzosos del hijo fallecido que no dejó descendientes a efectos que ejercite la acción de filiación de paternidad extramatrimonial.

### 3.2 VARIABLES

**Variable independiente:** Legitimidad de los Herederos del hijo fallecido que no dejó descendientes.

**Variable dependiente:** La acción de filiación de paternidad extramatrimonial.

#### ❖ **Conceptualización de las variables**

- **Variable independiente:** Legitimidad de los Herederos del hijo fallecido que no dejó descendientes.

**Legitimidad para obrar:** La legitimidad para obrar está referida a los sujetos que, ya sea en la posición de demandantes o de demandados, la ley autoriza a formular una pretensión determinada o a contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso debido a un interés en su resultado.

**Herederos forzosos:** Los herederos forzosos son los parientes más próximos al causante, que no pueden ser desheredados por éste, sin causas justas, legalmente establecidas. Hay una

porción llamada legítima que deberá ser respetada por el testador al tiempo de hacer sus disposiciones testamentarias, del resto de sus bienes puede disponer a su antojo.

- **Variable dependiente:** La acción de filiación de paternidad extramatrimonial

**Filiación de paternidad extramatrimonial:** La filiación extramatrimonial es también conocida como filiación ilegítima: es decir, la derivada de la unión no matrimonial. Esta se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de algunos de ellos, relación de parentesco, etc. Así, por filiación de paternidad extramatrimonial debemos entender el vínculo que se establece entre el padre e hijo cuando el primero no está unido en matrimonio.

### **3.2.1 Operacionalización de variables**

Con el propósito de operacionalizar las variables se detallan a continuación los indicadores utilizados, así como, la fuente de información, importantes para la medición o verificación.

❖ **Indicadores**

**Variable Independiente:** Legitimidad de los Herederos forzosos para ejercitar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial del hijo fallecido sin descendientes.

<b>VARIABLE</b>	<b>INDICADOR</b>	<b>FUENTE</b>
<b>V.I</b>	La prohibición de los herederos forzosos para ejercitar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial del hijo fallecido sin descendientes.	<b>Doctrina</b> - <b>Ley N° 28457</b> - <b>Código Civil.</b> -Código Procesal Civil - <b>Jurisprudencia</b> <b>Nacional</b> y <b>Comparada.</b>

**Variable Dependiente:** El ejercicio de la acción de filiación de paternidad extramatrimonial y el derecho a la identidad y personalidad jurídica. Este indicador se analizará de acuerdo a la doctrina, jurisprudencia nacional e internacional.

<b>VARIABLE</b>	<b>INDICADOR</b>	<b>FUENTE</b>
<b>V.D</b>	Control constitucional a fin de preferir derechos y garantías que garantiza la Constitución frente a normas de inferior rango que se les oponen: Derecho a la Identidad y personalidad jurídica.	- Doctrina - Ley N° 28457 -Código Civil. -Jurisprudencia Nacional y Comparada.

### 3.3 METODOLOGÍA

#### 3.3.1 Tipo de Investigación

El presente trabajo de investigación es de tipo descriptivo-documental, pues se trata de analizar doctrinariamente y jurisprudencialmente quienes son las personas legitimadas para ejercitar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial del hijo fallecido sin descendientes, asimismo se realiza el presente trabajo con la finalidad de construir y ampliar el conocimiento teórico del problema propuesto.

#### 3.3.2. Método de Investigación

Esta investigación teniendo en cuenta la naturaleza del tema, tiene entre los métodos a utilizar los siguientes:

##### ❖ **Métodos de investigación Jurídica**

- **Exegético:** Su uso nos permitirá el estudio lineal de las normas de la Legislación Nacional sobre los temas materias de investigación.
- **Dogmático:** Su uso nos permitirá el estudio de conceptos jurídicos, como instituciones y principios, entre ellos el Derecho de Familia.

##### ❖ **Métodos de interpretación Jurídica**

- **Teleológica:** Su uso nos permitirá entender la razón de ser de la ley, captar el espíritu de la ley mediante el empleo de procedimientos lógicos valorativos.

- **Histórica:** Su uso nos permitirá indagar y conocer los antecedentes del precepto, a través de sus fuentes, lo cual nos permitirá conocer un poco más acerca del origen y el devenir histórico de la figura jurídica estudiada.
- **Doctrinaria:** Este tipo de interpretación nos permitirá conocer la postura, opinión y los fundamentos de los juristas, nos permitirá ampliar nuestra perspectiva y profundizar en un tema determinado.
- **Sistemático:** Su uso nos permitirá comprender una norma conjuntamente con otra del sistema legal, entendiendo al ordenamiento como una unidad.

### 3.3.3 Técnicas de Investigación

La técnica a emplearse es aquella que privilegie los documentos, con la finalidad de analizar exhaustivamente la información doctrinaria y legislativa sobre el objeto de la presente investigación; en el desarrollo del presente trabajo se utilizaron las siguientes técnicas:

- **Observación:** Como base del contacto del investigador con el hecho o fenómeno científico relevante para los fines de la investigación.
- **Fichaje:** También llamado fichaje bibliográfico, en el cual se ha compilará todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre la ley materia de análisis, sus críticas, defensas; llegando a tener una postura clara al momento de desarrollar la investigación.

- **Recolección y Análisis de datos:** Por medio de esta técnica se analizará minuciosamente la información doctrinaria y legislativa, respecto al objeto de investigación del presente trabajo.

## CAPÍTULO IV: PROBANZA DE HIPÓTESIS

### 4.1 PROBANZA JURÍDICO SOCIAL-DOCTRINAL

**Primero. - El niño que nace con vida, pero fallece antes de determinarse su filiación de paternidad extramatrimonial. Tiene derecho a la identidad.**

Respecto de ello tenemos que, el Derecho a la identidad constituye un derecho fundamental de la persona, pues implica el reconocimiento de su existencia en la sociedad. Por lo que desde que la persona nace tiene derecho a ser identificada con un nombre, un sexo y una nacionalidad que la distinguen de las demás. Asimismo, nos permite saber quiénes son nuestros padres y llevar sus apellidos.

El derecho a la identidad se encuentra consagrado en el artículo 7° numerales 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos de Niño, artículo 18° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24.2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 de la C.P y artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, y si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos no lo recoge expresamente, sin embargo en el artículo 6° establece que, “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento”, esto implica “la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titulares de estos derechos y deberes”. Por tanto, gozar de una identidad es una manifestación implícita del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del

ser humano. Para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. El derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica.

La C.P.P no recoge en forma expreso el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; empero, acorde a lo previsto por el artículo 3°, constituye un derecho fundamental no enumerado o no escrito, cuyo sustento es la dignidad humana.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional peruano al analizar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como derecho vinculado al uso del Documento Nacional de Identidad, estableció: “(...) La expedición del Documento Nacional de Identidad repercute directamente en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que dicho documento , tal como se señaló en los párrafos precedentes, permite el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes al individuo.

Respecto a la esencia del derecho a la identidad, el T.C ha precisado que: “(...) entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la C.P, entendido como todo 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 aquello otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

El derecho a la identidad en su fase estática supone en otros, el reconocimiento de la identidad biológica de la persona y el establecimiento de su verdadera filiación, lo que a su vez lleva consigo el derecho al nombre. En ese sentido, el destacado jurista Carlos Fernández Sessarego expresa que: “(...) la identidad, no obstante ser unitaria, presenta dos vertientes. Una estática, inmodificable o con tendencia a no variar y, otra, dinámica, mutable en el tiempo. La identidad estática está dada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, imagen, estado civil edad y fecha de nacimiento, entre otros datos. La identidad dinámica recientemente puesta de manifiesto, es la que se refiere, en cambio, al despliegue temporal y fluido de la personalidad. Ella está constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos, culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales. Es la manera como cada ser humano se presenta ante los demás en la vida social. Ella no permanece estática, va cambiando, en cierta medida, con el transcurso del tiempo. Ello, desde que la persona es un ser con libertad”.

El artículo 1 del Código Civil peruano prescribe que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento; que la vida comienza con la concepción; y, que el concebido

es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, de lo que se colige prima facie que todos los derechos inherentes a la persona humana (incluyendo la determinación de la filiación e identidad) son pasibles de ser efectivos en vida, pues conforme al artículo 61° del aludido ordenamiento legal, la muerte pone fin a la persona. No obstante, la determinación de la identidad de una persona trasciende a la vida misma, pues en ejercicio del derecho a la dignidad y el reconocimiento de la personalidad jurídica, la persona fallecida tiene derecho a que se determine su verdadera identidad; de allí, que la norma civil permite a los descendientes del hijo fallecido continuar el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

**Segundo. – La madre del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida, está legitimada para iniciar la acción de la filiación de paternidad extramatrimonial post mortem.**

La filiación en sentido estricto, es el vínculo jurídico que une al padre y a la madre con sus hijos, generando derechos y deberes recíprocos; por tanto, es necesaria en cada persona y aunque sea un hijo extramatrimonial también le corresponde ser reconocido y llevar los apellidos de sus padres; sea que él o la menor esté con vida o haya nacido y al día siguiente fallezca. Es así que, la filiación matrimonial o extramatrimonial viene acompañada del derecho a la identidad, el cual, deriva de la dignidad del ser humano, pues es el derecho de toda persona a ser reconocido por parte de los demás, de lo que ella es y representa, así esta expresado en el Exp. N° 2273–2005- PHC/TC, en el cual se establece que la identidad es el derecho que tiene todo ser humano a ser reconocido, pues frente a este derecho, surge en los demás la obligación de no negarla, desnaturalizarla o desvirtuarla.

Asimismo, se precisa que el derecho a la identidad al ser un derecho inherente de toda persona es un derecho fundamental, por tanto, debe darse el debido reconocimiento, ya que este derecho tiene vinculación con los asuntos sobre la declaración de paternidad que incide en el esclarecimiento de la identidad biológica.

En ese sentido el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial se encuentra regulado por la Ley N° 28457, la misma que determina que “quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada”; por dicho proceso el emplazado puede formular oposición a la pretensión, en tanto se obligue a practicar la prueba biológica del ADN, caso contrario el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Resulta evidente que, en principio es el propio hijo quien ostenta legítimo interés a fin de que se determine su filiación extramatrimonial, razón por la cual durante su minoría de edad dicha legitimidad se traslada, en su representación, a su progenitora, conforme así lo prescribe el artículo 407° del Código Civil vigente. Sin embargo, el esclarecimiento de la filiación extramatrimonial implicará, a la vez, la determinación de la identidad del hijo en su faceta estática, que incluye el derecho al nombre, pues, conforme al artículo 20° del Código Civil, al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre, el cual se expresará en la partida de nacimiento, en el documento nacional de identidad y en la partida de defunción, respectivamente.

Por lo que, el avance de la ciencia y, específicamente, la prueba de ADN ha contribuido en forma significativa a esclarecer la paternidad, y, por ende, la filiación del hijo, y con ello garantizar su derecho a la identidad.

Por tanto, en el presente caso se debe privilegiar la norma constitucional que consagra el derecho a la identidad de la persona humana sin distingo alguno, así como el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica e implícitamente su derecho a la filiación, conforme al artículo 3° de la Norma Fundamental. Por lo que, no existe razón valedera, para que este derecho fundamental se niegue a la madre del hijo fallecido, más aún si el supuesto fáctico contemplado por el artículo 407° del C.C permite a los descendientes del hijo, igualmente herederos, continuar la acción iniciada por aquel. La restricción al derecho de la madre de reclamar la filiación de paternidad extramatrimonial post mortem de y consecuentemente la identidad de su hija fallecida para que pueda llevar el apellido del padre en su lápida. Resulta ser discriminatoria e intolerante por todo Estado de Derecho.

Asimismo, se debe acotar que existe legislación comparada, como es el caso de Argentina, Chile y México<sup>2</sup>, que legitiman a otros herederos del hijo, entre los cuales se encuentra la progenitora, a reclamar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

---

<sup>2</sup> **Código Civil Argentina**

**Acciones de reclamación de estado**

**Artículo 254.** “(...) si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos.”

**Código Civil de Chile**

**2. De las Acciones de reclamación**

**Artículo 207°:** “(...) si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos dentro del plazo de tres años constado desde la muerte. Si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo. El plazo o residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad”.

