

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**LA TITULARIDAD DE ACCION MATERNA PARA
PROTEGER EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN
LOS CASOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL
DEL SUJETO DE DERECHO FALLECIDO TRAS SU
NACIMIENTO CON VIDA**

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Bach. Burga Becerra Roger
<https://orcid.org/0000-0001-6265-4876>

Asesora:

Dra. Uchofen Urbina Angela Katherine
<https://orcid.org/0000-0002-8072-760X>

Línea de Investigación:

Ciencias jurídicas

Pimentel – Perú

2021

Aprobación de jurado:

Dr. Jorge Luis Idrogo Perez

PRESIDENTE

Dr. Dante Roberto Failoc Piscoya

SECRETARIO

Dr. José Francisco Estela Campos

VOCAL

DEDICATORIA

Esta investigación se la dedico a mis padres, hermanos y a mi sobrino por su amor, trabajo, sacrificio y apoyo incondicional en todos los aspectos de mi vida, ya que este logro al cual he llegado es gracias a ellos, sin su apoyo esto no sería posible.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradecer a Dios por haberme guiado a lo largo de mi vida y en segundo lugar a mi Madre Janeth Becerra y a mi Padre José Burga y a mis hermanos Karen, Giancarlo y a mi sobrino Rodrigo por siempre darme su apoyo incondicional y ayudarme a cumplir mi meta y lograr este sueño juntos. Gracias

Roger Burga Becerra

Resumen

El presente artículo tiene como base la sentencia del T.C. N°4305-2012-APURIMAC en donde una madre exige que se le reconozca el derecho a la identidad de su menor hijo que nace con vida pero que al día siguiente fallece, y el juez de la causa niega su derecho a la identidad aplicando el Art. 407 de la norma civil en donde dicho artículo hace mención que la acción no pasa a los herederos del hijo vulnerando el derecho de acción de la madre en nombre del menor y consecuentemente vulnerando el derecho a la identidad del menor en los casos de filiación extramatrimoniales. El tipo de investigación es mixto, es decir; cualitativo porque se ha considerado alguna situación de hecho o evento y cuantitativo porque se aplicará la encuesta. La población se encuentra dirigido a los abogados especializados en familia y al personal del Juzgado de familia de Luis Gonzales, siendo la muestra considerada de 50 personas. El objetivo general es proponer modificatoria del Art. 407 del C.C. para proteger el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida. Los objetivos específicos son:-Diagnosticar el estado actual del derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida. - Identificar los factores influyentes en el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida. -Diseñar modificatoria del Artículo 407 del código civil para proteger el derecho a la identidad los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.

Palabras claves: el concebido, titularidad de acción materna, filiación extramatrimonial, sujeto de derecho, derecho a la identidad.

Abstract

This article is based on the T.C. N ° 4305-2012-APURIMAC where a mother demands that the right to identity of her youngest child who is born alive but who dies the next day is recognized, and the judge of the case denies her right to identity by applying the Art. 407 of the civil norm in which said article mentions that the action does not pass to the heirs of the child in violation of the mother's right of action on behalf of the child and consequently violating the child's right to identity in cases of filiation extramarital. The type of research is mixed, that is; qualitative because a fact or event situation has been considered and quantitative because the survey will be applied. The population is aimed at lawyers specializing in family and the staff of the Family Court of Luis Gonzales, being the sample considered 50 people. The general objective is to propose an amendment to Article 407 of the C.C. to protect the right to identity in cases of extramarital affiliation of the deceased subject after his birth alive. The specific objectives are: -Diagnositicate the current state of the right to identity in cases of extramarital affiliation of the deceased subject after his birth alive. -Identify the influential factors in the right to identity in cases of extramarital affiliation of the deceased subject after his birth alive. -Design a modification of Article 407 of the civil code to protect the right to identity in cases of extramarital affiliation of the deceased subject after his birth alive.

Keywords: the conceived, ownership of maternal action, extramarital affiliation, subject of law, right to identity.

INDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
I. INTRODUCCION.....	14
1.1. Planteamiento del problema	15
1.1.1. Nivel internacional	17
1.1.2. Nivel nacional	18
1.1.3. Nivel local	19
1.2. Antecedentes del estudio	19
1.2.1. Nivel internacional	19
1.2.2. Nivel nacional	19
1.2.3. Nivel local	21
1.3. Abordaje Teórico.....	22
1.3.1. Capítulo I: Titularidad de Acción	22
1.3.1.1. Comentario del Art. 407 del Código Civil.....	22
1.3.1.2. Derecho de la Acción Procesal.....	24
1.3.1.2.1. Características.....	27
1.3.1.2.1.1. Es abstracto.....	27
1.3.1.2.1.2. Es subjetivo	27
1.3.1.2.1.3. Es público	28
1.3.1.2.1.4. Es autónomo	28
1.3.2. Capítulo II: Derecho a la Identidad	29
1.3.2.1. Noción jurídica de sujeto de derecho	29
1.3.2.2. El concebido	30
1.3.2.3. El concebido y el inicio de la vida humana	31
1.3.2.3.1. Concepto de la concepción.....	31
1.3.2.3.2. Teorías que definen la Naturaleza Jurídica del Concebido.....	32
1.3.2.3.2.1. Teoría de la personalidad	32

1.3.2.3.2.2.	Teoría de la subjetividad.....	33
1.3.2.3.3.	La figura del concebido en el ordenamiento jurídico peruano	35
1.3.2.3.3.1.	Derechos del Concebido	35
1.3.2.3.3.2.	Deberes del Concebido.....	36
1.3.2.3.3.3.	La Representación del Concebido.....	37
1.3.2.3.4.	El concebido frente a la constitución y al código civil	37
1.3.2.3.4.1.	La Normativa Integral del Concebido en el Código Civil	38
1.3.2.3.5.	La persona humana.....	39
1.3.2.3.5.1.	Etimología	39
1.3.2.3.5.2.	Teorías de concepto de persona.....	39
1.3.2.3.5.2.1.	Teoría formalista.....	39
1.3.2.3.5.2.2.	Teoría ecléctica	39
1.3.2.3.5.3.	Concepto jurídico de la persona individual	40
1.3.2.3.5.4.	El inicio de la persona individual.....	40
1.3.2.3.5.5.	La importancia de la inscripción en el Registro de Estado Civil....	41
1.3.2.3.5.6.	Los derechos del sujeto de derecho	42
1.3.2.3.5.6.1.	Derecho al nombre	42
1.3.2.3.5.6.1.1.	Definición del término nombre	42
1.3.2.3.5.6.1.2.	Tratamiento del derecho al nombre en el Código Civil Peruano	43
1.3.2.3.5.6.2.	Derecho a la identidad.....	44
1.3.2.3.5.6.3.	El rol del juez en el respeto de los derechos de las personas	45
1.3.3.	Capítulo II: Bases Teóricas	46
1.3.3.1.	Legitimidad para obrar.....	46
1.3.3.1.1.	Concepto.....	46
1.3.3.1.2.	Clasificación de la legitimidad para obrar.....	48
1.3.3.1.2.1.	Legitimidad para obrar ordinaria.....	48
1.3.3.1.2.2.	Legitimidad para obrar derivada	48
1.3.3.2.	Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	50
1.3.3.2.1.	Concepto.....	50
1.3.3.2.2.	La Tutela Judicial Efectiva como un derecho constitucional	52
1.3.4.	Capítulo IV: La Filiación Extramatrimonial en la regulación peruana	53
1.3.4.1.	La filiación como elemento jurídico.....	53

1.3.4.1.1.	La determinación de la filiación	54
1.3.4.1.2.	Los modos de determinación y prueba de la filiación	54
1.3.4.2.	LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	56
1.3.4.2.1.	Determinación de la filiación extramatrimonial	56
1.3.4.2.2.	El reconocimiento de la filiación extramatrimonial.....	56
1.3.4.2.2.1.	Concepto del reconocimiento	56
1.3.4.2.2.2.	El reconocimiento constitutivo del emplazamiento:.....	56
1.3.4.2.2.3.	El reconocimiento como presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento:.....	57
1.3.4.2.3.	Caracteres del reconocimiento.....	58
1.3.4.2.4.	Sujeto pasivo del reconocimiento	59
1.4.	Formulación del problema	61
1.5.	Justificación e importancia del estudio	61
1.6.	Hipótesis.....	61
1.7.	Objetivos	62
1.7.1.	Objetivo general	62
1.7.2.	Objetivo específicos	62
1.8.	Limitaciones.....	62
II.	MATERIAL Y MÉTODO	63
2.1	Tipo de estudio y diseño de investigación.....	63
2.1.1	Tipo de investigación	63
2.1.2	Diseño de investigación	63
2.2	Población y Muestra.....	64
2.2.1	Población.....	64
2.2.2	Muestra.....	64
2.3	Variables y operacionalización	65
2.4	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	66
2.4.1	La técnica de encuesta:.....	66
2.4.2	El análisis documental.....	66
2.4.3	El fichaje	66
2.5	Procedimiento de análisis de datos.....	67
2.6	Criterios éticos.....	67
2.6.1	El consentimiento informado	67

2.6.2	La confidencialidad.....	67
2.6.3	Manejo de riesgos.....	68
2.7	Criterios de rigor científicos.....	68
2.7.1	Credibilidad mediante el valor de la verdad y autenticidad	68
2.7.2	Transferibilidad y aplicabilidad.....	68
2.7.3	Objetividad y neutralidad	69
2.7.4	Relevancia	69
III.	RESULTADOS	70
3.1	Tablas y Figuras	70
3.2	Discusión de resultados.....	90
3.3	Aporte científico	92
	PROYECTO DE LEY	92
IV.	Conclusiones y recomendaciones	97
4.1	Conclusiones	97
4.2	Recomendaciones	98

INDICE DE TABLAS

Tabla 1:¿Cree usted que la actual legislación resulta suficiente para resolver los casos de filiación extramatrimonial post mortem?.....	70
Tabla 2:¿Cree usted que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial afecta el derecho a la identidad de este, puesto que no fue reconocido por el supuesto padre cuando estuvo vivo?..	71
Tabla 3:¿Cree usted que es posible que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial, afecte los derechos de la familia (esposa y otros hijos) del presunto padre?	72
Tabla 4:¿Cree usted que el artículo 407 del código civil limita el accionar de la madre en el momento de que quiera impugnar el reconocimiento extramatrimonial del sujeto del derecho fallecido tras su nacimiento con vida?	73
Tabla 5: ¿Cree usted que la filiación extramatrimonial de un menor fallecido es determinante para el ejercicio de su derecho de identidad post mortem?	74
Tabla 6:¿Cree usted que en la legislación actual se ampara al menor fallecido en cuanto a su filiación extramatrimonial para determinar su derecho de identidad post mortem?.....	75
Tabla 7:¿Cree usted que los padres tienen derecho de ejercer la filiación extramatrimonial de su menor hijo fallecido como determinación de su derecho de identidad post mortem?	76
Tabla 8:¿Cree usted que los padres tienen el deber de darle una identidad pos mortem a su hijo fallecido a los pocos días de haber nacido?	77
Tabla 9:¿Cree usted que el menor a pesar de haber nacido vivo y haber dejado de existir a las pocas horas se le debe respetar su derecho de identidad al amparo y en cumplimiento del principio superior del niño?	78
Tabla 10:¿Considera usted correcto que los padres entierren a su hijo como N.N por haber fallecido a las pocas horas de nacido?	79
Tabla 11:¿Cree usted que el hecho de que los padres de un neonato que ha fallecido a las pocas horas de haber nacido vivo no ejerzan un deber como tales y entierren a su hijo sin identidad? ..	80
Tabla 12:¿Comparte la idea de que un neonato fallecido a las pocas horas de haber nacido carezca de una identidad en su lecho de muerte?	81
Tabla 13:¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?	82
Tabla 14:¿Considera usted que el derecho que tiene toda persona a su identidad mediante nuestra carta magna se protege adecuadamente al menor que ha nacido de manera extramatrimonial? .	83
Tabla 15:¿Considera usted que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que amparan a los hijos nacidos en condición matrimonial como extramatrimonial?	84
Tabla 16:¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial se ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?	85
Tabla 17:¿Cree usted que el artículo 407 del código civil carece del derecho a reconocer a una persona que es sujeto de derecho desde la concepción?	86