**Código Civil de México**

**Artículo 347°:** “La acción que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes”.

### **Tercero. – La aplicación del artículo 407°, vulnera el derecho a la identidad.**

La norma en comento debe interpretarse a la luz del Principio del Interés Superior del Niño, ya que este es un criterio rector en la toma de decisiones y por ende, merece ser privilegiado tanto en la actuación estatal como en la administración de justicia, pues conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional por la sentencia recaída en el Expediente N° 04058-2012-PA/TC- por la cual se establece Doctrina Jurisprudencial Vinculante: (...) 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 solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos el padre, la madre o quien sea responsable de velar por sus derechos fundamentales.

Si bien dicho principio se efectiviza en forma palpable estando el niño (a) en vida, no existe sustento para desconocer en mérito a la esencia del referido principio el derecho fundamental a la filiación e identidad post mórtem de un niño que nació y que luego falleció, más aún si partimos de la premisa de que el interés superior del niño conforma el bloque de constitucionalidad al que se refiere el artículo 4 de la Constitución Política del Perú,

---

Artículo 348°: “Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que se trata el artículo:

- I. Si el hijo ha muerto antes de cumplir veintidós años.
- II Si el hijo cayó en demencia antes de cumplir los veintidós años y murió después en el mismo estado.

plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y que supone la primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses.

En ese sentido al aplicarse el Principio del Interese Superior del Niño para la interpretación del artículo 407° del Código civil, resulta que la norma citada contraviene el derecho a la identidad del hijo que fallece tras su nacimiento con vida, al impedir que la madre no pueda reclamar la filiación de su hijo (a) fallecida, siendo además esta norma discriminatoria e intolerable para todo Estado de derecho que protege a la persona humana; por tanto debe inaplicarse, para esto, debemos tener en cuenta que, si bien el artículo 61° del Código civil establece de que la muerte pone fin a la persona, ello en modo alguno, supone desconocer que dicha persona existió sino se le reconoce una identidad; en cuanto a la determinación de la filiación de una persona, implica a la vez establecer su identidad, por lo que no existe ninguna razón para que se niegue este derecho fundamental a la madre del hijo fallecido, más aún si en el supuesto del artículo 1° de la Ley N° 28457 implica que los que tengan legítimo interés en obtener la declaración de paternidad, pueden iniciar dicha acción.

## 4.2 CONCLUSIONES

**PRIMERA.** -En el momento que la persona humana se convierte en sujeto de derecho, esto es desde su nacimiento con vida; adquiere derechos fundamentales innatos. Los cuales no pueden ser vulnerados solo por el hecho de su muerte; ya que, el respeto de la dignidad de la persona es el fin supremo de la sociedad, y ello implica el respeto de sus derechos. Siendo uno de estos derechos protegidos, el derecho a la identidad, el cual es intangible, y no puede ser violentado, ni se puede permitir que exista normativa que atente contra su esencia y obstaculice la búsqueda de la verdad biológica, a fin de poder determinar la verdadera identidad de la persona y establecer la filiación. Por ello, es que este derecho fundamental que implica el derecho a conocer el propio origen biológico debe ser considerado superior por todo estado, autoridad y particular, buscando garantizar y posibilitar los medios idóneos para su ejercicio, protección, promoción y efectivo cumplimiento.

**SEGUNDA.** - La titularidad del derecho fundamental a la identidad se obtiene desde el nacimiento con vida de la persona humana, por tanto, el hijo extramatrimonial que nace y al poco tiempo fallece, tiene derecho a ostentar una filiación paterna de lo cual se determinará su identidad post mórtem.

**TERCERA.** -La madre puede exigir que se declare la paternidad de filiación extramatrimonial de su menor hijo, aunque este haya fallecido, pues la filiación es un derecho íntimamente relacionado con la dignidad humana que no solo se limita en legitimar

dicho derecho en caso de fallecer el titular, pues este derecho le subsiste, ya que los derechos no se agotan con la muerte de la persona.

**CUARTA.** -Al realizar el análisis correspondiente respecto de los argumentos jurídicos que permiten la procedencia de la filiación extramatrimonial post mortem se concluye que, la madre puede iniciar la acción pretendida respecto del reconocimiento de la filiación extramatrimonial post mortem; toda vez que, en aplicación del Principio del Interés Superior del Niño el hijo extramatrimonial premuerto tiene derecho a ostentar una filiación paterna.

**QUINTA.** - El artículo 407° del Código Civil, en su redacción actual, que proscribe a la progenitora reclamar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial de su hijo fallecido, se contrapone a los siguientes derechos: a la identidad que consagra el artículo 2° numeral 1) de la Constitución Política del Estado; al reconocimiento de su personalidad jurídica e, implícitamente, a su derecho a la filiación conforme el artículo 3° de la Norma Fundamental; al derecho a la igualdad ante la Ley y no discriminación que prevé el artículo 2° numeral 2) de la Constitución Política, y al principio del interés superior del niño que en forma implícita recoge el artículo 4° de la máxima norma de nuestro país.

### 4.3 RECOMENDACIONES

**PRIMERA.** - Se recomienda la modificación del artículo 407° del Código Civil Peruano vigente; toda vez que vulnera el derecho a la identidad del niño (a) que fallece tras su nacimiento con vida, al restringirle legitimidad a la madre para iniciar la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial contra el padre del menor fallecido. La modificación de este artículo, brindará seguridad jurídica al derecho de identidad que tiene toda persona, el cual trasciende la muerte. Quedando la modificación de la norma citada de la siguiente manera:

- *Dice:* Artículo 407° del Código Civil Peruano Vigente:

Titulares de la acción

*“La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia. La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.”*

- *Debe decir:* Artículo 407° del Código Civil Peruano Vigente:

Titulares de la acción

*“La acción corresponde al hijo y a sus herederos. La madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia. Asimismo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.”*

**SEGUNDA.** – Se recomienda al Estado, velar por la protección de los Derechos del Niño, los cuales se encuentran regulados en la Constitución Política del Perú, el Código de los Niños y Adolescentes. Ya que es el responsable de respetar los compromisos asumidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

**TERCERA.** - A través de este trabajo de investigación, se recomienda que el operador jurídico del derecho realice el control constitucional previsto por el artículo 138° de la Constitución Política del Estado, a fin de preferir los derechos y garantías que protege la Constitución frente a normas de inferior rango que se les oponen. Siendo que en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial primé la aplicación del Interés Superior del Niño a fin de garantizar el derecho a la Identidad de la Persona, el cual no excluye al niño (a) que nace y al poco tiempo fallece, pues este tiene el derecho a que se determine su filiación paterna, ya que a partir de ello se determinará su identidad post mórtem.

**CUARTA.** - Recomendar al Estado que promueva la realización de eventos, charlas informativas y orientación jurídica, dirigidos a la comunidad, con la finalidad de concientizar a las personas sobre la paternidad responsable, a fin que de forma voluntaria reconozcan a los hijos que procrean, y se evite la vulneración del derecho a la identidad. Ya que todas las personas tienen derecho a que se determine su filiación y con ello se pueda determinar su identidad, la cual trasciende la muerte.

#### 4.4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ❖ AGURTO GONZÁLES, CARLOS ANTONIO. ARIANO DEHO, EUGENIA (Dir.). et al. “Instituto Pacífico: Actualidad Civil – Nro. 8: Las bases del derecho a la identidad personal como derecho fundamental del ser humano”. Lima: Instituto Pacífico, 2015. 461 p. ISSN: 2313-4828.
- ❖ AGUILAR LLANOS, Benjamín. La familia en el Código civil peruano, Lima, Ediciones legales, 2010.
- ❖ AGUILAR LLANOS, Benjamín. El derecho de la familia en la jurisprudencia del Tribunal constitucional, Lima, Gaceta Jurídica 2013.
- ❖ ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis de Código Civil peruano de 1984*. TOMO VIII. Derecho de Familia. Sociedad Paterno Filial. Lima, Gaceta Jurídica 2001.
- ❖ BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Manual de derecho de familia, Lima, Ediciones Jurídicas, 2006.
- ❖ BORDA A. Guillermo. La persona humana, Buenos Aires, Fedye, 2001.
- ❖ CARRASCO PERERA, Ángel. Derecho civil, 2da ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- ❖ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la constitución, 5ta ed., Lima, Jurista Editores, 2009.
- ❖ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU DE 1993
- ❖ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Sociedad paterno – filial, 10ma ed., Lima, Gaceta Jurídica, 1999.

- ❖ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos, Informe N° 74, Lima, serie de informes defensoriales, 2003.
- ❖ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil, derecho de familia, vol. IV, 8va ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- ❖ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil, vol. I, 10ma ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- ❖ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos Judiciales derivados del Derecho de Familia*, Grijley, Lima, 2012.
- ❖ LASTARRIA RAMOS, Edgard. *Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p.36.
- ❖ MARTINEZ RUIZ, Analía. *Interés Superior en la Convención sobre los Derechos del Niño*. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- ❖ PLACIDO V, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.
- ❖ PLACIDO V, Alex F. *Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
- ❖ SOKOLICH ALVA, María. *La legitimidad de la madre para pretender la declaración de paternidad del hijo fallecido*. Tomo 259, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 59-67.
- ❖ MEDINA MONJE, Miluska Saraí. *La filiación paterna extramatrimonial post mortem del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida*”, Tesis Chiclayo, 6 de abril de 2018.

- ❖ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. Jurista Editores, Lima, 2010.
- ❖ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*, Lima, 2004.
- ❖ VERAMENDI FLORES, Erick. *Aplicar formalmente el artículo 407 del CC viola el principio de motivación, pues no asigna significado del concepto de legítimo interés*. Tomo 258, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 81.
- ❖ La Filiación Extramatrimonial. *Disponible en:* <https://pacoamaya.wordpress.com/la-determinacion-de-la-filiacion/>

# ANEXOS

## ANEXO N° 1-A

### Matriz básica de consistencia

#### TÍTULO: “LA LEGITIMIDAD DE OTROS HEREDEROS PARA PRETENDER LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO FALLECIDO SIN DESCENDIENTES”

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Operacionalización			
			Variables	Indicadores	Medidas	Método
¿Debe legitimarse a los herederos del hijo fallecido que no dejó descendientes a efectos que ejercite la acción de filiación de paternidad extramatrimonial?	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p>Determinar si resulta necesaria la modificación del artículo 407 del Código Civil a efectos de ampliar el legítimo interés para ejercitar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial a los herederos forzosos del hijo fallecido sin descendientes.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECIFICOS</b></p> <p>Explicar cuáles son los parámetros que definen el legítimo interés para entablar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial respecto del hijo fallecido sin descendientes.</p>	Si debe legitimarse a los herederos forzosos del hijo fallecido que no dejó descendientes a efectos que ejercite la acción de filiación de paternidad extramatrimonial	<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p> <p>Legitimidad de los Herederos forzosos para ejercitar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial del hijo fallecido sin descendientes.</p> <p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p> <p>La acción de filiación de paternidad extramatrimonial</p>	<p>La prohibición de los Herederos forzosos para ejercitar la acción de filiación de paternidad extramatrimonial del hijo fallecido sin descendientes.</p> <p><b>Variable Dependiente:</b></p> <p>Control constitucional a fin de preferir derechos y garantías que garantiza la Constitución frente a normas de inferior rango que se les oponen: Derecho a la Identidad personalidad jurídica.</p>	<p>Doctrina</p> <p>Jurisprudencia</p> <p>Nacional e Internacional</p> <p>Código Civil</p> <p>Código Procesal Civil</p> <p>Ley 28457.</p>	<p>Analítico</p> <p>Exegético</p> <p>Dogmático</p> <p>Explicativo</p>

## ANEXO N° 1-B

### Presupuesto

Para la elaboración de la presente investigación y su correspondiente ejecución, se han realizado diversos gastos. Los cuales se detallan a continuación en los siguientes cuadros:

<b>INVERSIÓN A LA INVESTIGACIÓN</b>	<b>S/.4,560.00</b>
<b>FUENTE DE FINANCIAMIENTO</b>	<b>INGRESOS PROPIOS</b>

#### Gastos de Presupuesto:

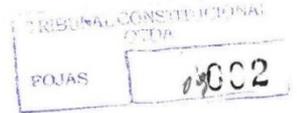
<b>RUBRO</b>	<b>CONCEPTO</b>	<b>COSTO</b>
<b>BIENES</b>	<b>LAPTOP</b>	<b>S/.1,800.00</b>
	<b>IMPRESORA</b>	<b>S/.400.00</b>
	<b>CARTUCHOS Y TINTA</b>	<b>S/.100.00</b>
	<b>HOJAS A4</b>	<b>S/.50.00</b>
<b>SERVICIOS</b>	<b>MOVILIDAD Y VIÁTICOS</b>	<b>S/.300.00</b>
	<b>COPIAS</b>	<b>S/.80.00</b>
	<b>EMPASTADO</b>	<b>S/.180.00</b>

	<b>INTERNET</b>	<b>S/.150.00</b>
<b>ASESORAMIENTO</b>		<b>S/.1,500.00</b>
	<b>TOTAL</b>	<b>S/.4,560.00</b>

# APENDICES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04305-2012-PA/TC  
APURÍMAC  
MELINA ARABELA LANTARÓN  
ABUHADBA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 de setiembre de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Melina Arabela Lantarón Abuhadba contra la resolución de fojas 129, de fecha 22 de agosto de 2012, expedida por la Sala Mixta de Abancay de la Corte Superior de Justicia de Apurímac que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 21 de febrero de 2012, la recurrente interpuso demanda de amparo contra el juez del Juzgado de Familia Transitorio de Abancay, señor César Almanza Barazorda, y el señor Manfred Hernández Sotelo. Solicita que se declare inaplicable la resolución de fecha 5 de enero de 2012, la cual declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa y nulo todo lo actuado, disponiendo la conclusión del proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial seguido en contra de Manfred Hernández Sotelo.

La recurrente señala que producto de la convivencia, por más de diez años, con el señor Manfred Hernández Sotelo, procrearon a su hija de iniciales M.L.A. nacida el 20 de octubre de 2002, la que falleció el día 21 del mismo mes. Sostiene que la neonata no fue inscrita con el apellido de su progenitor y que, posterior a ello, ha tenido que asumir diversos procesos en su contra, dado que los restos de su hija se encontraban reposando en el mausoleo familiar de la sucesión Abuhadba Hani, sobre el cual, en principio, no le asiste ningún derecho. Señala que ante esta situación los gastos deben ser asumidos por ambos progenitores, habiéndose demandado al señor Manfred Hernández Sotelo en el proceso sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04305-2012-PA/TC  
APURÍMAC  
MELINA ARABELA LANTARÓN  
ABUHADBA

los efectos que pueda realizarse la inscripción extemporánea con el apellido del progenitor. Sin embargo, refiere que este se apersonó al proceso deduciendo excepción de falta de legitimidad para obrar activa, argumentando que se trata de un derecho de carácter personalísimo.

Agrega que el Juzgado ha declarado fundada la excepción propuesta sin tener en cuenta que su hija tiene el derecho a la identidad, el cual se encuentra reconocido en nuestra legislación y en los instrumentos internacionales, así como el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debiendo aplicarse la norma constitucional frente a la norma ordinaria. Finalmente, indica que el reconocimiento que se pretende, tiene por objeto darle el nombre correspondiente a su hija, a los efectos que el demandado asuma los gastos fúnebres de la niña.

Con fecha 14 de marzo de 2012, el procurador público del Poder Judicial contesta la demanda argumentando que se pretende desnaturalizar el objeto de las acciones de garantía con el ánimo de suspender los efectos de la resolución en cuestión.

El demandado Manfred Hernández Sotelo contesta la demanda alegando que la demandante adolece de legitimidad para obrar, ya que la acción incoada no se transmite a los herederos del hijo fallecido. En consecuencia, refiere que ha cesado el ejercicio de la representación en el instante en que murió su hija.

El Juzgado Mixto de Abancay declaró improcedente la demanda de amparo al considerar que, según el artículo 61 del Código Civil, al momento en que la menor de iniciales M.L.A. falleció se puso fin a su condición de sujeto de Derecho, no pudiendo considerársele como titular de derechos e intereses.

A su turno, la Sala revisora confirmó la apelada al considerar que el derecho a la identidad será tutelado si es que preexiste el derecho a la vida.

Mediante recurso de agravio constitucional la demandante reitera que el objeto principal de su demanda consiste en que el progenitor asuma los gastos funerarios de la hija de ambos, recalcando que no pretende "que se declare fundada la filiación de paternidad extramatrimonial" (sic), sino que se otorgue el derecho de identidad a la menor fallecida.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04305-2012-PA/TC  
APURÍMAC  
MELINA ARABELA LANTARÓN  
ABUHADBA

## FUNDAMENTOS

### Petitorio

1. De autos se aprecia que lo que pretende la demandante es dejar sin efecto la resolución de fecha 5 de enero de 2012, la cual declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial seguido en contra de Manfred Hernández Sotelo. Invoca la vulneración de los derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la identidad de su fallecida hija de iniciales M.L.A.

### Análisis del caso

2. Al respecto, se observa que la resolución cuestionada se encuentra razonablemente sustentada al señalar que el artículo 1 de la Ley N.º 28457, al referirse a "*quien tenga legítimo interés*", debe ser interpretado y concordado con el artículo 407º del Código Civil, que dispone sobre quiénes recae la titularidad de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, indicando que por regla general la acción no pasa a los herederos, es decir, no es transmisible mortis causa.
3. Ciertamente, establece la excepción de que los herederos del hijo (descendientes) si podrán continuar la acción si es que esta se hubiera iniciado antes del fallecimiento. Sin embargo, ello no resulta atendible en el presente caso, ya que la acción promovida a favor de la hija menor de edad (para quien se está solicitando la declaración de paternidad) es posterior a su muerte, por lo que la representación legal como madre ha fenecido con la muerte de la menor. En este sentido, no existe legítimo interés en la obtención de una declaración de paternidad extramatrimonial en la demandante, por cuanto la beneficiaria M.L.A. dejó de ser sujeto de Derecho al haber fallecido.
4. Cabe reiterar que el amparo contra resoluciones judiciales no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales ordinarios, ya que no constituye un medio impugnatorio destinado a continuar revisando una decisión que sea de exclusiva competencia de la judicatura ordinaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04305-2012-PA/TC  
APURÍMAC  
MELINA ARABELA LANTARÓN  
ABUHADBA

5. En consecuencia, se observa que lo que realmente cuestiona la demandante es el razonamiento del juez demandado, asunto que no es de competencia constitucional, a menos que pueda constatarse una arbitrariedad manifiesta por parte del órgano judicial, lo que no ha ocurrido en el presente caso. Y es que, al margen de que tales razonamientos resulten o no compartidos en su integridad, constituyen justificación suficiente que respalda la decisión jurisdiccional adoptada, por lo que procede su revisión a través del proceso de amparo.
6. En este sentido, resulta de aplicación el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

#### HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES  
SARDÓN DE TABOADA  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

.....  
OSCAR DIAZ MUÑOZ  
SECRETARIO RELATOR  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## LEY N° 28457

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA  
POR CUANTO: EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA; Ha dado la Ley siguiente:  
LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD  
EXTRAMATRIMONIAL

### **Artículo 1.- Demanda y Juez competente**

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.  
Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

### **Artículo 2.- Oposición**

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil.

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

### **Artículo 3: Oposición fundada**

Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

### **Artículo 4.- Oposición infundada:**

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

## **Artículo 5.- Apelación**

La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El Juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

**PRIMERA.** - Modifica el artículo 402 inciso 6) del Código Civil  
Modifícase el artículo 402 inciso 6) del Código Civil, en los términos siguientes:

### **Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:  
(...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido hubiese negado la paternidad. El juez desestimarás 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"

**SEGUNDA.** - Modifica los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Modifícanse los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos siguientes:

**Artículo 53.- Competencia de los Juzgados de Familia. Los Juzgados de Familia conocen:**

**En materia civil:**

- a) Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera Y Segunda del Libro II del Código Civil y en el Capítulo X del Título | del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

- b) Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro 1 del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el Artículo 402 inciso 6) del Código Civil.

**Artículo 57.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados Los Juzgados de Paz Letrados conocen:**

**En materia civil:**

1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles, siempre que estén dentro de la cuantía señalada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
2. De las acciones de desahucio y de aviso de des- pedida conforme a la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros;
4. De las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Especializado que corresponda, para la continuación del trámite.

En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;

6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
7. De los procesos ejecutivos hasta la cuantía que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil;

9. De los demás que señala la ley”

**TERCERA. - Disposición modificatoria y derogatoria**

Modifícase o derógase toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

**CUARTA. - Procesos en trámite** Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley.

# Breve referencia a la filiación *post mortem*

María Candelaria Domínguez Guillén\*

## Sumario:

### Introducción

1. Filiación *post mortem*.
2. Filiación matrimonial.
3. Filiación extramatrimonial.
4. Filiación adoptiva.
5. Fertilización artificial

### Introducción

Mediante las siguientes líneas haremos algunos comentarios a ciertos supuestos de filiación *post mortem*, es decir, aquella que se concreta o

---

\* **Universidad Central de Venezuela.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctora en Ciencias, Mención "Derecho". Profesora Asociado. Jefe del Departamento de Derecho Privado. Jefe de la Cátedra de *Derecho Civil I Personas*. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado.

es declarada con posterioridad a la muerte de alguno de sus protagonistas. Para ello, luego de una somera referencia a la institución, precisaremos brevemente determinadas hipótesis a presentarse en materia de filiación matrimonial, extramatrimonial, adoptiva y fertilización artificial. No pretendemos así profundizar en la figura del estado filiatorio al que nos hemos referido en otras oportunidades sino indicar algunos casos concretos de filiación *post mortem* que podrían acontecer en la práctica.

### 1. Filiación *post mortem*

Si la filiación es el vínculo jurídico que se da entre personas unidas por un lazo de sangre, en un sentido restringido el término se utiliza para referirse a la filiación inmediata existente entre progenitores e hijos, específicamente a maternidad y paternidad<sup>1</sup>.

Es bien sabido, que por disposición del artículo 17 del Código Civil<sup>2</sup>, la personalidad del ser humano se adquiere por el nacimiento con vida, de allí que se precise del mismo para poder considerar jurídicamente a la persona como tal, pues nuestro ordenamiento vigente adopta la teoría de la vitalidad<sup>3</sup>. Mal puede hablarse de filiación si el ser no nació vivo y no llegó a ser persona; la configuración de aquélla es una consecuencia de la personalidad.

Sin embargo, excepcionalmente puede acontecer que el sujeto nazca con vida, pero con anterioridad a tal hecho jurídico alguno de sus progenitores falleciera. Se trata de uno de los supuestos de filiación *post mortem*, aquélla donde en base a las leyes jurídicas o naturales, el vínculo inmediato de consanguinidad existe pero previamente a su constitución o declaración ha fallecido alguno de sus protagonistas.

---

<sup>1</sup> Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho de Familia**. Colección Estudios Jurídicos N° 20, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 218 y ss.

<sup>2</sup> En lo sucesivo "CC".

<sup>3</sup> Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)**. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 17, 2007, pp. 57 y ss.

También puede suceder que la filiación sea declarada con posterioridad a la muerte del progenitor, pudiendo estar vivo éste al nacimiento del hijo (adopción *post mortem*, acción de inquisición de paternidad o maternidad contra los herederos, o reconocimiento por los ascendientes). La expresión “*post mortem*” denota un establecimiento o condición “posterior a la muerte”<sup>4</sup>, lo que tiene lugar según acabamos de referir por lo general –aunque no necesariamente– en función de la muerte de los progenitores, pues se puede reconocer un hijo muerto, así como se discute la posibilidad de adopción en caso de muerte del menor a ser adoptado. En todo caso la filiación *post mortem* incluye cualquier supuesto en que el vínculo sea establecido o declarado con posterioridad a la muerte de la persona de cuyo estado filiatorio se trate. Veamos, muy someramente, diversos supuestos que pueden plantearse y que algunos ya han adelantado<sup>5</sup>.

## 2. Filiación matrimonial

La filiación matrimonial tiene lugar respecto del hijo nacido dentro de la unión de padres casados. Ahora bien, una vez nacido con vida el hijo, la determinación legal de su progenitor, viene dada por el esposo de la madre, pues encuentra aplicación la presunción de *paternidad* matri-

<sup>4</sup> Véase: Camacho Becerra, Heriberto: **Manual de etimologías grecolatinas**, <http://books.google.co.ve/books?isbn=9681855426...> *post mortem* es después de muerto; <http://www.wordreference.com/definicion/post+mortem> – locución latina “después de la muerte”.