Tabla 18:¿Cree usted que la madre que no puede reclamar la filiación de su hijo fallecido es un acto discriminatorio para todo estado de derecho que protege a la persona humana?	87
Tabla 19:¿Cree usted que en nuestra legislación actual se sigue afectando el derecho de filiación en el caso de filiación extramatrimonial?	88
Tabla 20:¿Considera usted que se vulneran derechos fundamentales ante la aplicación del artículo 407 del código civil en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida?.....	89

INDICE DE FIGURAS

FIGURA 1:¿Cree usted que la actual legislación resulta suficiente para resolver los casos de filiación extramatrimonial post mortem?.....	70
FIGURA 2:¿Cree usted que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial afecta el derecho a la identidad de este, puesto que no fue reconocido por el supuesto padre cuando estuvo vivo? ..	71
FIGURA 3:¿Cree usted que es posible que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial, afecte los derechos de la familia (esposa y otros hijos) del presunto padre?	72
FIGURA 4:¿Cree usted que el artículo 407 del código civil limita el accionar de la madre en el momento de que quiera impugnar el reconocimiento extramatrimonial del sujeto del derecho fallecido tras su nacimiento con vida?	73
FIGURA 5:¿Cree usted que la filiación extramatrimonial de un menor fallecido es determinante para el ejercicio de su derecho de identidad post mortem?	74
FIGURA 6: ¿Cree usted que en la legislación actual se ampara al menor fallecido en cuanto a su filiación extramatrimonial para determinar su derecho de identidad post mortem?.....	75
FIGURA 7:¿Cree usted que los padres tienen derecho de ejercer la filiación extramatrimonial de su menor hijo fallecido como determinación de su derecho de identidad post mortem?	76
FIGURA 8:¿Cree usted que los padres tienen el deber de darle una identidad pos mortem a su hijo fallecido a los pocos días de haber nacido?	77
FIGURA 9:¿Cree usted que el menor a pesar de haber nacido vivo y haber dejado de existir a las pocas horas se le debe respetar su derecho de identidad al amparo y en cumplimiento del principio superior del niño?	78
FIGURA 10:¿Considera usted correcto que los padres entierren a su hijo como N.N por haber fallecido a las pocas horas de nacido?	79
FIGURA 11:¿Cree usted que el hecho de que los padres de un neonato que ha fallecido a las pocas horas de haber nacido vivo no ejerzan un deber como tales y entierren a su hijo sin identidad? ..	80
FIGURA 12:¿Comparte la idea de que un neonato fallecido a las pocas horas de haber nacido carezca de una identidad en su lecho de muerte?	81
FIGURA 13:¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?	82
FIGURA 14:¿Considera usted que el derecho que tiene toda persona a su identidad mediante nuestra carta magna se protege adecuadamente al menor que ha nacido de manera extramatrimonial?.....	83

FIGURA 15:¿Considera usted que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que amparan a los hijos nacidos en condición matrimonial como extramatrimonial? 84

FIGURA 16:¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial se ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?	85
FIGURA 17:¿Cree usted que el artículo 407 del código civil carece del derecho a reconocer a una persona que es sujeto de derecho desde la concepción?	86
FIGURA 18:¿Cree usted que la madre que no puede reclamar la filiación de su hijo fallecido es un acto discriminatorio para todo estado de derecho que protege a la persona humana?	87
FIGURA 19:¿Cree usted que en nuestra legislación actual se sigue afectando el derecho de filiación en el caso de filiación extramatrimonial?	88
FIGURA 20:¿Considera usted que se vulneran derechos fundamentales ante la aplicación del artículo 407 del código civil en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida?	89

I. INTRODUCCION

La presente investigación tuvo como base fundamental la sentencia del tribunal constitucional N° 4305-2012-APURIMAC; en donde una madre reclama al estado peruano se le reconozca el derecho a la identidad de su menor hijo que nace con vida pero que al día siguiente fallece, y el juez de la causa niega su derecho a la identidad aplicando el Art. 407 de la norma civil en donde dicho artículo hace mención que la acción no pasa a los herederos del hijo, vulnerando así el derecho de acción de la madre en nombre del menor y consecuentemente vulnerando el derecho a la identidad del hijo en los casos de filiación extramatrimoniales. Dentro de mis antecedentes he podido recabar la tesis de Arredondo (2017) *donde* concluye que; el proceso de impugnación de paternidad comienza cuando se encuentra en incertidumbre la veracidad de la paternidad del sujeto de derecho, como bien se sabe cuándo se encuentra en una unión dentro del matrimonio se presume la paternidad, no obstante, esta suposición consiente prueba en inverso en los casos de filiación extramatrimonial. Toda persona tiene derecho a conocer a sus progenitores y posteriormente llevar los apellidos de ellos, ningún niño deberá quedar desprotegido ante tal derecho fundamental como es al nombre, así se encuentra establecido y protegido dentro de nuestra carta magna y del código de Niño y Adolescente. Asimismo, dentro de la presente investigación en lo referente al marco teórico encontramos la legitimidad para obrar la misma que se define como la que dota al sujeto de derecho la posibilidad de invocar la titularidad de un derecho dentro de un proceso judicial, y que éste lo reclama frente al estado (poder judicial) el cual tiene que brindarle la tutela jurisdiccional efectiva. Aunado a ello, también hablaremos de la tutela jurisdiccional efectiva la cual se conceptúa como aquel derecho que tienen todas las persona para su ejercicio y defensa de los interés y derechos que sea en sujeción a un debido proceso; siendo que, en lo referente a la formulación de la problemática de la presente investigación es la de ¿Cómo proteger el derecho de acción frente a los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida?. Asimismo, la presente investigación se justifica en el analices de la titularidad de acción que tiene la madre y como este se encuentra limitado para accionar en nombre del neonato fallecido, inquietud que nace a raíz de lo desarrollado en la sentencia del tribunal constitucional N° 4305-2012-APURIMAC y por otras

jurisprudencias en donde los magistrados aplican el Art. 407 de la norma civil en los casos de filiación extramatrimonial en donde el sujeto nace con vida, pero a las horas fallecen, vulnerándose así el derecho a la identidad del referido menor. Mientras la hipótesis que desarrolla está basada en la modificatoria del Art. 407 de la norma civil, mediante la cual se busca proteger el derecho constitucionalmente reconocido como lo es la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida. Finalmente, el objetivo general de la presente investigación es proponer la modificatoria del Artículo 407° del código civil para poder así proteger el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida; teniendo como objetivos específicos los siguientes: i) Diagnosticar el estado actual del derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida; ii) Identificar los factores influyentes en el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida; iii) Diseñar modificatoria del Artículo 407 del código civil para proteger el derecho a la identidad los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.

1.1. Planteamiento del problema

Según el jurista Savigny menciona que la acción debe recabar dos condiciones esenciales que son: primera la violación y el derecho. La principal finalidad es la reparación de la violación realizada en relación al derecho. Entonces partiendo desde esta perspectiva en la presente investigación revisaremos nuestra legislación nacional, mediante la cual se ve limitada el derecho a la acción cuando se requiere reclamar un derecho ante los órganos Jurisdiccionales correspondientes; como por ejemplo lo es, cuando una madre cuyo hijo a fallecido después de nacer con vida, se tiene que en nuestra legislación nacional si dicha madre quisiera demandar la filiación extramatrimonial de su menor hijo simplemente tal como lo prevé el Art. 407° de la norma civil ésta no puede, porque el texto legal invocado otorga este derecho de acción solamente al hijo, estableciendo además que la acción no pasa a los herederos del hijo, en ese sentido cabe preguntarnos qué hay de lo regulado en el Art. 3° del CPC cuando constituye que “...*el derecho de acción y*

contradicción en materia procesal civil no admite limitación ni restricción para su ejercicio... ”; no obstante como ya lo precisamos anteriormente esto en la práctica cotidiana no se ésta respetando, puesto que como se tiene de las estadísticas las demandas de filiación extramatrimonial planteadas por la progenitora y/o progenitor de los hijos menores de edad fallecidos después de su nacimiento con vida, los jueces rechazan la demanda haciendo alusión únicamente al artículo 407° del Código Civil; sin tener en cuenta que rechazando dicha demanda no solamente se está violentando el derecho a la acción consagrado en el en el Art. 3° del CPC sino que además se vulneran derechos fundamentales tales como el derecho a la identidad. Aunado a ello; se tiene, que en nuestra normativa nacional se tutela el derecho a la identidad a través de la C.P.P. en el Art. 2, Inc. 1, igualmente el art. 1° del CC. Prescribe *que la vida humana empieza con la concepción, agregando además que el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece*; entonces ante ello, cabe preguntarse ¿existe vulneración al derecho a la identidad al momento de la aplicación del Art. 407° de la norma civil? Esto a la luz de la (Sentencia del T.C.) N° 4305-2012-APURIMAC, mediante la cual una madre demanda la filiación extramatrimonial, esto es para que se le reconozca el derecho a la identidad de su pequeña hija que había nacido con vida pero que un día después fallece, siendo que el juez de la causa le negó tal derecho aplicando para ello el Art. 407° del CC. Donde se establece que la acción solo pertenece al hijo, y líneas más abajo dentro del artículo menciona que la acción no pasa a los herederos del hijo, no obstante, sus herederos pueden prolongar el juicio que se dejó instaurado, entonces ante esto nos preguntamos ¿Qué hay de un hijo extramatrimonial que ha muerto sin dejar descendencia y sin dejar un juicio de filiación extramatrimonial iniciado? ¿no hay protección para su derecho a la identidad?, desde ese punto de vista y desde la problemática ya planteada hasta esta parte, pues la respuesta sería que efectivamente no hay protección al derecho a la identidad de los hijos extramatrimonial que nacieron con vida pero que fallecen sin dejar herederos ni un juicio de filiación extramatrimonial iniciado; sin embargo como ya lo hemos mencionado anteriormente existe el Art. 2°, Inc. 1 de la C.P.P., en donde se protege el derecho a la identidad, aunado a ello se tiene el Art. 18° de la Convención Interamericana (1978), el cual constituye que todos tenemos derecho a llevar un nombre y los apellidos de nuestros padres.