<sup>5</sup> Véase: José Salvador Moreno **¿Qué es la filiación *post mortem*?**, <http://www.critica.com.pa/archivo/06192008/opi03.html> “...Dentro de algunos casos donde se da la figura de FILIACIÓN POST MORTEM en nuestro país se encuentran los supuestos en que: 1- La Mujer está casada o en matrimonio, aunque en este punto en Panamá se maneja la Presunción de Paternidad; en cuanto se dé el nacimiento dentro de los 300 días contados desde el día en que el matrimonio es disuelto por la muerte del esposo se considerará hijo del esposo y si es después de los 300 días, también se puede exigir por vía judicial. 2- Otro caso es el de Concubinato o Uniones de Hecho que se define cuando un hombre y una mujer viven o habitan juntos como pareja sin estar casados, y este caso es totalmente distinto, ya que si se desea presentar un proceso de filiación *post mortem*, en este supuesto el mismo debe estar sujeto a pruebas en la acción de reclamación de paternidad, y el 3- cuando hay una reproducción asistida o inseminación artificial homóloga *post-mortem* que es cuando se insemina a la mujer con semen del esposo después de muerto. Estos casos no están enteramente regulados en Panamá, pero tampoco los prohíbe y en cuanto a este supuesto, el artículo 286 de la Ley 3 del 17 de mayo de 1994 que regula el Código de la Familia, es el único artículo de esta ley que habla al respecto en Panamá, aunque no lo dice taxativamente, pero menciona la disposición de cualquier técnica científica de reproducción humana asistida”.

monial. Sin embargo, podría acontecer que el cónyuge haya fallecido previamente al nacimiento del hijo. En tal caso, la presunción de paternidad lo sigue amparando por haber nacido dentro de los trescientos (300) días siguientes a la disolución del matrimonio de conformidad con el artículo 201 CC<sup>6</sup>, en concordancia a su vez, con la presunción de concepción prevista en el artículo 213 *eiusdem*<sup>7</sup>, que consagra salvo prueba en contrario que el hecho jurídico de la fecundación tiene lugar dentro de los primeros 121 días de los 300 que preceden al nacimiento<sup>8</sup>. De allí que no obstante, la muerte del progenitor, cónyuge de la madre, la paternidad del hijo nacido dentro del referido lapso está amparada por las citadas presunciones *iuris tantum* (que admiten prueba en contrario). Es perfectamente posible desde el punto de vista médico que una gestación supere los trescientos (300) días<sup>9</sup>, en cuyo caso, el carácter *iuris tantum* de las presunciones permitiría probar judicialmente la paternidad matrimonial del padre fallecido.

La presunción de paternidad matrimonial precisa en principio<sup>10</sup> ser desvirtuada en juicio, bien sea por el esposo de la madre (acción de desconocimiento)<sup>11</sup> o excepcionalmente por alguien distinto a éste<sup>12</sup>. La Sala Constitucional del Máximo Tribunal, a propósito de la Ley para la protección de la Familia, la maternidad y la paternidad (LPFMP) señaló la posibilidad excepcional de reconocimiento del hijo de la mujer casada si concurre la voluntad de todos los interesados pero no queda claro como

---

<sup>6</sup> Que prevé: "El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación..."

<sup>7</sup> Que prevé: "Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintidós (121) días de los trescientos (300) que preceden al día del nacimiento".

<sup>8</sup> Véase sobre dicha presunción: Domínguez Guillén, María Candelaria: "El cálculo de la concepción". En: **Revista de Derecho** N° 24. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 63-96 (También en: **Manual...**, pp. 505 y ss).

<sup>9</sup> Véase: Domínguez Guillén, **Manual...**, p. 513.

<sup>10</sup> Decimos "en principio" porque el artículo 225 del CC prevé la posibilidad de reconocimiento de un tercero en caso de divorcio por el 185-A *eiusdem*, si la concepción tuvo lugar durante el lapso de separación. La doctrina reconoce que en tal caso no se precisa acción de desconocimiento de la paternidad, porque el reconocimiento deja sin efecto la citada presunción de paternidad matrimonial. Véase: Domínguez Guillén, **Manual...**, pp. 319-321.

<sup>11</sup> Véase CC, artículos 201 y ss.: Domínguez Guillén, **Manual...**, pp. 221 y ss.

<sup>12</sup> Creemos que excepcionalmente puede intentarla alguien distinto al esposo de la madre. Véase: *Ibíd.*, pp. 225 y ss y 304-307

se lograría que la situación no quede evidenciada en la respectiva partida de nacimiento en perjuicio del hijo<sup>13</sup>. Se discute si el supuesto de fecundación *post mortem* del cónyuge a su viuda sobreviviente<sup>14</sup>, propicia el estado de hijo matrimonial, pero técnicamente no existe nacimiento dentro del matrimonio (presupuesto básico de dicha filiación) toda vez que éste se extingue con la muerte<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Véase: TSJ/SConst., Sent. 1443 del 14-8-08, cuyo voto salvado indica: "En resumen, creemos que la construcción interpretativa que hace la mayoría sentenciadora en el caso de autos en nada contribuye a la seguridad jurídica institucional; antes, por el contrario, introduce un elemento de desconcierto social que puede influir negativamente en el pacífico discurrir de las relaciones interfamiliares, creando innecesariamente conflictividad en el ámbito civil privado porque ninguna madre en su sano juicio se arriesgaría a estigmatizar socialmente a su hijo".

<sup>14</sup> Véase sobre tal supuesto *infra* N° 5.

<sup>15</sup> Véase: TSJ/SC, Sent. 1456 del 27-7-06, aunque se trata de la mera expectativa de fertilización artificial, es decir, un concepturus o por concebir, la sentencia en su parte decisoria indica: "3.- Aunque es competencia natural de los Tribunales de Primera Instancia de Familia o de Niños y Adolescentes, a quienes correspondería esta declaración, esta Sala por haberse subrogado en los Tribunales nombrados, debido al avocamiento, reconoce la filiación de hijo matrimonial de quien naciere de esta reproducción asistida, y ordena su inscripción en el Registro del Estado Civil, con tal condición". No obstante su voto salvado agrega: "El reconocimiento de la filiación "de quien naciere de esta reproducción asistida" como "hijo matrimonial" constituyó evidente ultrapetita, ya que nada pidió al respecto la quejosa. Es indudable que si nace un niño como producto de la fecundación de un óvulo de la demandante con un espermatozoide de su cónyuge fallecido, es hijo de ambos, pero no puede ser hijo de un matrimonio que no existirá para el momento de su concepción, puesto que la muerte de los cónyuges es causal de disolución del vínculo (Artículo 184 del Código Civil). En efecto, si una persona fue concebida después de la disolución del vínculo matrimonial por la muerte de uno de los cónyuges, ello es ajeno a la paternidad del fallecido, que no podría negarse si fue su esperma la que fecundó a quien fuera su mujer. El artículo 235 del Código Civil, por ejemplo, sería perfectamente aplicable en cuanto se trataría de un "hijo concebido fuera del matrimonio cuya filiación haya sido establecida en relación con ambos progenitores"; Véase: García Cantero, G.: **La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida**. En: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/261/.../lang/es/> "...Biológicamente el hijo es del marido, pero no sería matrimonial por nacer probablemente fuera del plazo de 300 días que establece el artículo 116 del Código civil.. López Herrera, Francisco: **Derecho de Familia**. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello" y Banco Exterior, 2ª edic., 2006, T. II, pp. 466 y 467, indica que la inseminación practicada con posterioridad al fallecimiento impide la aplicación de la presunción de paternidad, por lo que deberá probarse judicialmente la condición de hijo del difunto; Méndez Costa, María Josefa y Daniel Hugo D' Antonio: **Derecho de Familia**. Argentina, Rubinzal-Culzoni editores, 2001, T. III, p. 68, la inseminación artificial de la viuda con semen del marido difunto, si el nacimiento del hijo tiene lugar después de los trescientos (300) días de la muerte del marido, el hijo tendrá que reclamar su filiación y a lo sumo la verdad del vínculo de sangre justificará su legitimidad; Gómez Piedrahíta, Hernán: **Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos**. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1984, p. 52, el hijo es extramatrimonial pues fue concebido cuando el matrimonio estaba disuelto por muerte del padre; Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni: **Manual de Derecho de Familia**. Argentina, Astrea, 3ª edic., 1992, pp. 480 y 481, concretada la inseminación no rige la presunción de paternidad, pues el hijo nacerá después de los 300 días de la muerte del marido, pero puede probarse biológicamente que el hijo es del marido muerto.

La acción de desconocimiento de la paternidad está sometida a un lapso de caducidad de seis (6) meses a tenor del artículo 206 del CC; y si el marido *muere* sin haber promovido la acción pero dentro del lapso útil para intentarla los herederos tienen dos (2) meses para impugnar la paternidad, de conformidad con el artículo 207 *eiusdem*<sup>16</sup>.

La *maternidad* por su parte, al margen de la filiación matrimonial o extramatrimonial se determina “en principio”<sup>17</sup> por el nacimiento (CC, artículo 197)<sup>18</sup> y la correspondencia con la identidad del hijo; como es necesario la existencia de la mujer para llegar a feliz término el nacimiento con vida del nuevo ser, será extraño hablar de madre premuerta al recién nacido, pero no es descartable en situaciones de cesárea inmediata a la muerte (cesárea *post mortem*)<sup>19</sup> o del caso excepcional de

<sup>16</sup> Dispone la norma: “Si el marido muere sin haber promovido la acción de desconocimiento, pero antes de que haya transcurrido el término útil para intentarla, sus herederos tendrán dos (2) meses para impugnar la paternidad, contados desde el día en que el hijo haya entrado en posesión de los bienes del de cujus o del día en que los herederos hayan sido turbados por aquel en tal posesión”.

<sup>17</sup> Decimos “en principio” porque las técnicas de reproducción asistida, permiten la posibilidad de doble maternidad; una que tiene a su cargo la gestación y por tal el parto (nacimiento) y otra genética o biológica que aporta el óvulo.

<sup>18</sup> Que prevé: “La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre”.

<sup>19</sup> Véase: García Guerrero, Jair; *Cesárea post-mortem*. Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Medicina, Ética, trabajo final, 15 de noviembre de 2007, p. 3 <http://www.scribd.com/doc/.../Cesarea-postmortem> señala que la cesárea *post mortem* se realiza en pacientes que no tienen más de cinco (5) minutos de muertas que persiste la vida fetal o en mujeres que sirvieron de cadáver incubadora (muerte cerebral). Véase: *Ibid.*, p. 12, indica que el médico está obligado a intentar salvar la vida del ser en caso de muerte de la madre y de allí la necesidad de cesárea *post-mortem*. Véase también: Juárez Azpilcueta, Arturo y otros: “Operación cesárea *post mortem* con supervivencia fetal. Informe de un caso”. En: *Revista del Hospital General de México* Vol. 62, N° 2, abril junio 1999, pp. 132-134. <http://www.medigraphic.com/pdfs/h-gral/hg-1999/hg992h.pdf> mujer de 27 años con embarazo de 29 semanas, con preeclampsia severa y crisis convulsiva con broncoaspiración masiva; <http://www.reanimacioncardiopulmonar.com/.../articulo9.htm> “Sin embargo, los traumatismos constituyen actualmente la principal causa de muerte no obstétrica durante el embarazo. Existen datos aislados en cuanto al número de cesáreas *post mortem*, la frecuencia informada por diversos autores es la siguiente: Smith registra 114 casos con un 50% de supervivencia fetal de 1865 a 1926; Cloud informa en 1960 haber encontrado descritos en la literatura mundial 118 casos en los últimos 250 años; Behney en 1961 señala 135 casos con 11 que él suma a los encontrados en la literatura, 37.5% recién nacidos fallecieron antes de salir del hospital. 5-7 Duer de 1879-1956 registra 114 casos, encontrando que la enfermedad hipertensiva del embarazo ocupaba el primer sitio como causa de muerte materna. Katz notifica el mayor número de casos recopilados en la literatura mundial con 269 cesáreas *post mortem*, donde realiza una revisión sobre la supervivencia entre 1900 y 1985 encontrando 61 supervivencias en este período”.

muerte cerebral de la madre. Algunos se han referido a este último supuesto de “gestación *post mortem*” como “cadáver incubadora”<sup>20</sup>. Un caso efectivo de muerte cerebral<sup>21</sup> donde se mantuvo artificialmente la vida de la madre a efectos de poder completar satisfactoriamente el embarazo es reseñado en 1999<sup>22</sup>. Otro supuesto semejante se refiere en Irlanda en una paciente de 26 años: al segundo día del internamiento se declaró muerte cerebral y se detectó embarazo de 13 semanas. Después de ocho semanas el feto murió porque la muerte cerebral de la paciente tuvo lugar tempranamente<sup>23</sup>. Al cadáver con muerte cerebral resulta difícil mantenerle artificialmente las funciones vitales por un tiempo prolongado.