En el P.I.D.C.P (1976), en su Art. 24. Inc. 2, precisa que *toda persona será inscrito inmediatamente después de su nacimiento*, entonces analizando estas tres normas citadas y en aplicación del artículo IX del Código de Niños y Adolescentes el cual fija que en toda medida que adopte el estado a través de los diferentes estados se considerará el respeto al Interés Superior del Niño; partiendo de ésta premisa se tiene que los jueces de Familia en el Perú al momento de resolver demandas de filiación extramatrimonial deberían de hacerlo aplicando la C.P.P, el art. IX del Código de los Niños y Adolescentes, el Artículo 1° de la Ley N° 28457, sin embargo como ya es sabido y tal como se desglosa del resultado de la sentencia recaída en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 4305-2012-APURIMAC, los magistrados prefieren adoptar la excepción, es decir; la aplicación del Art. 407° de la norma civil peruano sin importar que con ello están restringiendo el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, dejando de lado la aplicación del principio rector en derecho de familia como es el ya reconocido Principio del Interés Superior del Niño, entonces debemos tener en cuenta que en nuestra sistema jurídico nacional las leyes se interpretan desde la constitución, y la constitución por mandato de la disposición cuarta se interpreta de conformidad con la D.U.D.H., entonces ahí hay que preguntarnos ¿Por qué los magistrados Peruanos no aplican el artículo 18° de la Convención Interamericana? A efectos de resolver las controversias suscitadas a raíz de la muerte de un hijo extramatrimonial sin que hay sido reconocido o que haya dejado un juicio iniciado para que se reconozca su derecho a la identidad.

1.1.1. Nivel internacional

Se tiene como referencia lo revelado en el portal web del Poder Judicial de España de fecha 05 de julio del 2016, en donde una madre en representación de su menor hijo interpuso una demanda donde se haga efectivo el reconocimiento paterno a favor de su menor hijo y también impugno la filiación matrimonial de su ex pareja, en donde figuraba legalmente en el registro civil como el padre, por lo que había fundamentado que la filiación registral se había realizado por un reconocimiento de complacencia y ante ello se debería fijar la filiación por ser el presunto padre biológico.

En la 1era Sala del Tribunal confirmo que existe una falta de legitimación por parte de la madre para poder representar a su menor hijo en la reclamación de paternidad hacia su mejor hijo y también en la impugnación de la filiación matrimonial, por lo que existe intereses opuesto entre la progenitora y el menor.

1.1.2. Nivel nacional

En nuestro país, en el portal web del Diario Perú 21, con fecha 10 de marzo del 2019, nos informa que no existen datos estadísticos acerca de los casos de filiaciones extramatrimoniales, sin embargo, la ONG estimo que las denuncias de filiación e inasistencia familiar contemplado en la Ley N° 28457 del C.C.- abordan un aproximado del 60% de casos atendidos en las 2400 Demunas en todo el Perú.

El Ministerio de la Mujer comunico que las Demunas habían atendido durante el presente año un aproximado de 4 105 casos de reconocimiento voluntario de filiación, pero solo llegaron a suscribirse 2325 actas de compromiso de reconocimiento. (Diario Perú 21, 2019).

En la página electrónica del periódico Voces, de fecha 11 de abril del 2011, nos declara acerca de que la filiación es un lazo que surge biológicamente con la procreación de un neonato, sin embargo legítimamente se realiza cuando se hace el reconocimiento de los padres hacia los hijos, en el supuesto caso de la ausencia del reconocimiento, se tendrá que iniciar un proceso judicial al supuesto padre y con el mandato de juez se tendrá que realizar la prueba del ADN para que se determine la verdad biológica. El resultado a obtenerse de la prueba del ADN tendrá que ser 99.99% efectivo. (Diario Voces, 2011).

1.1.3. Nivel local

En la página electrónica el periódico RPP NOTICIAS, de fecha 18 de octubre del 2013, se publicó que entre el 16% y 18% de menores de edad no son reconocidos judicialmente, Miguel Villegas Llerena representante de la Defensoría Pública, perteneciente al Ministerio Público de asesoramiento a madres de familia que tienen problemas referentes a procesos de filiación.

De igual forma se indicó que mediante este proceso judicial se obliga a los progenitores a reconocer a sus menores hijos luego de que se les practiquen las pruebas de ADN, para posteriormente asignar una pensión alimenticia, la cual varía de acuerdo al criterio del juez.

1.2. Antecedentes del estudio

1.2.1. Nivel internacional

Aguirre (2016), en su trabajo (tesis) de maestría en la Universidad Autónoma de los Andes de Ecuador: “La nulidad del acto en la impugnación del reconocimiento de paternidad, el derecho de identidad de los niños y la presunción de la filiación”, se concluye que los derechos de la familia son derechos inherentes y esenciales para todas las personas, por lo cual se encuentra contenido en la legislación ecuatoriana dentro del código de familia además de estar reconocido por la autoridad. Estos derechos se encuentran velado por el estado ya que busca el desarrollo y la organización de la familia.

1.2.2. Nivel nacional

Arredondo (2017), en su tesis doctoral: “Importancia del derecho a la identidad del niño en la impugnación de paternidad”, en la presente tesis se concluye que un proceso de impugnación de paternidad se comienza cuando se halla en incertidumbre la veracidad de la paternidad del sujeto de derecho, como bien se sabe cuándo se encuentra en una unión dentro del matrimonio se supone la paternidad, no obstante, esta presunción acepta prueba en inverso en los casos de

filiación extramatrimonial. Todas las personas tienen derecho a conocer a sus padres y posteriormente llevar los apellidos de ellos, ningún niño deberá quedar desprotegido ante tal derecho fundamental como es al nombre, así se encuentra establecido y protegido dentro de nuestra carta magna y del código de Niño y Adolescente.

Chavarría (2018), en su tesis doctoral en la universidad “Cesar Vallejo” de Tarapoto: “Vulneración del derecho a la identidad por reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, presentados en RENIEC -Tarapoto; 2014-2015”, trabajo de investigación en el cual se tiene como base principal la entrevistas al personal de la oficina de la RENIEC en la ciudad de Tarapoto, en donde se ha podido estimar según el criterio de las personas que conforma esta entidad, que ante los casos previstos de la negación de reconocimiento del menor se encontraría vulnerando derechos fundamentales que son inherentes en toda persona, como el hecho de recibir nombres y apellidos.

Jara (2017), en su tesis de maestría en la Universidad “Federico Villareal” de Lima: “Filiación extramatrimonial del menor fallecido como determinación de su derecho de identidad y del principio del interés superior del menor”, la siguiente tesis se concluye que se corresponde dar la modificación del Art. 386 de la norma civil en los casos en que los hijos nacidos fuera del matrimonio o los comúnmente llamados extramatrimoniales nacidos vivos y posteriormente fallecen, el estado tienen la obligación y deber de proteger el derecho al ejercer su identidad como principio fundamental contemplado tanto en nuestra C.P.P. como en los distintos tratados internacionales.

El infante que ha nacido vivo y que posteriormente ha fallecido, a cuyos padres o herederos se les debe de otorgar todo el derecho a ofrecerles una identidad y las autoridades, (representantes del estado) tendrían la obligación de admitir todos los trámites correspondientes. De tal forma se plantea la propuesta de modificación respecto al Art. 407 del C.C., donde se permitiría esclarecer, quiénes son los indicados para ejercer el derecho a la identidad del neonato fallecido luego de haber nacido con vida.

Arce (2018), en su tesis doctrinal de la Universidad de “Santiago Antúnez de Mayolo” de Huaraz: “La legitimidad para obrar de la mujer casada en los procesos de impugnación de paternidad y su relación con el derecho de identidad”, concluye que En cuanto a la norma civil del procedimiento de impugnación de paternidad, solo se atribuye al marido con legitimidad de iniciar el procedimiento, restringiendo los orígenes biológicos de los hijos extramaritales de la mujer casada, lo que vulnera de esta forma de identidad. En cuenta a ello, el estado debe iniciar acciones regulatorias para proteger el derecho a la identidad y buscar promover el descubrimiento de la verdad biológica.

1.2.3. Nivel local

Rodríguez (2015), en su tesis doctoral de la universidad “Antenor Orrego” de Trujillo: “Protección del derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en los países de Perú, Costa Rica, Brasil y Argentina”, Se concluye que:

En los países de Perú, Costa Rica, Argentina, Brasil los procesos de impugnación de paternidad buscan proteger básicamente el derecho a la identidad biológica del menor; permitiéndole de este modo convivir y conocer a sus progenitores biológicos.

El acto jurídico que muestre una declaración formal de paternidad elaborada por el progenitor biológico del hijo nacido dentro de un matrimonio, será aquel reconocimiento de paternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio de mujer casada con padre distinto al marido.

Monje (2018), en su tesis “La filiación paterna extramatrimonial post mortem del sujeto de derecho fallecido”. De la investigación se concluyó que: desde la concepción es donde se consigue la titularidad de los derechos fundamentales, el individuo es sujeto de derecho cuando le favorece, es por ello que el hijo extramatrimonial que nace con vida pero que al final fallece sin dejar descendencia es titular del reconocimiento de filiación paterna y de derechos extrapatrimoniales.

La madre del menor fallecido puede reclamar la paternidad de la filiación extramatrimonial, puesto que esta es un derecho que se encuentra conexas con la dignidad humana, por lo que no se deberá restringir la legitimación en el caso de que fenezca el titular, puesto que este derecho subsiste aun con la muerte de la persona.

Asimismo, Ruiz (2016), en su tesis “Derecho a la identidad como objeto de protección de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. Se concluyó que la presente ley hace más ligero el tiempo de duración en el momento de realizar el trámite en los procesos de filiación presentando su trámite vía proceso especial. Este tipo de proceso de filiación restringe que el proceso se dilate con la interposición de tachas u otros actos procesales.

1.3. Abordaje Teórico

1.3.1. Capítulo I: Titularidad de Acción

1.3.1.1. Comentario del Art. 407 del Código Civil

Dentro del CCP (1984) actual, el artículo 407 contempla lo subsiguiente: “que la acción solo le corresponde al hijo. Pero, la progenitora, aunque sea menor de edad podrá ejercerla en nombre de su hijo, durante la minoría de edad. El curador y el tutor, requerirán autorización del consejo de familiar. La acción no se transmite a los herederos del hijo. No obstante, sus descendientes podrán seguir el juicio que se dejó iniciado”.

En una breve interpretación del artículo se puede observar que: El titular de la pretensión de la demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial es el hijo. Convirtiéndose así, en el único sobre el cual recaería la legitimidad para obrar en este tipo de procesos. También nos explica que la madre actuará como su representante legal, siempre y cuando el hijo sea menor de edad, mencionando también que la acción no pasa a los herederos, pero he aquí surge nuevamente la interrogante ¿Qué pasa en la situación de que el menor fallece, pero nace con vida? entonces la madre no podría accionar en

nombre de él, privando así su derecho a la acción de la madre y el derecho a la identidad del menor que falleció.

Para Azpiri (2001), prescribe que: “El hijo es el que tendrá la legitimación activa que podrá ejercer en todo momento. Sus herederos podrán seguir con la acción comenzada por él”. El Dr. Zannoni A. G (1987) nos dice “la persona que no ha sido reconocido como hijo deberá tener el derecho de que se le reclame la filiación”. A fin que la mamá pueda accionar en representación del neonato, en primer momento se requerirá que se lo vaya reconocido, porque si no la demandad será rechazada.