De tal suerte, que establecida la distinción entre muerte clínica<sup>24</sup> y muerte cerebral, pero entendiendo que esta última supone muerte sustancial a los efectos jurídicos, aunque se precise la desconexión del sujeto de los medios artificiales para proceder a acreditar la muerte clínica y respectiva acta de defunción, bien puede sostenerse que el caso indicado constituye un supuesto de filiación *post mortem*, porque la muerte sustancial de la madre acontece antes del nacimiento del hijo. Sin embargo, a pesar de los problemas éticos o jurídicos que se pretenda a imputar a tal situación<sup>25</sup>, resulta evidente que si la preservación de la vida artificial en caso de muerte cerebral es justificada por la mayoría de los sistemas

---

<sup>20</sup> Véase: Rodríguez Ramos, Antonio Manuel: “Implicaciones éticas y jurídicas de la gestación ‘*post mortem*’: el ‘cadáver incubadora’”. En: **Familia, tecnología y Derecho**. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 285-310.

<sup>21</sup> La muerte cerebral es la cesación definitiva e irreversible de la función cerebral. La misma supone la muerte sustancial, pero la Ley sobre trasplantes de órganos permite que en tal caso se mantengan artificialmente las funciones vitales a los fines de la oxigenación de los órganos para efectos de los trasplantes. Véase: Domínguez Guillén, **Inicio y extinción...**, pp. 169 y ss.

<sup>22</sup> Véase: Rodríguez Ramos, *Ob. Cit.*, p. 342, indica el autor que el último día de 1999 nació en el Hospital de Gijón un niño hijo de Milagros Lorenzo de 34 años natural de Asturias cuya última voluntad al entrar al hospital fue que salvaran a su hijo; desde el 13 de noviembre de 1999 entró definitivamente en muerte cerebral, fecha desde la que el equipo médico mantuvo constantes sus signos vitales artificial para salvar a su hijo; minutos después de la cesárea los médicos certificaron la defunción de la madre.

<sup>23</sup> Véase: García Guerrero, *Ob. Cit.*, pp. 10 y 11.

<sup>24</sup> Cesación definitiva de funciones vitales.

<sup>25</sup> Véase: Rodríguez Ramos, *Ob. Cit.*, pp. 347 y ss.

incluyendo el venezolano a efectos de los trasplantes de órganos (para dar vida a otro partiendo del cadáver)<sup>26</sup>, con mayor razón se justificaría para salvar la vida del *nasciturus*. Especialmente recordando que la muerte cerebral supone definitivamente muerte y el cadáver –como es obvio– no siente nada porque precisamente ha desaparecido la vida<sup>27</sup>, de allí que se permita la extracción de órganos en “cadáveres”<sup>28</sup> acreditada la muerte cerebral. Por ello, no resulta apropiado afirmar que en tal caso existe el dilema del derecho a una muerte digna<sup>29</sup>. Distinta es la situación de la gestación en estado de coma y estado vegetativo, porque en tales situaciones subsiste la vida y no se presentaría el supuesto de filiación *post mortem*<sup>30</sup>.

### 3. Filiación extramatrimonial

La filiación extramatrimonial (aquella en la que los padres del hijo no están unidos en matrimonio) para producir efectos tiene que ser legalmente reconocida, lo cual puede tener lugar por vía del reconocimiento voluntario o en su defecto forzoso o judicial. El reconocimiento voluntario es un acto jurídico (exclusivo de la filiación extramatrimonial) en que el progenitor en forma espontánea admite “o reconoce” su paternidad o maternidad, mediante cualquier acto auténtico inclusive testamento (CC, art 217)<sup>31</sup>. El artículo 219 del CC prevé la posibilidad del reconocimien-

<sup>26</sup> Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “Consideraciones sobre la muerte (Breve referencia al Derecho comparado)”. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 146, Caracas, 2008, pp. 389-426.

<sup>27</sup> Véase: Domínguez Guillén, *Inicio y extinción...*, p. 181, con inclusión de nota 707, no existe en caso de muerte cerebral posibilidad alguna de dolor –explica el neurólogo Juan Acosta– no obstante la posibilidad de reflejos espinales.

<sup>28</sup> Véase utilizando tal término respecto al cuerpo con muerte cerebral, a los fines del retiro de los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos del cadáver; *Ley sobre Trasplantes de Órganos*, artículos 16 y 21.

<sup>29</sup> Véase realizando tal planeamiento: García Guerrero, *Ob. Cit.*, p. 8. Sin embargo, el autor acertadamente aclara que la madre ya perdió la vida con la muerte cerebral, y encuentra sentido pensar en la vida del feto, lo cual se justifica aunque sea ínfima la posibilidad de sobrevivir (*Ibid.*, p. 9).

<sup>30</sup> Véase sobre tal distinción: Domínguez Guillén, *Inicio y extinción...*, pp. 176 y ss.

<sup>31</sup> Véase: Quicios Molina, María Susana: 13 de diciembre de 1993. “Filiación no matrimonial. Eficacia *post mortem* del reconocimiento testamentario; sentencia judicial para inscribirlo en vida del Juzgador. Medidas cautelares”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* N° 34, 1994, pp. 213-222.

to *post mortem* del hijo pero precisa de posesión de estado para surtir efectos sucesorios<sup>32</sup>. La norma pretende evitar muchos reconocimientos interesados '*post mortem*'; pero sí puede hacerse el reconocimiento en favor de los descendientes del premuerto, pues ello iría en beneficio de éstos, no del que reconoce<sup>33</sup>. La posesión de estado –a tenor del artículo 220 *eiusdem*– suple o dispensa el consentimiento del cónyuge y descendientes en el caso de reconocimiento de un hijo mayor de edad *fallecido*, pues según la disposición el reconocimiento del hijo mayor de edad precisa de su consentimiento y en caso de muerte de éste, del de los familiares indicados. Así pues, la ley toma en cuenta la muerte o fallecimiento de una persona a los fines del reconocimiento voluntario de la filiación.

La filiación materna o *maternidad* según indicamos se determina en principio por el nacimiento y en caso de ser extramatrimonial la presentación del recién nacido ante el funcionario de Registro equivale al reconocimiento, sin que ello sea óbice a efectuarlo en forma auténtica en un instrumento posterior<sup>34</sup>. Ahora bien, el fallecimiento de la madre con anterioridad al nacimiento –según acabamos de indicar es excepcional– pero el establecimiento filiatorio *post mortem* podrá tener lugar mediante el reconocimiento de los ascendientes de la madre de conformidad con los artículos 198, ord. 1º y 224 del CC. En vida de los progenitores, solo éstos pueden realizar el reconocimiento por ser el mismo un acto personalísimo, pero a su muerte, dicho acto jurídico podría ser efectuado por sus ascendientes en los términos de ley.

En cuanto a la *paternidad* extramatrimonial, si el progenitor ha fallecido antes del nacimiento y no tuvo lugar el reconocimiento voluntario

---

<sup>32</sup> Dispone la norma: "El reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado". La doctrina aclara que ello pretende evitar conflictos jurídicos derivados del simple interés económico, Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 428.

<sup>33</sup> Viso, Luis René: **Derecho de Familia**. Cabimas, Impresora Petrolandia, 1985, p. 515.

<sup>34</sup> Véase: CC, arts. 217 y 218.

(conjunto) al concebido de conformidad con el artículo 223 del CC<sup>35</sup>, podrían efectuar el reconocimiento igualmente los ascendientes del difunto padre de conformidad con los artículos 209<sup>36</sup> y 224<sup>37</sup> *eiusdem*. Se alude en tal caso a “reconocimiento *post mortem*”<sup>38</sup> y tiene sentido a fin de evitar el debate judicial del presunto hijo contra los herederos

<sup>35</sup> Que prevé: “El reconocimiento hecho separadamente por el padre o la madre sólo produce efectos para quien lo hizo y para los parientes consanguíneos de éste. El reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre”.

<sup>36</sup> Señala la norma: “La filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio se establece legalmente por declaración voluntaria del padre, o después de su muerte, por sus ascendientes, en los términos previstos en el artículo 230”. La referencia a esta última norma es incorrecta, pues precisamente debió ser al artículo 224. Véase en este sentido: Torres-Rivero, Arturo Luis: **Mis Comentarios y Reparos a la Reforma del Código Civil en 1982**. Caracas, Colegio de Abogados del Estado Lara y Universidad Central de Venezuela, Imprenta Universitaria, 1984, Vol. I, p. 62. Véase sobre el artículo 209 CC: CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G., Tomo CXXXIX, p. 497.

<sup>37</sup> Que dispone: “En caso de muerte del padre o de la madre, el reconocimiento de la filiación puede ser hecho por el ascendiente o ascendientes sobrevivientes de una u otra línea del grado más próximo que concurren en la herencia, de mutuo acuerdo si pertenecen a la misma línea, y en las condiciones que establecen las disposiciones contempladas en los artículos de esta sección y con iguales efectos”. Véase sobre tal norma: Domínguez Guillén, **Manual...**, pp. 302-304; Viso, *Ob. Cit.*, p. 517, “Así un abuelo paterno puede reconocer a sus nietos y lo mismo los abuelos maternos. También podrían entre ambos efectuar el reconocimiento. ¿Pero podría la abuela materna reconocer a un nieto respecto al padre de éste, no simplemente respecto a su madre, faltando el abuelo paterno o sin la autorización de éste? No sería lógico y se prestaría a situaciones difíciles y dudosas sobre todo en tema de sucesiones, pero si el abuelo paterno y la abuela materna reconocen conjuntamente no habría ningún problema”; D’Jesús, Antonio: **Lecciones de Derecho de Familia**. Caracas, Paredes Editores, 1991, p. 130, se aprecia “que los ascendientes concurren a la herencia, b) que hubiere mutuo acuerdo si eran varios y pertenecían a la misma línea; y c) que fuera el o los ascendientes de grado más próximo...”.

<sup>38</sup> Véase: Circuito Judicial de Protección del Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional Sala de Juicio. Jueza Unipersonal N° 1, Sent. 3-2-09, ASUNTO: AP51-V-2008-012580, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/2085-3-AP51V2008012580-PJ0102009000123.html> “estando dispuesto su abuelo antes referido, a realizar el reconocimiento *post mortem* procedente de estos casos”; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 27-2-08, Exp. T-1478-08 “quien fuera padre del niño en beneficio de quien se sustanció la presente solicitud, por efectos del reconocimiento legal *post mortem* que de su filiación hiciera su abuelo paterno...”; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 15-12-05, Exp. N° 1SJ-4320-05, “...el reconocimiento *post mortem* que el ciudadano... hace como hijos de su difunto hijo...”; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-6-06, “...este último en su carácter de hijo reconocido *post mortem* del de cujus...” (Destacados nuestros).

ros<sup>39</sup>. Así como los ascendientes pueden intentar la acción de desconocimiento de la filiación en caso de muerte del padre, se les concede el derecho de efectuar el reconocimiento dentro de los límites legales<sup>40</sup>. Ello constituye una excepción al carácter personalísimo del reconocimiento<sup>41</sup>, que se introduce en la Reforma del CC de 1982<sup>42</sup>. En materia de filiación extramatrimonial, la mención del progenitor por alguien distinto a éste, a pesar de la exigencia de la ley<sup>43</sup>, carece –a nuestro criterio– de valor probatorio, pues no se configura en tales casos una filiación legalmente establecida; la cual precisa de reconocimiento (bien sea voluntario o judicial y el primero es “personalísimo”, salvo en caso indicado de muerte).

---

<sup>39</sup> Harting, Hermes: “Los aspectos resaltantes de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982”. En: **Revista de la Facultad de Derecho** N° 35, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Año 1985-86, pp. 264 y 265.

<sup>40</sup> Perera Planas, Nerio, **Análisis del Nuevo Derecho Civil**. Maracay, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Jurídicos “Carlos Alberto Taylhardat”, Colegio de Abogados del Estado Aragua, 1983, p. 233.

<sup>41</sup> Véase: García de Astorga, Amarilis: “Principales innovaciones que introduce la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982”. En: **Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal** N° 145, Caracas, julio-septiembre 1982, Nueva Etapa, pp. 65 y 66, “No podemos dejar de señalar que esta posibilidad constituye una modificación a la característica que la doctrina señala de ser el reconocimiento a un acto estrictamente personal”.

<sup>42</sup> Véase: Alberto José: **Derecho Civil I**. Maracaibo, edit. Metas C.A., 2ª edic., 1984, p. 74, “En efecto, el Código actual establece, además de la posibilidad de reconocimiento personal, la posibilidad de que después de la muerte del padre o de la madre, puedan los ascendientes conferir el reconocimiento (198, Ordinal 1º y 224 del Código Civil), como un hecho demostrado a favor del hijo no reconocido, que gozando de tal posición no obtuvo nunca el reconocimiento de quien debió otorgarlo; lógico es que, si los ascendientes –en cualquiera de las líneas– tenían conocimiento del vínculo, se les permita tal reconocimiento, lo que no sucedía en el código anterior, salvo que previniese de una declaración dada en un proceso de inquisición de paternidad o de maternidad; se ha obviado así la necesidad de un juicio que no tenía sentido lógico, aun cuando sí sentido formal, procesalmente entendido”; García de Astorga, *Ob. Cit.*, p. 68; Harting, *Ob. Cit.*, pp. 264 y 265; D’Jesús, *Ob. Cit.*, p. 130.

<sup>43</sup> Véase: CC, art. 468; LPFMP, Art. 21. Véase sobre el último, nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, María Candelaria: “Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para protección de las familias, la maternidad y la paternidad”. En: **Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social**. Colección Estudios Jurídicos N° 19, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 227-249 (también en: *Manual...*, pp. 331-354).

A falta de reconocimiento voluntario, es imperativo acudir al reconocimiento forzoso de la filiación (CC, artículo 210)<sup>44</sup>, que pudiera acontecer no obstante la muerte del progenitor, aludiéndose a “acción de filiación *post mortem*”<sup>45</sup>, así como a prueba científica *post mortem* respecto al cadáver del demandado<sup>46</sup>, que se evitaría según el Máximo Tribunal si los herederos se someten a la experticia científica<sup>47</sup>. Por lo que la genética podría ser investigada sin la participación del demandado, es decir, una vez fallecido éste<sup>48</sup>. Se admite en general, la indagación de la filiación después de la muerte de los padres<sup>49</sup>.

De tal suerte, que no obstante el carácter imprescriptible de la acción de inquisición de la paternidad y la maternidad en vida de los progenitores, es posible ejercer las mismas con posterioridad al fallecimiento de éstos (contra sus herederos) pero dentro de un lapso de cinco (5) años siguientes a la muerte de conformidad con el artículo 228 del Código

<sup>44</sup> Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “Notas sobre el artículo 210 del Código Civil (reconocimiento forzoso de la filiación)”. En: **Revista de Derecho** N° 25, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp 147-194 (también en Manual..., pp. 355 y ss.).

<sup>45</sup> Véase: **Cámara de Apelación Civil y Comercial**, Sala I. Causa 45481, RS 278/01, fecha 15-11-01, <http://www.lgluduenia.com.ar/C45481.pdf>

<sup>46</sup> Véase: <http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/16823.html>

<sup>47</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. RC N° 01152 del 30-9-04, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Septiembre/RC-01152-300904-03799.htm> en el presente caso, la denuncia está fundamentada en que el progenitor de la accionante está muerto; por tal motivo, la acción va dirigida contra los herederos del de cujus y se busca, no el reconocimiento filial del padre, sino de su sucesión... La Sala en decisión dictada recientemente (*Vid.* Sent. del 27 de agosto de 2004 en el juicio de María de las Mercedes Sánchez c/ Manuel Romualdo Escobar Mora y otros) estableció que “...la obligatoriedad en el sometimiento de la prueba es el punto de mayor importancia en la práctica de la experticia científica; por tanto, no puede aceptarse la tesis de que si el progenitor está muerto cesa esa obligatoriedad, por cuanto no existe disposición jurídica que restrinja la posibilidad de evacuarla con la exhumación del cadáver del progenitor...”.

La Sala considera conveniente ampliar el criterio sobre el particular, en el sentido de que la prueba heredobiológica debe practicarse en los descendientes de quien se reclama el establecimiento de la filiación en el caso que el progenitor no esté vivo, y si éstos se niegan a someterse a la prueba, entonces debe practicarse en el cadáver del pretendido padre, como sucedió en el presente caso.

<sup>48</sup> Véase: decisión del 31 de marzo de 1998, Brasilia, Supremo Tribunal Federal, *Habeas corpus* 76060,

<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/abstratos/documento.asp?seq=84&lng=espanhol>

<sup>49</sup> Véase (aunque refiere algunas limitaciones legales): López del Carril, Julio J.: **La filiación**. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, pp. 201 y ss.

Sustantivo<sup>50</sup>. Así pues, a pesar del carácter declarativo de la acción filiatoria, el establecimiento judicial o legal de la misma tendría lugar con posterioridad a la muerte del respectivo progenitor.

También vale acotar que en caso de muerte del hijo que hubiere fallecido sin ejercer la correspondiente acción de reclamación de filiación, la misma puede ser intentada por sus herederos o descendientes, si la muerte aconteció durante la minoridad o dentro de los dos (2) años siguientes a la mayoría, según dispone el artículo 229 del CC<sup>51</sup>. La doctrina acertadamente extiende la legitimación de los herederos del hijo a aquellos casos en que siendo éste mayor de edad intentó la acción de inquisición de la paternidad y murió en el curso del proceso<sup>52</sup>. Los móviles de la acción en tal caso son eminentemente pecuniarios<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Que prevé: "Las acciones de inquisición de la paternidad y la maternidad son imprescriptibles frente al padre y a la madre, pero la acción contra los herederos del padre o de la madre, no podrá intentarse sino dentro de los cinco (5) años siguientes a su muerte".

<sup>51</sup> Indica la norma: "Los herederos o descendientes del hijo que ha muerto sin reclamar su filiación, no podrán intentar la acción contra los herederos del progenitor respecto del cual la filiación deba ser establecida, sino en el caso que el hijo haya muerto siendo menor o dentro de los dos (2) años subsiguientes a su mayoría". Véase acertado comentario de Harting, *Ob. Cit.*, p. 266, "Sin embargo, creemos firmemente en la existencia de un error legislativo al regularse, en la norma mencionada en última instancia, como legitimados pasivos a los herederos del progenitor, lo cual equivaldría al establecimiento de una relación procesal exclusivamente entre herederos de ambas partes, en evidente contradicción con el propio lapso estatuido en el dispositivo insito en el artículo 228 al tratarse de la acción incoada contra los herederos del padre o de la madre (5 años con posterioridad a su muerte). En consecuencia consideramos, por vía de interpretación lógica, que el vigente artículo 229 deberá leerse de la forma expresada a continuación: "Los herederos o descendientes del hijo que ha muerto sin reclamar su filiación no podrán intentar la acción contra el progenitor respecto del cual la filiación debe ser establecida, sino en el caso de que el hijo haya muerto siendo menor o dentro de los dos (2) años siguientes a su mayoría". Véase: Belluscio, Augusto César: **Manual de Derecho de Familia**. Buenos Aires, edit. Astrea, 7ª edic., 2002, T. II, p. 297, en la legislación argentina se aprecia una norma semejante.

<sup>52</sup> Véase: Viso, *Ob. Cit.*, 520 y 521, "Por otro lado, si murió siendo mayor de edad y no la intentó es porque carecía de interés en usarla y mal pueden sus herederos habiendo el muerto, intentarla. ¿Pero si siendo mayor intenta la acción y muere, cuál sería la situación? La tesis más aceptable sería que la susodicha acción pudiese ser proseguida por sus descendientes, pues como sostiene la jurisprudencia italiana, no sería una nueva demanda, sino '*emendatio libelli*'. El art. 270 del C.C. italiano dice: '*L'azione promossa dal figlio, se egli muore, può essere proseguita dai discendenti legittimi, legittimati o naturali riconosciuti*'

<sup>53</sup> Perera Planas, *Ob. Cit.*, pp. 242 y 243.

La filiación derivada de padres que mantuvieron una relación concubiniaria, está considerada en el artículo 211 del CC que presume que el hombre que vivía con la mujer a la fecha del nacimiento también lo hacía a la de la concepción<sup>54</sup>. Igualmente tal supuesto constituye un caso de filiación extramatrimonial a la que se le aplican las reglas o ideas citadas. Pero si el progenitor concubino fallece sin haber efectuado el reconocimiento y no media dicho acto por parte de sus ascendientes, en el respectivo juicio de inquisición de la paternidad podrá hacerse valer la citada presunción *iuris tantum* equivalente a la de paternidad<sup>55</sup> establecida en la norma citada.

Finalmente, valdría también considerar la posibilidad de acciones de impugnación de la filiación *post mortem*, por ejemplo en la acción de impugnación o de nulidad del reconocimiento, o ante los supuestos previstos en el artículo 230 del CC<sup>56</sup>.

#### 4. Filiación adoptiva

La adopción es una institución de protección que consagra la ley fundamentalmente en interés del menor adoptado<sup>57</sup>. La filiación adoptiva o legal, se asimila en virtud de la ley a la consanguinidad biológica<sup>58</sup>, luego del procedimiento correspondiente previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas ya Adolescentes (LOPNNA)<sup>59</sup>. La adopción puede ser *conjunta* o *individual*; en el primer supuesto por parte de matrimonio o de unión de hecho estable entre hombre y mujer, la

---

<sup>54</sup> Que prevé: "Se presume, salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en concubinato notorio para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción".

<sup>55</sup> Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 163; Perera Planas, *Ob. Cit.*, p. 205. Véase también: Ramos Sojo, César José: "Unidad y Verdad de la Filiación". En: **Revista de Derecho Privado N° 1-1**. Caracas, Servicio Gráfico Editorial S.A., enero-marzo 1983, Año 1, N° 1, pp. 139 y 140, tal presunción aplica aunque el padre esté casado, pues la norma tiene sentido a favor de la prueba de la filiación del hijo.

<sup>56</sup> Respecto a la maternidad en concordancia con: CC, artículo 199.

<sup>57</sup> Véanse nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, **Manual...**, pp. 277 y ss.

<sup>58</sup> Véase: **Constitución**, art. 75: LOPNNA, arts. 406 y ss.

<sup>59</sup> Véase: LOPNNA, arts. 493 y ss.

individual tiene lugar por una persona al margen de su estado civil familiar<sup>60</sup> (LOPNNA, artículo 411).

La adopción individual en caso de fallecimiento del adoptante en el curso del procedimiento, pierde en principio su principal sentido al no garantizar el cuidado sucesivo del menor, aunque bien pudiera considerarse en interés del niño o adolescente, por ejemplo por motivos sucesorios<sup>61</sup>. La duda se plantea, respecto de la muerte de uno de los miembros de la pareja en el curso del procedimiento de adopción conjunta. La doctrina argentina, no obstante la ausencia de norma expresa, se ha pronunciado en torno a la posibilidad del cónyuge sobreviviente, de solicitar que la adopción se acuerde al matrimonio, acreditando la intención de adoptar del esposo fallecido, esto es, que el juicio de adopción se iniciare antes del fallecimiento de uno de los cónyuges<sup>62</sup>. La posibilidad de adopción *post mortem* es admitida en algunas legislaciones<sup>63</sup>. Distinto es el caso, del fallecimiento del adoptado durante el trámite de la adopción, pero que desde un óptica simplista pareciera dar fin al proceso de adopción, pues si el adoptado no

<sup>60</sup> Esto es, en lo relativo al matrimonio o al concubinato.

<sup>61</sup> Véase: <http://www.aspadisa.org/7D017EB6.doc> "En las adopciones individuales, el interés del menor estará compuesto principalmente por los beneficios sucesorios que le puede acarrear ser considerado".

<sup>62</sup> Véase: Stilerman, Marta N. y Silvia E. Sepliarsky: **Adopción Integración familiar**. Buenos Aires, edit. Universidad, 1999, p. 145; Merchante, Fermín Raúl: **La adopción**. Buenos Aires, Depalma, 1ª reimpresión, 1993, p. 55.

<sup>63</sup> Véase: Brena Sesma, Ingrid: "Algunas innovaciones en materia de adopción", pp. 124 y ss En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/8.pdf>, cita al derecho francés, alemán y español. Respecto a España, véase: Tena Piazuelo, Isaac: "La adopción internacional entre España y Colombia: un breve apunte en relación al Convenio de La Haya, marzo 2003", <http://noticias.juridicas.com/.../200303-3155152711034570.html> "...también podrá constituirse la adopción aunque el adoptante hubiese fallecido (adopción *post mortem*), cuando éste ya hubiese prestado ante el Juez su consentimiento; pero los efectos de la resolución, en tal caso, se retrotraerán a la fecha en que el adoptante hubiere prestado su consentimiento ante el Juez (art. 176 CC). A contrario sensu, cuando se trata de un supuesto distinto a la adopción *post mortem*, no se puede dar eficacia retroactiva a la adopción, sino que será precisa la supervivencia del adoptante al tiempo de dictarse la resolución judicial, para quedar válidamente constituida"; Valles Amores, María Luisa: "La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual", Dykinson, 2004, pp. 297 y ss., 118  
<http://books.google.co.ve/books?isbn=8497724089...>

tiene descendientes o herederos carece de sentido (excepto el afectivo), la continuación del trámite<sup>64</sup>. Situación que según refiere la doctrina expresamente descarta la legislación alemana, aunque la francesa la considera no obstante no darle efectos sucesorios<sup>65</sup>.