En el presente artículo se examina un escenario excepcional como lo es la capacidad para poder intervenir en un proceso en representación o por derecho propio lo que implica que se posea capacidad civil de ejercicio, así como la emana la norma civil en el Art. 42, lo cual establece que tendrá capacidad de ejercicio de sus derechos civiles la persona que haya cumplido 18 años, salvo lo prevenido en el Art. 43 y 44.

No obstante, en los procesos de filiación donde la madre es menor de edad, pero se le concede la capacidad procesal para intervenir como representante de su menor hijo. Esto deberá ser así, por lo mismo que el Art. 46 del C.C. modificado por la ley N° 27201 constituye que al tratarse de mayores de 14 años cesaría la incapacidad esto desde el nacimiento de su hijo para que pueda realizar la acción de reconocimiento.

Esta salida permite que la madre siendo menor de edad pueda litigar sin problema alguno como representante de su menor hijo sin tener que acudir a otra forma de representación (curador procesal). En los casos en donde el hijo sea mayor de edad y se presente algún supuesto del Art. 46 de la norma civil, cesará la representación legal, por lo que la madre ya no podrá representar dentro del proceso.

Requerir el derecho de filiación le pertenece solo al hijo, por lo que sus herederos no podrán iniciar una demanda con ese objeto. Solo podrán seguir la

demanda que se ha dejado empezada por el causante conforme lo establece el Art. 108 del CPC. Solución diferente se da cuando los herederos de los hijos matrimoniales quieren reclamar su filiación.

Coincido con Schreiber y Montero, (2001) en que expresa: "No encontramos razón suficiente como para atentar contra uno de los principios fundamentales del derecho constitucional como es el derecho a la igualdad de todos los hijos.

1.3.1.2. Derecho de la Acción Procesal

Según el doctor Godo (2009), en su libro Fundamentos de derecho procesal civil nos indica: "Que el vocablo acción resulta del latín actio y a su vez este de agere que estaba afín a la actuación mímica que debía hacer el actor para reclamar ante un tribunal un derecho que le corresponde".

El derecho de acción, es muy común en derecho procesal, pero vigente aún, Para Guillen (1990) menciona que:

La acción procesal es un derecho natural, fundamental y constitucional. Es decir, el derecho de acción procesal es inherente a todo sujeto de derecho por el solo hecho de que se mueve en una sociedad reglamentada por toda una sistematización jurídica; sin embargo existe situaciones en donde el sujeto de derecho regido por un ordenamiento jurídico no cuenta con este valioso derecho, vulnerándose en el momento de la intervención procesal civil.

El desarrollo del derecho de acción está ligado al impulso en materia constitucional, pues como podemos inferir de lo señalado en el párrafo que antecede resulta indudable que el derecho de acción procesal es un derecho humano, es reconocido con esta naturaleza por todos los sujetos de derecho que desarrollan su actividad regido por un ordenamiento jurídico.

Es por ello que el derecho de acción es innato a todo sujeto de derecho, por intermedio del cual se le requiere al estado que nos brinde la tutela

jurisdiccional (basado en el poder-deber de la jurisdicción) para poder solucionar nuestros conflictos de intereses subjetivos.

Según el doctor Guillen (1990) manifiesta que el derecho de acción viene siendo:

- Es un derecho subjetivo, natural y fundamental
- Es un derecho subjetivo pero diferente al derecho material o sustancial.
- Es un derecho netamente procesal con fines de petición en busca de una tutela jurídica efectiva por parte del estado, en el cual culmina con una sentencia dictada por el juez.
- Es un derecho que busca en solucionar conflictos de diferentes intereses por las partes procesales; por lo que se busca que el juez dirima el conflicto.
- El derecho de acción busca la prestación del acto jurisdiccional por parte del estado
- Su vehículo originario es la demanda

Partiendo desde éstas percepciones acerca de lo que es el derecho de acción en mi opinión se podría decir entonces que el derecho de la acción en nuestro ordenamiento jurídico nacional se encuentra consagrado en la Constitución Política del Perú y que para hacer uso de ella simplemente bastaría con tener un conflicto jurídico y entonces acudir al órgano jurisdiccional a efectos de hacer valer ese derecho de acción que todo sujeto de derecho lo posee solo por el hecho de registrar un problema jurídico, concluyendo entonces que es un derecho de orden procesal con fines de petición en busca de una tutela jurídica efectiva por parte del estado.

El Dr. Vescovi (2006) nos menciona en su libro Teoría general del proceso:

La acción es el poder de solicitar la tutela jurisdiccional efectiva, que radica en el poder (abstracto.) de reclamar un derecho (concreto.) ante el órgano competente. Asimismo, ese poder de reclamar establece la

obligación que tiene el magistrado de atenderlo y de dictaminar bajo sentencia lo que previamente se ha solicitado.

Dentro de la doctrina puede encontrar una posición interesante del Dr. Velloso (2008) donde menciona que:

Mediante la acción procesal toda persona puede recurrir hacia la autoridad para poder presentar su pretensión y que esta no podría ser satisfecamente directa, sino para una tercera persona, por lo que se deberá constituir esencialmente la relación que se originó con tal motivo. Es por ello que el derecho de la acción procesal proviene de una persona (actor) quien provoca la conducta de otras dos personas (demandado y juez) en tiempo normativo sucesivo.

Opinión que es compartida debido a que tal como lo expresa Alvarado Velloso, el derecho de acción se debería de entender así; es decir, que el derecho de acción es la instancia por la que toda persona puede solicitar ante la autoridad una determinada pretensión; y, no como erróneamente es interpretada en nuestro sistema jurídico nacional donde solamente pueden hacer uso de ese derecho “*derecho de acción*” solamente los sujetos de derechos que tengan legitimidad para obrar, ya que tal como lo hemos visto en diferentes concepciones anteriormente el derecho de acción es básicamente un poder – deber del sujeto de derecho (persona).

Respecto a la intención que tiene el ejercicio del derecho de acción, el Dr. Velloso (2008) en su libro de Introducción al estudio del derecho procesal, nos ilustra que la acción direccionado básicamente a que el sujeto de derecho (persona) que haga uso de él necesariamente deberá de responder a las interrogantes (quien, ante quien, por qué); y con ello asegurará que su derecho reclamado sea amparado y así obtenga la tutela jurisdiccional efectiva que buscó.

Por ello encontramos la relación (Quien-Accionante) y al magistrado que la recibe (Ante quien= Juez). Esto a su vez está relacionado Motivo= la causa

del derecho, y el *para qué= derecho de acción*, con el cual se manifiesta con el pronunciamiento del magistrado bajo sentencia.

1.3.1.2.1. Características

El derecho de acción procesal se encuentra regulado por características, según Velloso (2008) son las siguientes: público, autónomo, abstracto, subjetivo, etc. A continuación se dará la explicación de cada una de las características declaradas por la doctrina procesal:

1.3.1.2.1.1. Es abstracto.

Se dice que el derecho de acción es abstracto puesto que necesariamente se demanda la existencia de un derecho material o sustancial, basta con tener el sustento en el derecho de pedir al estado para que este nos brinde el otorgamiento de la tutela.

Razón por la cual el Dr. Vescovi (2006) señala que “el derecho de acción lo tenemos todas las persona, así no tengan o tenga razón, así se resuelva que la sentencia sea favorable o adverso, por lo cual el ilustre profesor ratifica una vez más que el derecho de acción es abstracto y no concreto”.

Para el Dr. Peryano (1995), prescribe que es el derecho a comenzar un proceso judicial y que en el culmina en un dictamen. No es un derecho como algo concreto, más bien es solo de ser escuchado en los juzgados.

Para el Dr. Gozaini (2004) manifiesta que el derecho de acccion es abstracto por la posibilidad que tiene de ser concedida bajo el ordenamiento juridico y que toda persona puede acudir al juzgado solicitando su peticion.

1.3.1.2.1.2. *Es subjetivo*

Toda persona está provista de este derecho, su ejercicio puede ser de manera directa o a través de un tercero como un representante, no obstante, al estar capacitado o no para ejercerlo, no es inconveniente para contar con él.

El doctor Echandia (1984), indica que la acción no es una facultad o poder inherente al derecho de libertad, sino que es un derecho subjetivo, por lo que, el derecho de acción le pertenece a todas las personas jurídicas y físicas que quieren recurrir al estado para que le preste la tutela jurisdiccional efectiva, cualquier sea la razón por el derecho que se aleguen, deberán ser cuestionadas y examinadas para que al finalizar se dicte la sentencia que podrá ser favorable o desfavorable al demandante.

Por lo se puede enfatizar entonces que el derecho de acción no necesariamente significa que un sujeto de derecho para hacer uso de ella (la acción) necesite siempre tener la razón o en su defecto que cuando acuda al órgano judicial obtenga sentencia favorable, como lo ha precisado la corte suprema el derecho de acción lo tienen todas las personas por el solo hecho de serlas.

1.3.1.2.1.3. *Es público*

Porque se va a pedir a que se haga valer la pretensión jurídica ante el magistrado que es el encargado de otorgar tutela jurídica.

1.3.1.2.1.4. *Es autónomo*

Es autónomo por su desprendimiento de alguna otra institución. Tiene su propia medida en cuanto a su presupuesto que lo regula. El derecho de acción es autónomo porque está separado del derecho

material o sustancial, contrastando un límite en el origen del derecho procesal científico.

1.3.2. Capítulo II: Derecho a la Identidad

1.3.2.1. Noción jurídica de sujeto de derecho

El doctor Sessarego en su libro *La noción jurídica de personas* (1968), menciona que “en la época antigua, el esclavo no era apreciado como persona, pero había situaciones en donde si se le reconocía subjetividad jurídica, cuando se le otorgaba algunas facultades sobre su patrimonio y en algunas ocasiones el matrimonio”.

Tradicionalmente muchos escritores hablaban acerca de lo que es un sujeto de derecho, entre ello tenemos a el Dr. Korzeniak (1988) donde menciona:” solo los sujetos de derechos son los únicos posibles de ser titulares de derecho y obligaciones”. Además de que toda aquella persona que es competente de poseer derecho, es un sujeto de derecho.

Según el Dr. Diritto (1990), menciona que el sujeto puede expresarse de dos formas una de (sujeto de) que viene hacer la connotación activa del sujeto actuante y la otra el (sujeto de) que viene hacer el pasivo (sujetado).

En consecuencia, no correspondería atribuir la condición jurídica de titular de derechos a situaciones que no pertenezcan a la naturaleza humana ya se colectivo o individual. Por lo cual no se indica que solamente son sujeto de derecho lo que se encuentran reconocido en el primer libro del CCP. Sino que, en efecto, la unión de hecho, así como la sociedad conyugal, son otro centro de imputación de deberes y derechos.

Para el Dr. Messinetti (1989), concibe que el sujeto de derecho viene hacer “un resumen de valores que tiene toda persona, el cual se encuentra bajo un ordenamiento jurídico”.

Para los doctores Bigliuzzi y Breccia (1992) examina que los sujetos de derecho pueden diferenciarse entre sujetos colectivos e individuales, los primeros vienen a ser las personas jurídicas y los segundos son la categoría normativa de las personas físicas.

En el primer libro del CCP, designado como derecho de las personas, conforman cuatro tipologías de sujetos de derecho distintos, los cuales son: i) el concebido; ii) las personas individuales que el CCP designa como: **(personas naturales.)**; iii) las personas colectivas, la cual el CCP prescribe como: **(personas jurídicas)**; y, iv) las organizaciones de personas no inscritas.