La adopción *post mortem* no está expresamente prevista en la LOPNNA, sin embargo se aprecia decisión de un Tribunal de Protección en este sentido<sup>66</sup>. Efectivamente, se trata de un caso de adopción conjunta por cónyuges, iniciada en el 2003 de hermanos (nacidos en 1997 y 1998); que se encontraban bajo la medida de colocación familiar (familia sustituta) desde 2002; en noviembre de 2008 el co-solicitante consigna partida de defunción de su esposa fallecida en octubre de 2008 (quien compareció el 29-9-08 a solicitar el avocamiento del Juez); el 12 de mayo 2009 comparecen tanto el solicitante como los niños manifestando “su deseo de continuar con la adopción para que los niños lleven el apellido de la solicitante fallecida”. De seguidas el Tribunal procede a realizar algunas consideraciones sobre la adopción, como medida de protección en una familia permanente, teniendo en cuenta múltiples factores de interpretación y señala que entre la legislación y doctrina extranjera se aprecian temas interesantes como “la adopción *post mortem*” y al efecto indica “La adopción *post mortem* es una figura que permite la continuidad del proceso de adopción, aunque el futuro adoptante fallezca antes de decretarse la adopción por la autoridad judicial”. Se cita al efecto doctrina que señala que es imperativo la continuación del proceso por razones humanitarias<sup>67</sup> por lo que el Tribunal concluye

<sup>64</sup> Stilerman y Sepliansky, *Ob. Cit.*, p. 146.

<sup>65</sup> Brena Sesma, Ingrid: “Algunas innovaciones en materia de adopción”, p. 125, En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/8.pdf> en la legislación alemana a diferencia de la francesa, la adopción no puede realizarse después de la muerte del menor, pues la figura pierde sentido. Sin embargo, aclara que en la francesa dicha adopción precisa el acogimiento del menor y no produce efectos patrimoniales (por lo que para el adoptante produce una satisfacción en cuanto al estado civil en su memoria).

<sup>66</sup> Véase: Tribunal Primero del Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua-sede Maracay, Sent. 26-5-09, Asunto DH41-V-2003-000558.

<sup>67</sup> Se cita al respecto: Brena Sesma, Ingrid: **Las adopciones en México y algo más**. México, Jurídicas UNAM, 2005, pp. 105-107 ([www.bibliotecajuridica.org/libros/4/1794/9pdf](http://www.bibliotecajuridica.org/libros/4/1794/9pdf)); Solé Alamarja, Eduard: **Todo Sobre La Adopción**, Editorial Del Vecchi, 2002, pp. 46 y 47.

que aunque la LOPNNA no contemple expresamente la adopción *post mortem*, la misma resulta procedente en el caso concreto en virtud del interés superior del niño<sup>68</sup>.

En efecto, es sabido que el interés del menor, siempre debe ser visto a la luz del caso concreto<sup>69</sup> y ciertamente, dada la integración de los niños al matrimonio solicitante, bien puede admitirse en su interés la adopción *post mortem* por parte de uno de los cónyuges, a fin de que se mantenga la continuidad de los efectos derivados de la relación preexistente a la sentencia y otros posteriores a ésta como la determinación de los apellidos o los efectos sucesorios, amén de que la ley admite la adop-

<sup>68</sup> Indica la sentencia: "Ciertamente no está previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente la figura de la adopción *post mortem*, sin embargo este Tribunal, aplicando el Principio del Interés Superior del Niño, debe buscar la solución justa a este caso concreto, en el cual se trata de unos niños que han tenido imagen y posesión de estado de una familia sustituta constituida por un padre y una madre quien ha fallecido con posterioridad a la solicitud de adopción, en el mismo estado de sentencia.

...En el presente caso declarar sin lugar la solicitud de adopción conjunta, porque la co-solicitante falleció antes de dictar sentencia, indicándole al cónyuge supérstite que debe realizar una nueva solicitud de adopción de manera individual, sería causar un grave perjuicio a estos niños en su proyecto de vida familiar, responsabilizando además a los intervinientes, de la mora del poder judicial en dictar la sentencia definitiva. Si los involucrados en este proceso, hubiesen obtenido la tutela judicial efectiva, como lo establece el artículo 26 constitucional, la filiación adoptiva paterna y materna habría surtido todos sus efectos antes de la muerte de la ciudadana...

Por otra parte, decretarse la adopción de manera individual, solamente respecto al cónyuge supérstite, porque durante el curso del procedimiento falleció la co-solicitante, es no tomar en cuenta la opinión de los niños en este caso, es pretender borrarles, inútilmente, el recuerdo de quien para ellos fue y será su madre, es ir en contra, sin justificación legal o humana de la voluntad consensuada de los solicitantes, que ha beneficiado y beneficiará a los niños en todos los aspectos de su vida...

... El interés superior del niño presente en toda conversación o discurso sobre la niñez y la adolescencia, principio que sirve de fundamento en los fallos judiciales o administrativos, va más allá de la interpretación y aplicación de la Lopna, pues en beneficio de éstos, se deja en manos de la autoridad competente la creación de la solución del caso concreto".

<sup>69</sup> Véase: Rivero Hernández, Francisco: **El interés del menor**. Madrid, Dykinson, 2000, pp. 57 y 96-102; Domínguez Guillén, María Candelaria: "Comentarios sobre el procedimiento de privación de guarda". En: **Temas de Derecho Procesal. Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza**. Colección Libros Homenaje N° 10. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2003, Vol. I, pp. 317 y 318, "El interés superior del menor supone necesariamente la consideración de lo que sería más provechoso y conveniente para el menor en el caso concreto. De allí que la abstracción, subjetividad y relativismo que implica la determinación de dicho interés superior debe precisarlo el juzgador ante el conjunto de circunstancias que rodean el caso particular. En definitiva, se traduce en una suerte de pronóstico de lo que sería más favorable para el menor a mediano o largo plazo".

ción individual y ciertamente, el instituto continuará o se ejercerá en lo sucesivo en el padre-cónyuge sobreviviente<sup>70</sup>.

Sería recomendable admitir de *lege ferenda* la posibilidad de adopción *post mortem* de parte del adoptante sobreviviente, e inclusive extenderla excepcionalmente –si tiene lugar en interés del menor– a la adopción individual<sup>71</sup> o al caso de fallecimiento de ambos cónyuges adoptantes, porque simplemente pudiera ser favorable desde el punto de vista del interés superior del niño o adolescente (sucesorio, consolidación de un estado<sup>72</sup>, continuación de la tutela en familiares adoptivos, etc.) y ello no es óbice para que según las circunstancias, el menor pueda ser sometido a cualquier medida de protección posterior (tutela<sup>73</sup>, colocación, adopción).

## 5. Fertilización artificial

Las técnicas de fertilización artificial o reproducción asistida, a la que se acude ante el fracaso de la fecundación natural, presentan innumerables problemas jurídicos<sup>74</sup> entre los que se ubican la fertilización *post*

<sup>70</sup> Señala la citada sentencia: "...Con el fin de otorgar una medida de protección permanente a los niños ...es por lo que este Juzgador procederá a otorgar la Adopción a los ciudadanos..., de manera conjunta, aun cuando el ciudadano ...será quien ejercerá la paternidad de ellos de manera individual al haber ya fallecido la solicitante de la adopción".

<sup>71</sup> Pues en la adopción se está ante la necesidad de solventar el abandono de un menor de edad, es decir, de un niño nacido vivo que precisa protección, a diferencia de otras figuras como la fecundación artificial de mujer sola, que previamente a la concepción se pretende admitir o justificar la inexistencia de progenitor del niño, por obra humana.

<sup>72</sup> Piénsese por ejemplo, en un adolescente integrado familiarmente al o a los adoptantes, por vía de colocación (que igualmente puede ser individual o conjunta según el artículo 399 de la LOPNNA) y respecto de quien tiene sentido reconocer jurídicamente –dada la relación preexistente– como sus progenitores no obstante su proximidad a la mayoría.

<sup>73</sup> En la que tendría participación prioritaria los familiares del adoptante. Véase entre otros: CC, arts. 308, 309, 325.

<sup>74</sup> Véase: Bernad Mainar, Rafael: **Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana**. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000; Bernad Mainar, Rafael: "La regulación de la reproducción asistida en el Derecho Comparado". En: **Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona**. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 28-55; Aguilar Gorrondona, Jorge: "Reflexiones sobre los efectos jurídicos en materia de Derecho de Familia de la reproducción asistida". En: **Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona**. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 27-55.

*mortem*<sup>75</sup>. Corral Talciani, distingue 5 casos de fecundación *post mortem*: 1.- de la mujer con semen del marido difunto 2.- fecundación in vitro con óvulos de mujer fallecida (llevada a cabo antes de su muerte) 3.- Implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos y crioconservado posteriormente) en el útero de la madre después de la muerte del marido o conviviente varón 4.- Implantación de un embrión crioconservado (concebido con gametos de la mujer difunta) en el seno de una tercera mujer, después de la muerte de la madre genética, por disposición del marido o conviviente sobreviviente 5.- Embrión crioconservado, no destinado a la donación, cuyos padres genéticos mueren, siendo transferidos o implantados a otro mujer. La 2, 4 y 5ª hipótesis implican una maternidad de sustitución<sup>76</sup>.

La fertilización *post mortem* constituye una situación problemática no prevista por la mayoría de las legislaciones<sup>77</sup>. Uno de los supuestos de

---

<sup>75</sup> Véase: Esperguel Esperguel, Pablo Enrique: "El fundamento de la fecundación *post mortem* Universidad de Talca, [http://dspace.otalca.cl/retrieve/18470/esperguel\\_esperguel\\_p.pdf](http://dspace.otalca.cl/retrieve/18470/esperguel_esperguel_p.pdf)

<sup>76</sup> Citado por: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz: **La fecundación in vitro y la filiación**. Editorial Jurídica de Chile (Capítulo IV. Fecundación *post mortem*), <http://books.google.co.ve/books?isbn=9561010062...> pp. 164 y 165, tiene lugar la transferencia del embrión después de muerte el marido o varón. (Cita del Corral de la Procreación artificial *post mortem* ante el derecho, **Revista de Legislación y jurisprudencia** N° 265, España, julio 1988, p. 12)

<sup>77</sup> Véase: Bernard Mainar, **La regulación de la reproducción asistida...**, p. 272, comenta que legislaciones como la alemana y suiza la proscriben expresamente, en tanto que el resto de los países no se pronuncian al respecto; agrega que la legislación española la admite si tiene lugar dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento si lo ha consentido previamente en forma expresa por escritura pública o testamento: Véase: Bernard Mainar, **Efectos jurídicos...**, p. 122, "No obstante, como ya hemos visto al estudiar los ordenamientos jurídicos, salvo el caso específico de España, el resto de las legislaciones niegan la posibilidad de realizar este tipo de inseminación y, por tanto, a raíz de tal prohibición se sigue la inexistencia de un derecho a la mujer para solicitar practicar la inseminación artificial *post mortem*"; García Cantero, G: "La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida". En: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/261/.../lang/es/> A propósito de la legislación española indica que: La ley en su artículo 9.1, dicta una prohibición general: "No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón". Dijérase que, consciente el legislador de la necesidad de respetar las reglas de sucesión mortis causa, así como de las posibilidades reproductoras después de la muerte del padre biológico, ordena no atribuir ningún efecto legal a la fecundación *post mortem*. Pero esta muestra de sensatez legislativa se desmiente a continuación al disponer en el artículo 9.2: "El marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial".

fecundación *post mortem* es la efectuada con semen del difunto padre<sup>78</sup>, posibilidad que se aprecia en una decisión de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal<sup>79</sup>. Si es realizada con semen del difunto cónyuge, algunos consideran que la relación paterno-filial nacería del consentimiento en vida del progenitor<sup>80</sup>. Se recomienda que el hijo

<sup>78</sup> Véase: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz: **La fecundación *in vitro* y la filiación.** (Capítulo IV. Fecundación *post mortem*), <http://books.google.co.ve/books?isbn=9561010062...> p. 163.

<sup>79</sup> Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 1456 del 27-7-06, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm>. La Sala: “Declara PARCIALMENTE CON LUGAR la acción de amparo constitucional ejercida por..., contra... En consecuencia, se ordena completar el CICLO DE FERTILIZACIÓN IN VITRO en la persona de..., a instancias de ella, con la muestra espermática del causante..., cumpliendo rigurosamente con todos los extremos exigidos para tal fin, incluyendo un estudio de cromosomas de la muestra espermática criopreservada, si así lo estima la actora, la cual será realizada por el Instituto de Medicina Experimental de la Universidad Central de Venezuela, por medio del Laboratorio de Genética Humana y Experimental, a las solas expensas de la ciudadana... 3.- Aunque es competencia natural de los Tribunales de Primera Instancia de Familia o de Niños y Adolescentes, a quienes correspondería esta declaración, esta Sala por haberse subrogado en los Tribunales nombrados, debido al avocamiento, reconoce la filiación de hijo matrimonial de quien naciere de esta reproducción asistida, y ordena su inscripción en el Registro del Estado Civil, con tal condición. 4.- Se fija un lapso de cuatro meses para que la accionante decida si la fecundación in Vitro se la practica el Grupo Médico de Fertilidad C.A. u otra institución médica a la cual trasladará la muestra de semen que deberá ser entregada por la parte accionada; o simplemente desista de practicarse dicha técnica de reproducción asistida, en cuyo caso deberá desecharse dicha muestra”. Véase: Bernard Mainar, Efectos jurídicos..., p. 122, agrega que el derecho de la destinataria se traduce en la posible reclamación de la destinataria del Centro que lo guarde, así como la obligación de éste de entregarlo.

<sup>80</sup> Véase: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz: **La fecundación *in vitro* y la filiación.** (Capítulo IV. Fecundación *post mortem*),

<http://books.google.co.ve/books?isbn=9561010062...>

p. 181; Díaz-Ambrona Bardají, María Dolores: **Introducción a la Medicina Legal, (filiación *post mortem*)** p. 56, <http://books.google.co.ve/books?isbn=8479788046...> En igual sentido: TSJ/SC, Sent. 1456 del 27-7-06, “Pero, cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse *post mortem*, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que el conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos...”. Véase sin embargo, voto salvado de la citada decisión que indica: “En criterio del disidente, no hay elementos de juicio en el expediente que permitan concluir que la voluntad que expresó quien fuera cónyuge de la quejosa, de que se la inseminara con su semen, incluya la fecundación *post mortem* y, sin lugar a dudas, ello no puede presumirse ni inferirse; la manifestación de voluntad al respecto debe ser expresa. Por el contrario, el examen del expediente revela, con absoluta claridad, que el fallecido no autorizó a su cónyuge “a retirar y utilizar la muestra por (él) entregada para intentar lograr un embarazo, sin requerirse (su) presencia ni ninguna autorización adicional de (su) parte”. En efecto, en el documento conformante del

tenga derechos sucesorios en tal caso<sup>81</sup>, pues aunque el procedimiento no sea lícito ha de interpretarse a su favor para el caso de que tenga lugar<sup>82</sup>. Creemos, sin embargo que no debe permitirse *ab initio* la fecundación *post mortem* aunque exista voluntad favorable en vida del progenitor porque se vulnera un derecho fundamental del niño, a saber, el de tener un padre y una madre<sup>83</sup>, siendo curiosamente ésta

---

folio 81, el formulario de solicitud de criopreservación de semen, que fue suscrito por el hoy occiso, se lee que éste, de su puño y letra (salvo prueba en contrario) escribió “NO” en el campo en que habría ido el nombre de su entonces concubina si él hubiera querido que sí se le entregara la muestra en los términos que se transcribieron; ello, porque dicha cláusula de la solicitud indica: “en caso de no estar de acuerdo, escriba NO en el espacio destinado al nombre de la pareja... A la misma conclusión llegó el Ministerio Público ...según expresó, no existe en el expediente documento alguno que demuestre la voluntad de que se lleve a cabo la inseminación *post mortem*”.

<sup>81</sup> Véase: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz: **La fecundación *in vitro* y la filiación.** (Capítulo IV. Fecundación *post mortem*), <http://books.google.co.ve/books?isbn=9561010062...> p. 194, la autora cita en este sentido el informe Warnock. Véase en este mismo sentido sentencia 1456 previamente citada en la nota anterior. Véase en sentido contrario: Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, p. 481, claro está que este hijo carecerá de hereditarios, ya que no existía al tiempo de la apertura de la sucesión.

<sup>82</sup> Véase: Carrasco, Ana María: **El concebido como sujeto de derechos. 1º Jornadas nacionales de Bioética y Derecho**, Buenos Aires 22 y 23 de agosto de 2000, [http://www.robertexto.com/archivo16/concebido\\_suj\\_dchos.htm](http://www.robertexto.com/archivo16/concebido_suj_dchos.htm) los fundamentos los autores manifiestan que “incluyen una novedad absoluta al ofrecer respuesta al problema de la utilización de gametos del causante, después de su muerte. Aclarase que ello no significa sustentar la licitud del procedimiento, sino solamente atender a la realidad concreta de que el hecho haya sucedido, así sea al margen de la ley prohibitiva...”.

<sup>83</sup> Véase: Domínguez Guillén, Manual..., pp. 265 y 266; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Eduardo G. Roveda: **Manual de Derecho de Familia**. Argentina, LexisNexis. 2004, p. 367, respecto de la inseminación con semen crioconservado del marido premuerto o concepción *post mortem* de su progenitor, comentan que desde la perspectiva que informan las convenciones internacionales resulta negativo que al niño desde antes de su nacimiento se le prive de contar con un padre; Méndez Costa y D'Antonio, *Ob. Cit.*, p. 68, la privación del padre comienza desde la gestación, por lo que cabe la misma crítica que a la inseminación de las mujeres solas (*Ibid.*, p. 70; Flores Preciado, Mtra Evangelina: “La filiación y los derechos del menor frente a las nuevas técnicas de reproducción humana artificial”. En: **Realidad Jurídica**, Vol. 16, N° 1, enero-abril 2009, <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-filiacion.htm> “El problema surge, en el caso del menor que nace como resultado de una inseminación artificial llevada a cabo por una madre soltera, ya que nace sin padre; en este supuesto, la legislación mexicana no impide a la mujer soltera, libre de matrimonio, capaz y mayor de edad, ejercer su derecho a recurrir a la inseminación artificial. Igual en el caso de la fecundación *post mortem* donde se insemina a la mujer con el esperma del marido fallecido. La filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno, hermanos, abuelos y tíos. De tal manera que al negarle al menor el derecho a un padre, se le niega el derecho a una filiación paterna. La filiación establece las relaciones entre un sujeto y su grupo familiar, lo individualiza. Identifica y determina los derechos y los deberes del sujeto dentro de su orden genealógico familiar; si

última una de la responsables de tal violación<sup>84</sup> por colocar primero su deseo individual<sup>85</sup>. Ha de prevalecer el interés superior del menor<sup>86</sup>, a quien no debe voluntariamente privársele de padre, antes de ser concebido<sup>87</sup>, porque el reconocimiento de derechos sucesorios no compensa la carencia personal de la figura paterna en la vida del individuo. De tal suerte que la interpretación del asunto debería orientarse por una solución cónsona con el Derecho y la justicia<sup>88</sup>.

Otras situaciones que pueden presentarse en materia de fertilización artificial *post mortem* tales como la muerte de la madre que aporta el óvulo no fecundado o cuya fertilización ya se ha realizado, la implanta-

---

la mujer soltera deliberadamente priva a su hijo de tener un padre, le niega una filiación paterna y le priva de una serie de vínculos afectivos y de derechos a que tendrá acceso con una filiación paterna... Además, la procreación de un niño por parejas de homosexuales varones que deciden recurrir a los servicios de una mujer que acepte ser inseminada artificialmente con el semen de uno de ellos, gestar al bebé y entregárselos al nacer; situación que considero vulnera el derecho del niño a pertenecer a una familia con padre y madre”.

<sup>84</sup> Véase: Miranda Luna, Raúl Eduardo y Roberto Enrique Rodríguez Meléndez: “Bioética y Derecho de Familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad”. En: **Familia, tecnología y Derecho**. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 302, “Habiendo optado la mujer sola por alguno de los métodos de fertilización asistida, la misma será responsable de afrontar la falta de filiación paterna del hijo procreado...”.

<sup>85</sup> Véase: Perrot, Celina Ana: “Algunas consideraciones acerca de la inseminación de mujeres solas”. En: **Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas**, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, p. 383, “se considera inaceptable también la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador. Sin juzgar la intención de las personas que la buscan en tales circunstancias, hay que recordar también que el hijo no debe convertirse en un alivio o compañía para el dolor de la muerte o la soledad”.

<sup>86</sup> Véase sobre su consagración: **Constitución**, Artículo. 74; LOPNNA, artículos 8, 4-A, Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3.1, 18.1; Declaración de los derechos del niño, principio 2.

<sup>87</sup> Es decir, siendo solo un “*concepturus*” (por concebir).

<sup>88</sup> Véase: Guerrero Quintero, Gilberto: “Genética y Filiación en el Derecho Venezolano”. En **Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales**. Vol 64, N° 134, 1997, Caracas, pp. 490 y 491, afirma que no cabe alegar en la materia de fertilización artificial la existencia de un “vacío legal” pues ello no equivale a vacío jurídico, ya que el artículo 4 del CC orienta en sentido de la interpretación o integración, y mientras la legislación específica llega hay principios grabados en la conciencia humana.

ción de embrión cuyos progenitores han fallecido<sup>89</sup>, generando una maternidad por sustitución no son tampoco deseables, porque aunque el hijo (a tenor de una extrema interpretación gramatical del artículo 197 CC)<sup>90</sup> tenga una madre que le dio a luz, verá cercenada la posibilidad de acceder jurídicamente a su filiación biológica. Problema que se agrava doblemente si se trata de un hijo cuyos padres biológicos fallecieron previamente a su implantación; posiblemente si ello acontece respecto de una mujer casada con autorización del marido, algunos podrían sostener que no hay mayor problema jurídico dada la redacción del único artículo del CC (204) que alude a inseminación artificial, pero lo cierto es que debería observarse un justo equilibrio entre la ciencia y el Derecho. La tecnología no debe revertirse en perjuicio del hijo, porque en la medida de lo posible la filiación *post mortem* debería responder a causas naturales y no a la mano del hombre<sup>91</sup>. Nadie quiere la muerte de sus progenitores por lo que mal podría pensarse que es indiferente nacer o peor aun ser concebido sin ellos.

---

<sup>89</sup> Si bien indicamos (*supra* 2) que en razón de que se necesita la feliz gestación del ser para llegar al nacimiento con vida, es extraño hablar de muerte de la madre previa al nacimiento salvo el caso de una cesárea inmediata o de muerte cerebral. Sin embargo, existe la posibilidad de doble maternidad o maternidad subrogada, es decir, una madre tiene a su cargo la gestación (nacimiento) y otra que aporta el óvulo y por tal la carga genética del hijo, la muerte de la última luego de haber donado el óvulo o haberse realizado la fecundación y posterior criopreservación del embrión produce una filiación biológica materna *post mortem*: lo mismo cabe decir del padre biológico del embrión en dicho estado de congelamiento.

<sup>90</sup> Si bien dicha norma determina la maternidad por el nacimiento, no es menos cierto que la norma data de un tiempo en que no cruzó por la mente del legislador la posibilidad de que una mujer pudiera dar a luz un hijo que genéticamente no es suyo; y que en base a ciertos criterios y a la luz del caso concreto pudiera discutirse la maternidad. Pues bien, la muerte de la madre biológica sería un extraño supuesto en que dicha discusión perdería sentido, porque la única madre subsistente sería la que quedó determinada por el parto. El antecedente de la norma actual está en el CC de 1867 que a su vez se inspiró en el artículo 109 del Proyecto español de Florencio García Goyena.

<sup>91</sup> El gran inconveniente de la fecundación artificial *post mortem* es que permite deliberadamente por obra humana la concepción de un ser cuyo progenitor ha fallecido inclusive previamente a la fecundación. Y negar *ab initio* al niño la posibilidad de crecer con su familia, atenta contra principios jurídicos protectores del menor.