La situación jurídica genérica del “sujeto de derecho”, acepta dos formas concretas, tal como es: primera lo conforma por los sujetos derecho colectivos, que viene hacer las organizaciones de personas no inscritas y las personas jurídicas, y la segunda viene a ser el sujeto de derecho individual donde conformas las personas naturales y el concebido. Entonces se llega a la conclusión que toda persona natural es titular de derechos; pero no obligatoriamente todo sujeto de derecho es una persona natural.

En la conjetura de las organizaciones de personas no inscritas, la norma es subjetiva con la pluralidad de personas que la conforman. Es decir, no se produce el fenómeno de individualización formal de las personas jurídicas o colectivas, por lo tanto, siguen siendo un conjunto de personas que actúan colectivamente. Por ende, entonces la categoría jurídica de sujeto de derecho recae directamente sobre las personas que la conforman, de una manera conjunta, pero distinta de la sujetivización jurídica directa del procreado y de la persona natural, porque estas lo son de individuales.

1.3.2.2. El concebido

Según el Dr. Oyoluego (1927) nos manifiesta que el concebido: “alcanza a considerarse como una personalidad en formación”. Por lo que es una vida que se encuentra formándose dentro de la madre y aun no nace, a partir que se da la concepción, se convierte en una vida independiente e individualizada.

En cambio, para el Dr. Gullon (1982) en su libro “Sistema de derecho civil”, manifiesta que el concebido no es hombre por lo que no contaría con personalidad limitada o especial. No hay legítima equivalencia entre el nacido y el concebido, por lo que la comparación solo es arbitraria (para los efectos que sean favorables), también, que sea condicionado, siempre que nazca cumpliendo con los requisitos que el ordenamiento lo expresa.

Espinoza (2001), en su libro “Derecho de las Personas” prescribe que “el concebido, es genéticamente particularizado frente a la normativa, pese que dependa de su progenitora para subsistir, por tanto, se convierte en el núcleo de imputación de deberes y derechos conforme a ley”. Desde esta perspectiva queda claro que el ser humano es el titular de derecho antes de nacer y que dicha imputación de ser titular de derecho antes de su nacimiento no lo condiciona a que éste tenga que nacer vivo, sino que los derechos y obligaciones las adquiere antes de su nacimiento.

1.3.2.3. El concebido y el inicio de la vida humana

1.3.2.3.1. Concepto de la concepción

Para Gilbert (1988), Respecto a la concepción, es decir al momento en el cual a un concebido se le puede llamar sujeto de derecho, cuando está totalmente individualizado y sobre todo en qué momento adquiere derechos y obligaciones que le son inherentes por el solo hecho de estar concebido. Por lo general se entiende el termino concepción a la unión del ovulo con espermatozoide.

Para los biólogos, el término adecuado para esta vida es, pre embrión. Sin embargo, a raíz de esta concepción es que surge la dificultad de formalizarse si durante estas 12 primeras horas se deba individualizar la vida o es que dicha vida ya estaba individualizada desde el momento cero de la concepción.

Es importante acotar que aún no se puede distinguir el real alcance de una problemática que se encuentra en una mera cuestión de estudios.

Para el Dr. Zatti (1990), sustenta que existen dos juicios para establecer el principio de la vida humana, por un lado, el de la concepción y por el otro encontramos al de la individualización, por el primero se afirma que “la vida humana desde una perspectiva biológica esta antes de la individualización.

Y que la concepción se encuentra bajo una estructura biológica capaz de desarrollarse como hombre”.

1.3.2.3.2. Teorías que definen la Naturaleza Jurídica del Concebido

El doctor Espinoza (2001), en su libro “Derecho de las Personas” nos relata que partiendo de la premisa que, toda persona pasa por un proceso natural, en el cual conlleva con el inicio de la vida y culmina con el cese final (muerte). Es por ello que la normativa regula este contexto amparando al individuo en cuanto ser ontológico autónomo.

El término del concebido ha ido evolucionando dentro de la doctrina jurídica, ante ello ha sido tomado de diferentes formas, entre ellas tenemos:

1.3.2.3.2.1. Teoría de la personalidad

Dentro del C.C.A. en su Art. 70, indica lo siguiente: “que desde el momento que se da la concepción en el seno materno es que inicia la vida de una persona; y que antes de su alumbramiento puede conseguir ciertos derechos esenciales, como si ya hubiese nacido. Los derechos

obtenidos son irrevocables al concebido, aun así, fuera solo por el instante que estuvieron convida.

De ello se puede rescatar algunas nociones, entre estas tenemos:

- I. Que el procreado ya es persona antes de su nacimiento
- II. Que con la vida intrauterino del concebido inicia la titularidad de derechos fundamentales.
- III. Que se le considera nacido, aun así, viviera por un instante y posteriormente fallezca.

Existen teorías que mencionan que la vida inicia con la concepción y que únicamente se da la condición de persona cuando esta tiene una vida individual.

En relación a lo antes mencionado el Dr. Orgaz (1946) prescribe lo siguiente “Desde el momento que hay vida hay concepción, sin embargo es considerado humano desde el nacimiento”.

El doctor manifiesta que el estado protege a la vida y al concebido, ya que se considerará a futuro la personalidad del concebido, por el simple hecho de que se considera persona a partir de su nacimiento.

Para el autor la personalidad jurídica es la manera que el derecho atribuye a determinantes abstracto, siendo que el contenido ontológico del ser humano se representa con el individuo, y que inicia desde su nacimiento y antes de su muerte.

1.3.2.3.2.2. *Teoría de la subjetividad*

El CCP, el cual se halla intuitivo en el C.C. Argentino, armoniza su concepto y forma el termino lingüístico y técnico del “titular de derecho”, comprendido como el centro de imputación de deberes y derechos que se le puede atribuir a la persona, empleándolo a categorías jurídicas al concebido, a las personas naturales y colectiva.

En el CCP el concebido es considerado como sujeto de derecho predilecto, presentando las siguientes características:

- a) Un ser dependiente de la madre para su subsistencia
- b) Un ser genéticamente diferenciado.
- c) Cuenta con derechos extrapatrimoniales y patrimoniales, el primero no debe estar sujeto a ninguna condición.

El Artículo 1 del CCP es muy paradójico, es el mas revolucionario y completo; pero el más contrario en la forma, por las sucesivas circunstancias:

- I. En el punto inicial del Art. 1 prescribe que el individuo es sujeto de derecho desde su nacimiento alumbramiento, siendo esto respectivamente innegable, porque como es sabido y a lo largo del estudio se ha demostrado que desde antes de su nacimiento la persona humana es sujeto de derecho, es decir, el sujeto de derecho es persona desde la concepción.
- II. Únicamente se indica a los derechos patrimoniales y no a los extrapatrimoniales como es el caso claro que es materia de la presente investigación; es decir habría que preguntarse qué hay entonces de los derechos personales tales como por citar un ejemplo que hay de su derecho a la identidad es decir de llevar un nombre que lo individualice como tal.
- III. Del contenido del presente apartado se comenta que la facultad de derechos patrimoniales está sometida a una condición suspensiva, como lo es el nacimiento con vida, es decir para que los derechos patrimoniales que le asisten produzcan sus efectos, éste tiene que nacer vivo.

IV. Es indiscutible que la tradición jurídica romana forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica del concebido es autónoma si nace muerto o vivo. Lo que genera incertidumbre es porque los derechos fundamentales del concebido se encuentran limitados.

En el instante que el cigoto es fecundizado por el espermatozoide, coexiste un sujeto de derecho ante a la norma, el cual cuenta con derechos extrapatrimoniales y patrimoniales dependientes a todo cuanto le favorece, ya que el concebido es un sujeto de derecho privilegiado.

En opinión del autor y analizando las teorías estudiada, se comparte la idea de la teoría de la personalidad; debido a que, consideramos que el procreado es una persona por nacer y que como tal es titular derechos y obligaciones para todo y cuanto le favorezca; aunado a ello se puede decir que se considera concebido desde el periodo en que el cigoto es fecundado; por lo tanto, ya coexiste un sujeto de derecho ante la normativa.

1.3.2.3.3. La figura del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

1.3.2.3.3.1. Derechos del Concebido

En el Artículo 1° del CCP alude que el concebido es titular de derechos para todo lo que le favorece, entonces partiendo desde ésta línea de interpretación se diría que el concebido es titular, por autonomía, de los derechos extrapatrimoniales, entre ellos el derecho a la identidad. a la vida y otros. Por lo que estos derechos, por su naturaleza de personales, no pueden ni deben de estar sujetos a ninguna condición, como lo es la de nacer vivo.

Partiendo de esta perspectiva encontramos al Art. 409° de la norma civil en la cual establece que el derecho de acción para entablar una demanda de filiación extramatrimonial es personalísimo es decir solo puede hacer el hijo o la madre de éste, pero siempre y cuando el hijo este vivo, es decir si el hijo nacido vivo, pero murió antes de iniciar dicho proceso, entonces la madre no podría entablar dicho proceso a fin de que se le reconozca como hijo del causante y mucho menos puede heredar.

En mi opinión, se debería constituir una cláusula general, ya que sería lo más adecuado, por cuanto, y como ya ha quedado demostrado toda enumeración es insuficiente.

Por lo que en la expresión "titular de derecho para todo en cuanto le favorezca" se entiende que se le puede atribuir tanto como derecho extrapatrimoniales y patrimoniales en razón al concebido; sin embargo, que cuando el concebido quiera hacer uso de ellos muchas veces es denegado por el estado.

1.3.2.3.3.2. *Deberes del Concebido*

Para el doctor Castex (1974) sustenta que el concebido es sujeto de obligaciones cuando se da en las siguientes formas:

- ✓ Si por la razón de una buena administración, es preciso alquilar o vender cierto bien del concebido, el será sujeto, tanto de obligaciones y derecho a través de su representante.
- ✓ En situación de la carga de un bien del procreado, este además puede ser sujeto pasivo de obligación.

Dentro de nuestra normativa el concebido a través de su representante puede contraer tanto derechos como obligaciones, en todo caso cuando surja la intención de adquirir derecho, estará condicionado de que el procreado nazca con vida.

1.3.2.3.3.3. *La Representación del Concebido*

En nuestro código civil la representación del concebido se muestran diferentes características:

- I. *Cuando el concebido cuenta con madre y padre, sus representantes legales serian sus padres.*
- II. *Cuando el concebido no cuenta con procreador, o a este se la ha suspendido la patria potestad, su representante seria la progenitora.*
- III. *Siguiendo en el caso anterior, si el concebido pese de tener madre, esta también se encontrará suspendida de la patrita potestad, su representante será designado por el juez y será un curador..*

En el supuesto de que el concebido muriera o naciera muerto, no se le otorga ningún derecho hereditario. Entonces nos preguntarnos donde queda la concepción “para todo en cuento le favorezca” acaso el reconocimiento de sus derechos patrimoniales no le favorecen.

1.3.2.3.4. El concebido frente a la constitución y al código civil

El concepto del concebido se encuentra normado en la carta magna en su Art. 2 y en la Norma civil se encuentra estipulado en su Art.1.

No se debería concebir que existe una contradicción entre la CPP y la Norma Civil. Sin embargo, se tiene que el C.C. constituye que, la capacidad

de derechos patrimoniales en favor del procreado está sometida a que éste nazca con vida. Mientras que la constitución le otorga derechos fundamentales incluso cuando es aún concebido es decir es un dependiente aún de la madre, tal es el caso del derecho a la vida.

1.3.2.3.4.1. *La Normativa Integral del Concebido en el Código Civil*

El doctor Castex (1974) menciona lo siguiente: El procreado es un sujeto de derecho predilecto, puesto que la concepción “para todo lo que le favorezca” la dota de ser privilegiado.

Entonces al no favorecer que se niegue la filiación matrimonial del presunto padre, el concebido no es considerado como sujeto de derecho, por lo esté condicionado a que nazca vivo, momento en el cual recién puede iniciarse la contestación de la demanda de paternidad por parte del sujeto demandado (presunto padre).

El Dr. Chávez (1985) menciona que el Art. 405 del C.C prescribe que se puede realizar la demanda declaración judicial de filiación extramatrimonial desde antes que naciera el menor, por lo que se le acepta como titular de derecho en la “escenario favorable” del reconocimiento y la de la declaración de filiación extramatrimonial y no ante el “escenario no favorable” que sería de la contestación de paternidad.

Es importante hacer mención que la calidad de “neonato” se obtiene a partir del momento de la concepción, empero el estatus jurídico de la filiación extramatrimonial o matrimonial se adquiere a partir del nacimiento. Entonces desde éste punto de vista, se apunta a un sujeto de derecho merecedor de tutela y cuidado por parte del estado es desde su concepción y no desde su nacimiento. En efecto, cuando este cuerpo normativo menciona

“niño”, no hace alusión a nuevo sujeto de derecho, sino que se trata del concebido el cual cumple derechos y deberes.

1.3.2.3.5. La persona humana

1.3.2.3.5.1. Etimología

Según el Dr. Eugène (2006) prescribe:

“La palabra persona proviene del latín ‘personare’, estas se descomponen en 2 partes ‘per’, y ‘sonare’, que significa cosa de resuena. ‘Personare’ era una máscara que traían los actores en el teatro romano al momento de realizar un papel”.

La persona humana en un conjunto de características sociales, biológicas, psicológicas y espirituales, y ello, porque es un ser irrepitible e único, que posee valores y principios como: la libertad, la autonomía, la dignidad, etc.

1.3.2.3.5.2. Teorías de concepto de persona

El Dr. Sessarego en su libro la noción jurídica de personas (1968) menciona que existen muchas bases teóricas que especifican la naturaleza jurídica de los individuos, por lo cual lo clasifica de la siguiente forma:

1.3.2.3.5.2.1. Teoría formalista

En esta posición se agrupa los que sostienen que el término “persona” es de una condición jurídica, que se le puede atribuir al hombre, según sea el orden normativo.

1.3.2.3.5.2.2. Teoría ecléctica

Esta teoría también se le conoce como bidimensional, por cuando se admite que el reconocimiento del ordenamiento jurídico y la naturaleza del hombre se complementan, y no forman una realidad distinta

Para el doctor Gullon (1982) menciona que: “El ordenamiento jurídico reconoce al hombre por su naturaleza racional y no por la atribución de la personalidad del hombre. De otra forma, subyugar la situación de la persona a la de sujeto de obligaciones y derecho es menguar, es dejar de lado la normativa nacional”.

1.3.2.3.5.3. Concepto jurídico de la persona individual

El doctor Savigny menciona que el hombre es individual y completo, es persona para el derecho, la categoría jurídica de persona individual se imputa únicamente al ser humano. Cada persona se le atribuye deberes y derechos, y estas se pueden obtener por sí mismo, o por medio de un representante.

Para el profesor Laneri (1986) indica que la noción jurídica de persona no se puede delimitar por su capacidad de ser el eje de deberes y derechos, por lo que establece que toda persona se encuentra protegido por un ordenamiento jurídico y que este protege el ejercicio de sus deberes y derecho, tanto extramatrimoniales como patrimoniales, en función a la capacidad legal que se establezca en el ordenamiento jurídico.

1.3.2.3.5.4. El inicio de la persona individual

El primer párrafo del Artículo. 1 del CC. Manifiesta: “un individuo es un sujeto legal desde su nacimiento”, por lo que es inexacto el término “persona”, se cree considerar más un término legal que ontológico. Al enunciar la palabra ser humano, se está determinando a la vida humana que es sujeto de derecho desde antes de su alumbramiento. Para el doctor Correa (1992) el termino más conveniente debió ser "un individuo es sujeto de derechos desde su nacimiento", y su posición debería ser posterior al orden normativo previsto de los sujetos de derechos designados.

En el C.C.E. (1889) en su Libro de personas, en el Inc. 30 prescribe lo siguiente: “Para todo efecto civil únicamente se considerará nacido el feto que adquiriera figura humana y que vaya estado vivo por 24 horas”. De esta manera se toma en cuenta la teoría de viabilidad.

El profesor Brutau (1979) precisa la viabilidad como la “capacidad para continuar existiendo” Además, diferencia la viabilidad impropia de la propia, alegando que la primera se refiere a los defectos de consecuencia mortal que puede tener el feto y el segundo a la madurez del feto.

1.3.2.3.5.5. *La importancia de la inscripción en el Registro de Estado Civil*

Inscribir en el registro sirve para certificar la coexistencia de la persona individual. No es seguro que no exista sujeto legal sin registro previo. Las personas inscritas o no inscritas en el registro tienen la misma presencia en la normativa nacional. La vida humana es una especie de derecho y valor, no debe estar dominada por ninguna condición, solo basta con su coexistencia para su defensa.

Consecuentemente, la inscripción del nacimiento en la RENIEC es para poder acreditar el nacimiento, no para iniciar su coexistencia. La inscripción en el registro no es ad solominationm, sino ad probationem,

porque se exponen hechos existentes, pero no para la categoría jurídica del sujeto.

1.3.2.3.5.6. *Los derechos del sujeto de derecho*

1.3.2.3.5.6.1. *Derecho al nombre*

1.3.2.3.5.6.1.1. *Definición del término nombre*

Para Unte (1980), a la persona al colocarle un nombre lo estas individualizando dentro de la sociedad. El nombre es la nominación que nos distingue entre los demás, ya que se logra individualizarlo como persona dentro de la sociedad en donde se encuentra.

Para el doctor Abelenda (1980), menciona que: “Cada persona es un eje de imputaciones de deberes y derechos ya que se encuentran forma adentro de una sociedad jurídica organizada, es por ello que es necesario que se le asigne un nombre personal, para poder identificarlo”

El nombre es una necesidad elemental de identificación y, en este sentido, le enseña al ilustre Vampre (1935) "Cuando pronunciamos o escuchamos un nombre, transmitimos o recibimos un conjunto de sonidos, que despiertan nuestro

espíritu, y el de los demás, la idea de la persona indicada, con su físico, moral, jurídico, económico, etc. Por lo tanto, está permitido afirmar que es el nombre más simple y general forma más práctica de identificación”.

Coincido con el Dr. Sessarego (2016), cuando asevera que “El hecho que todos los individuos seamos semejantes, no quiere decir que perdamos nuestra propia identidad. El ser humano es persona, estructural, comunitario y simultaneo”.

El maestro sanmarquino, coincidiendo sustenta que el derecho a la identidad se divide en dos expresiones: primero en la identidad dinámica que viene hacer la constitución del patrimonio espiritual, cultural, religioso, político y de cualquier índole de cada persona; segundo es una identidad estática que está constituido por el nombre, filiación y entre otros distintos datos inherentes que tiene el individuo para identificarse como tal.

1.3.2.3.5.6.1.2. Tratamiento del derecho al nombre en el Código Civil Peruano

Para el doctor Anzorena (1961), menciona que en un primer momento el derecho al nombre era regulado, por la jurisprudencia o por la costumbre; y es que recientemente cuando se finalizaba el siglo XIX se comenzó a tratar en el nivel legislativo, dentro de las normas rumana y alemana, siendo las primeras normas que se preocuparon por esta institución.

La norma civil se consolida al estándar que acepta que el nombre es un deber y un derecho. Donde cabe hacer una precisión teórica acerca de esta contexto jurídico por lo que no podrían ser deber y derecho a la misma vez. No cabe que en el

mismo momento se encuentre dos situaciones tanto la activa (ventaja) y la pasiva (desventaja).

En la última parte del artículo 19 de la norma menciona que el nombre al ser expresado debe estar compuesto por el nombre y apellidos.

La norma civil menciona que el apellido se da:

1. En el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio, estos llevarán los apellidos de la madre y del padre.

2. En el caso de los hijos adoptados, estos llevarán los apellidos de los adoptantes o del adoptante.

3. En el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se dará de la siguiente forma:

a) cuando es registrado por los padres, el menor llevará los apellidos de cada uno.

b) cuando se vaya declarado por vía judicial como hijo extramatrimonial, también portará ambos apellidos tanto del padre como de la madre.

1.3.2.3.5.6.2. Derecho a la identidad

Para el Dr. Acosta (2006) menciona que “la identidad es, la capacidad y la necesidad que tiene todo individuo de hallar lazos, culturales, y también grupos humanos (sociedad), la familia, la nación en general.

Dentro de los tratados que el Perú se encuentra suscrito, tenemos que:

El P.I.D.P.C. de 1966 en su Art. 16 prescribe que: *“Todo individuo tiene derecho a formar parte del reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Así mismo en su Art. 24 Inc. 2: *“Todo niño deberá ser inscrito desde su nacimiento y deberá contar con un nombre”*.

La C.D.N. en su Art. 7 prescribe lo siguiente: *“El niño deberá ser registrado desde el momento en que nace por lo que tiene derecho a un nombre, apellido, nacionalidad y también de conocer y ser cuidado por sus progenitores”*. En el Art. 8 prescribe que *“El estado debe respetar los derechos que todo niño tiene, es por ello que deber resguardar su derecho a la identidad, nombre, nacionalidad y sus relaciones familiares”*.

Así mismo en nuestra CPP en su Art. 2 Inc. 1 reconoce el derecho a la identidad que toda persona debe tener.

El derecho a la identidad es un derecho básico de rango nacional e internacional que todo ser humano tiene y lo adquiere desde el momento que nace, adquiriendo más derechos como el derecho a un nombre, a sus apellidos y a sus padres y esto para que desde pequeño forma parte de su identidad, así la persona viva unas horas y después fallece merece que se le reconozca como persona, ya que fue un ser vivo que vino a la tierra y se le debe reconocer estos derechos básicos, así lo establece dentro de la jurisprudencia nacional.

1.3.2.3.5.6.3. El rol del juez en el respeto de los derechos de las personas

El rol que cumple el Juez ante el respeto de los derechos de las personas es el papel más importante; ya que de él depende que se le reconozca o no un derecho a una persona; para ello se debe de analizar la labor del juez no desde una perspectiva de un juez que aplica lo literalmente prescrito en las leyes sino desde el punto de vista de un juez que analiza el caso y aplica normas y leyes supletoriamente para cada caso en especial.

Asimismo, se debe de precisar que el juez debe de aplicar no solamente lo que se encuentra regulado en las leyes; sino básicamente debería de aplicar lo establecido jurisprudencialmente; ya que como se tiene y a largo del estudio se ha comprobado que el derecho no es estático, sino que está en constantes cambios, por lo que; lo que se encuentra regulado en las leyes no es suficiente para resolver los conflictos suscitados socialmente.

Los magistrados lo que deberían hacer es tener más en cuenta las jurisprudencias y las eficiencias sociales producidas por las normas, y evitar la ilusión de que las funciones sociales que deben cumplirse se realizan cambiando las normas (ya sea de forma o de fondo). Es por ello que los magistrados deben tener más contacto con la doctrina y estar obligados de estar siempre actualizados en materias jurisprudenciales y legislativas.

1.3.3. Capítulo II: Bases Teóricas

1.3.3.1. Legitimidad para obrar

1.3.3.1.1. Concepto

Para el profesor Galvez (1992) prescribe que la legitimidad para obrar es la correlación que tienen los individuos que intervienen en la relación jurídica sustantiva y la relación jurídica procesal. Este concepto restringido de legitimidad para obrar busca constituir un juicio de identidad, que sea adecuado entre los individuos de la correlación procesal con los con los partícipes de la relación material. Aunque dicho concepto responde al contenido de la legitimación originaria, llamada también normal, no cubre totalmente los alcances de la legitimación extraordinaria.

Para la Dra. Tomey señala que el juez debe examinar primeramente la calidad de “parte” de los litigantes y luego la legitimación. Define a la legitimación activa como la que determina a quien le corresponde el poder de obrar y la pasiva indica contra quien se ejerce ese poder.

Las condiciones necesarias para conseguir una resolución favorable son normalmente la preexistencia de una voluntad de la ley que garantice a una parte un bien obligando al emplazado a una prestación, es decir la calidad o sea la identidad del involucrado como la persona beneficiada por el ordenamiento jurídico y del emplazado como la persona obligada.

Para el Dr. Rubio (2003) que analizando la legitimación en la LEC 1/2000 precisa que es estimada como una institución de carácter procesal se emana como un presupuesto procesal, sin embargo, aún en nuestro derecho se estimado la legitimación como un simple presupuesto de la sentencia de fondo, no obstante la legitimación es un presupuesto procesal.

Respecto de su control agrega que el juez a quo debe examinar de oficio la coexistencia o no de la legitimación pasiva o legitimación activa, no obstante, ello no impugna para que la parte emplazada también pueda alegarla, completando de esta manera el examen de oficio llevado a cabo por el magistrado, de igual manera como ocurre con todos los presupuestos procesales.

La legitimidad para obrar es la que le dota al sujeto de derecho la posibilidad de invocar la titularidad de un derecho dentro de un proceso judicial, y que éste lo reclama frente al estado (poder judicial) el cual tiene que brindarle la tutela jurisdiccional efectiva.

1.3.3.1.2. Clasificación de la legitimidad para obrar

1.3.3.1.2.1. Legitimidad para obrar ordinaria

Son varias las fuentes de donde se proviene la legitimidad para obrar. Para Ramos (2001), la legitimidad para obrar puede obtener su génesis en la relación jurídica sustantiva o material antes del proceso, esto quiere decir que la relación jurídica material que es ofrecida en el proceso se convierte en relación jurídica, de tal forma solo se obtendrá la legitimidad pasiva por el demandado y legitimidad activa por el demandante, quienes aparezcan integrando la relación jurídica previa al proceso, verbigracia una prueba de ADN, acta de nacimiento (como relación jurídica material previa al proceso).

La legitimación originaria, su origen se encuentra en la “relación jurídica”, de la cual se origina el proceso, es decir de la relación sustancial que entablaron los sujetos del proceso. Es aquí donde sin observación se puede hacer uso de la definición de legitimación, que

informa sobre la correspondencia e identidad entre los sujetos de la relación sustancial con los que integran la relación procesal, pues en la legitimación ordinaria esta identidad debe ser exacta.

La legitimación para obrar ordinaria (la relación jurídica procesal subjetivamente) está conformada por los sujetos que conformaron las relaciones jurídica material previo al proceso, con excepción del juez que es el elemento subjetivo que se incorpora.

1.3.3.1.2.2. *Legitimidad para obrar derivada*

La legitimidad para obrar Ordinaria puede ser derivada cuando la titularidad del derecho fue transmitida por acto mortis causa o intervivos.

Según el Dr. Reyes (2009) esta figura se explica por la traslación de titularidad de la calidad de sujeto del derecho o sujeto del deber de la relación material, o de ambos a otro sujeto de derecho, de tal manera que en la relación procesal no deben aparecer necesariamente los sujetos originarios de la relación material, sino más bien aquellos que fueron beneficiarios de la traslación de la titularidad del derecho.

Para Liaño (2002) menciona que:

No se presenta con exactitud una relación entre lo procesal y material, como si se da en la legitimación ordinaria o común, debido a que algunos o todos los sujetos originarios de la relación que pueden haber cambiado, por algún hecho jurídico (la muerte por ejemplo) o por acto jurídico (la cesión de posición contractual) y existen otros en su reemplazo o simplemente se extinguió (prestaciones personalísimas), por lo tanto la correspondencia de los sujetos procederá verificarla al momento en que se genera la relación procesal, no antes ni

después, los que formaron parte de ella en aquella oportunidad estarán legitimados y podrán participar en el proceso.

Mi opinión acerca de la legitimación derivada, es que la legitimidad para obrar de un sujeto a otro no se trata de una transmisión, lo que sucede es como la legitimación se basa en las relaciones materiales, si esta varía, lo mismo ocurriría con la legitimación.

1.3.3.2. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

1.3.3.2.1. Concepto

El profesor Chang (2002) prescribe que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquel derecho que les corresponde a todos los individuos, con él se puede ir hacia el órgano jurisdiccional para hacer valer sus propios intereses, con sujeción a que sea atendido a través de una causa que le brinde las garantías imperceptibles para su segura ejecución. El denominador de “efectiva” que se le agrega le da una indicación de realidad llenándola de contenido.

El doctor Pérez (1984) prescribe que la tutela es el derecho a ser tratado con equidad cuando alguien hace un reclamo contra otros, reclamos que serán aceptados por el juzgado, mediante un procedimiento con garantías imperceptibles.

Para Bernardis (1985) precisa que es la expresión constitucional de un conjunto de instituciones originadas en los procedimientos, y su intención

reside en cautelar el acceso libre que todas las personas tienen para hacer prevalecer su prestación jurisdiccional en función del estado, mediante un debido proceso que tenga los elementos precisos para poder hacer viable la creación de situaciones jurídicas o del derecho comprendido en la normativa, culmina con la última resolución en la cual se encuentra ajustado los contenidos de derecho y de justicia.

Sin embargo, no basta con reconocer explícitamente un derecho en la constitución, porque el amparo efectivo de los derechos básicos radica en su protección procesal.

El artículo I del T.P del C.P.C. prescribe: “Toda persona tiene derecho a obtener defensa judicial efectiva para defender o ejercer sus propios intereses o derechos, sujeto al debido proceso”.

Por tanto, garantizar la tutela judicial es un deber del estado, que no se limita a los aspectos materiales y fundamentales, sino también a los procesales, es decir, a resolver los reclamos planteados.

El doctor Martel Chang (2002) menciona que el derecho a la debida tutela alcanza:

Acceso a la justicia: Que se tenga posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional, ya sea como parte demandado o demandante, con la intención de que se busque un interés legítimo.

Sentencia de fondo: Los jueces deberán hacer el pronunciamiento sobre el “fondo” del asunto solicitado que se deberá resolver bajo un dictamen, con notabilidad jurídica, sin embargo, en el caso de que el fondo no cuente con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, se dictara una resolución fundada en derecho.

Derechos procesales con garantías imperceptibles: se debe proteger el derecho al debido proceso.

Doble instancia: durante el procedimiento las partes podrán apelar la sentencia que se considere contraria a la ley, para que el juez ad hoc realice una revisión detallada, de ser así, se dictará una nueva sentencia que es aplicable a la decisión final del magistrado.

Ejecución: es el derecho a obtener y solicitar la ejecución efectiva material de la sentencia decisiva, ya que resulta escaso la declaración que la pretensión es infundada o fundada (aun cuando se sustente en consistentes fundamentos doctrinarios).

Es por ello que el Dr. Perez (1984) ha destacado que la tutela tiene un impacto en tres períodos diferentes: el primero es el acceso a la justicia, el segundo es que una vez en ella, sea posible la defensa para poder obtener una solución en un plazo determinado, y el tercero es que una vez pronunciada la sentencia, se dará la vigencia de la sentencia y la plena certeza del debido proceso.

1.3.3.2.2. La Tutela Judicial Efectiva como un derecho constitucional

La tutela judicial efectiva se le identificaba como derecho a la jurisdicción y objetivamente se le conocía como derecho de poder de la acción. En la actualidad se le conoce como un derecho constitucional.

El doctor Germán Bidart menciona que utiliza de mejor forma el término jurisdicción: “No porque antes dejáramos de asignarle a esté el contenido extenso que se tiene sobre el acceso a la justicia hasta la última sentencia, sino porque se aclara mejor la forma que debemos atribuir a la acción, a su duración, a su jurisdicción, al proceso en todas sus etapas y a la decisión que le pone fin”.

La CPP consagra la “tutela jurisdiccional” en su Art. 139 Inc. 3, prescribe lo siguiente:

“No se puede desviar la jurisdicción establecida por ley, ni aceptar un procedimiento diferente al procedimiento previamente determinado, o una

comisión especial, creada al efecto ni por órganos jurisdiccionales de excepción, cualquiera sea su denominación.”

El Dr. Perez (1984), prescribe que “El derecho a la tutela judicial efectiva no forma parte del estado de derecho. La organización del poder público garantiza la justicia ya que viene siendo impuesta a todo estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer”.

El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en el P.I.D.C.P, deberá encontrarse plenamente en la constitución de cada Estado. Es un derecho como los demás derechos que existen, el hombre deberá contar con este derecho para que se le permita formar parte de un proceso y así producir la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas.

1.3.4. Capítulo IV: La Filiación Extramatrimonial en la regulación peruana

1.3.4.1. La filiación como elemento jurídico

La expresión filiación deriva del vocablo latín filatio-omis, cuyo significado es hijo, ya que, desde la perspectiva etimológica, se enfatiza la posición del hijo en correlación con sus padres.

La afiliación es un derecho reconocido a los hijos nacidos o no por matrimonio, incluidos los hijos adoptivos, todos con los mismos derechos. La filiación natural es la relación entre el niño y las personas que lo generaron. Los padres pueden reconocer al niño, juntos o por separado antes o después del nacimiento e incluso después de la muerte si dejan descendientes. El reconocimiento del estado de afiliación constituye un derecho muy indisponible e indispensable, que se puede ejercer contra los padres y sus herederos sin ninguna restricción.

Según la RAE (2001) define la palabra filiación es “la procedencia de los hijos respecto a los padres”. De tal modo, se estima la relación (paterno-filial), reservando las designaciones paternidad y maternidad para indicar a la calidad de padre o madre.

Para Ripert (1948), “la filiación consigue definirse como la correlación que consta entre dos personas”. La filiación se puede representar por la descendencia en línea directa, pero en su forma jurídica es señalado más restringida, equivalente a la correlación inmediata de los padres con los hijos, la cual deriva una sucesión de obligaciones y derechos.

1.3.4.1.1. La determinación de la filiación

Para el Dr. Berdejo (1982) la determinación de la filiación tiene por naturaleza el reconocimiento de un nexo o vínculo biológico que existe entre los padres e hijos. Cuando este vínculo biológico puede estimarse acreditado, la maternidad o paternidad quedan jurídicamente definitivos.

Se establece que la determinación de la maternidad y paternidad se da por la potestad que tiene la norma ante las relaciones jurídicas respecto de los padres con el progenitor. Conforme a nuestra normal civil, nos menciona que la maternidad se establece con el parto (Art. 409), en cambio la paternidad puede establecer por el reconocimiento legal que es cuando se declara por sentencia, así lo establece en el artículo 387 (la filiación es extramatrimonial) o (Art. 361) por presunciones legales si la filiación es matrimonial.

Según el Dr. Berdejo (1982) menciona que la ley no equipara absolutamente ambas filiaciones si de su determinación se trata, pues el único modo que podría concebirse una tal equiparación exigiría "sustituir la presunción de paternidad del marido de la madre por el reconocimiento, por parte del mismo, de cada uno de los hijos que alumbrase su mujer".

1.3.4.1.2. Los modos de determinación y prueba de la filiación

La determinación de la relación padre-hijo puede ser judicial, voluntaria y legal. Cuando se establece en base a ciertos supuestos sobre sus propios hechos, es legal. Por lo cual el artículo 361 del C.C. dispone que los hijos nacidos dentro del matrimonio o de los 300 días posteriores al matrimonio, tendrán como padre al esposo. Cuando la decisión proviene del reconocimiento explícito de la eficiencia del niño, es voluntaria. Posteriormente, la decisión resultante del veredicto de la sentencia que declara la maternidad o paternidad sobre el no reconocido, es judicial.

En relación a la prueba de paternidad y maternidad se comprobarían la relación padre-hijo, a través del acta de matrimonio y el certificado de nacimiento del hijo, u otros documentos públicos que acepten implícita o explícitamente la relación padre-hijo o expresa la paternidad matrimonial, o por sentencia firme donde se desestime la demanda de impugnación de la paternidad matrimonial.

Por otro lado, la acreditación del reconocimiento del menor se da por el registro del nacimiento, escritura pública, sentencia dictaminada en un proceso de filiación o testamento, esto aplicable en los casos de filiación extramatrimonial.

Cabe recalcar que la prueba de parentesco tiene un impacto como la regulación referente a la naturaleza del título de estado de familia. Empero,

los conceptos utilizados para demostrar el título y la decisión de afiliación no son los mismos.

En los casos de la filiación matrimonial se puede constituir con la inscripción del neonato, con la inscripción del matrimonio, además se acredita y se prueba como título de estado, mediante la presunción de paternidad del esposo, según el presunto periodo de gestación, comparadas con las fechas que corroboran aquellos asientos (fecha del matrimonio y fecha de nacimiento); en algunos casos se acredita y se prueba con los mismos documentos, también se establece también por el reconocimiento tácito o expreso del esposo, además se puede reconocer por resolución judicial o por que se origina del título y prueba de la filiación matrimonial.

Según el D.S. N° 015- 98-PCM en su Art. 22 nos menciona acerca de la inscripción del nacimiento, responde a la necesidad de constituir apropiadamente la publicidad del inicio de la coexistencia y a la vez la inscripción del nacimiento de esta, que da como producto el nexo jurídico terminante por la procreación.

Para el maestro Gustavino (1994) menciona que "la publicidad del estado civil no tiene impulso constitutivo, de modo que la adquisición del estado o la consecuencia de las alteraciones no depende de la observancia de las normas que atribuyen la publicidad".

1.3.4.2. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

1.3.4.2.1. Determinación de la filiación extramatrimonial

El Art. 386 del C.C. prescribe: "los hijos concebido y nacidos fuera del matrimonio son hijos extramatrimoniales". Así como el matrimonio está constituido por la coexistencia de los cónyuges y la misma naturaleza de este, la paternidad será declarada por el padre directamente constituida por la admisión del hijo.

Existe una mayor dificultad e importancia el reconocimiento paterno que el materno, por lo mismo que el materno se puede demostrar con el hecho del parto y determinar su identidad del menor.

1.3.4.2.2. El reconocimiento de la filiación extramatrimonial

1.3.4.2.2.1. Concepto del reconocimiento

Para Zannoni (1987) el reconocimiento se presenta como: “un acto legislativo que se instala en el estado materno o paterno filial externamente del matrimonio; debiéndole diferenciar entre el presupuesto apto para la constitución del emplazamiento de aquel que por sí solo es constitutivo del emplazamiento.

1.3.4.2.2.2. El reconocimiento constitutivo del emplazamiento:

Se trata de un acto jurídico de familia, sujetando a una aseveración de maternidad o paternidad respecto a un determinado sujeto, emplaza a ésta por la identidad del menor, y sucesivamente, confirma la maternidad y paternidad del menor.

La explicación del precedente trata sobre el reconocimiento que se otorga título de estado en un modo formal y sustancial, por tanto, en honor de ese reconocimiento, se completa el estado (paterno-filial) con los caracteres particulares que le son propios.

El doctor Zannoni (1996), precisa que tal reconocimiento se deberá realizar ante el Registro Civil en situación de inscribir al recién nacido, o con posterioridad, cuando se reconozca la maternidad o paternidad del menor cuyo nacimiento ya fue inscrito. Y, por ello, es únicamente este reconocimiento el que involucra el acto jurídico que constituye la relación jurídica familiar.

1.3.4.2.2.3. *El reconocimiento como presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento:*

Se concibe mediante una expresión voluntaria no constitutiva de título de estado, por lo que alguien atribuye la maternidad o paternidad del nacido que permita requerir de la RENIEC la constitución del título de estado.

Dentro de nuestra legislación se consideran solo títulos de estado: el certificado de inscripciones presentadas ante la RENIEC, por lo que son instrumentos públicos y que justifiquen fehaciente de manera confiable los hechos descritos. Asimismo, es título de estado, la sentencia de filiación y mediante la cual se forma un emplazamiento familiar oponible. En este caso el registro de sentencias en la RENIEC, cumple una función importante que es la de publicidad del título en su aspecto formal, porque una vez dictada la sentencia, se constituirá en cosa juzgada.

1.3.4.2.3. Caracteres del reconocimiento

El reconocimiento es un acto jurídico familiar adscrito a instaurar la relación jurídica de filiación, para Placido (2003) los caracteres de reconocimiento son:

a) Unilateral

El reconocimiento unilateral se da con la simple voluntad del reconociente, sin ser obligatorio la aprobación del reconocido. Para el Dr. Zannoni G. B. (1996) menciona: “se queda en la declaración de

quien dice ser la madre o el padre del menor hijo sin que se solicite la concurrencia de otra voluntad para optimizar el reconocimiento".

Se puede emitir en una sola declaración (reconocimiento conjunto) o se puede emitir en un acto independiente (por acto separado) o en actos consecutivos (primero la madre y luego el padre o en viceversa).

b) Declarativo y no constitutivo del estado de familia

El hijo extramatrimonial tiene el carácter de tal desde que fue concebido, y no desde que fue reconocido. Esto simboliza el reconocimiento de su efecto retroactivo desde la concepción. Sin embargo, por su naturaleza no puede afectar la situación irreversible, en algunos aspectos solo tendrá impacto desde el momento que es formulado; por lo tanto, en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad por parte de los padres.

c) Es irrevocable

El Art 395 del C.C prescribe que "el reconocimiento es irrevocable". Para el Dr. Zannoni (1996) menciona: "quien lo ejerce por su voluntad no puede luego dejarlo sin efecto, sin perjuicio de las acciones de la invalidez y de la impugnación". Es por eso que una vez determinado el emplazamiento filial, solo una sentencia puede privarle del mismo.

El reconocimiento es un acto irrevocable, independientemente de la manera de autorización legal. Este es el caso del reconocimiento contenido en el testamento, que es esencialmente revocable. La revocación de un testamento aunque no contenga otras disposiciones no

alcanza el reconocimiento contenido en el mismo documento, el cual existe. Hay dos actos jurídicos autónomos de diferente naturaleza: uno es revocable y el otro es irrevocable. Por la misma razón, debemos tener en cuenta que cuando el reconocimiento se haga en un acto distinto al testamento, el reconocimiento será irrevocable, y el propio testamento también es revocable; es como otorgar a un hijo mencionado explícitamente en un contrato público.

1.3.4.2.4. Sujeto pasivo del reconocimiento

Se puede obtener el reconocimiento del hijo concebido, al hijo muerto. Los supuestos son:

a) Reconocimiento del hijo concebido

Asimismo se consigue dar el reconocimiento del hijo por nacer desde la concepción, por tanto es titular de derecho para todo le favorezca. A razón del 2do párrafo del Art. 392 del C.C. prescribe que la individualidad: *"no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido"*. En conclusión, el que expresa ser el padre del concebido está acreditado para inscribir su reconocimiento a su hijo.

Una vez que nazca el hijo y se tenga el certificado esté vivo, que establece la prueba del parto y de la identidad del nacido con la madre, el padre podrá individualizar a su hijo y confirmar formalmente el reconocimiento constitutivo de emplazamiento es decir, inscribir el nacimiento en la RENIEC, si es necesario, el reconocimiento expreso de la progenitora, o la inscripción del nacimiento.

b) Reconocimiento del hijo muerto

Determinar si se puede identificar al fallecido es más difícil, porque en este caso, el reconocimiento puede envolver una maniobra destinada a heredarla si no tiene otros herederos de mejor grado.

El Art. 394 del C. C. establece que “se puede reconocer al hijo que ha muerto dejando descendientes”, el reconocimiento después de la muerte se reconoce siempre que sea propicio para los descendientes del fallecido.

Recuerde, este reconocimiento requiere que el fallecido deje descendencia, sin ser forzoso que concurra el consentimiento de éstos. La que constituye el reconocimiento, y no el acto formal posterior, que solo lo ratifica. En esta última parte limita justamente la finalidad del reconocimiento, como institución encaminada al beneficio del reconocido, pues su propósito será regularizar una situación de hecho y no otro que el de adquirir la herencia del hijo que quería reconocer.

1.4. Formulación del problema

¿Cómo proteger el derecho de acción frente a los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida?

1.5. Justificación e importancia del estudio

En este trabajo se analizó la titularidad de la acción que tiene la madre y como este se encuentra limitado para accionar en nombre del neonato fallecido. Esta inquietud nace a raíz de la sentencia del tribunal constitucional N° 4305-2012-APURIMAC y por otras jurisprudencias en donde los magistrados aplican el Art. 407 del C.C. en los casos de filiación extramatrimonial de los sujetos de derecho

fallecido, tras su nacimiento con vida vulnerando el derecho a la identidad del menor.

En los últimos años la carga procesal ha incrementado, específicamente en los Juzgados de Familia debido a que es ahí donde se desarrolla los procesos de filiación extramatrimonial, teniendo a los jueces como responsables inmersos ante el desarrollo de estos casos; siendo que, lo que se quiere al entablar un proceso de esta naturaleza es que se proteja y se custodie el interés del menor. Para ello en la presente investigación se propondrá la modificación del artículo 407 de la norma civil para que de esta forma la madre ya no encuentre limitado su derecho de acción y pueda accionar en nombre del menor que nace con vida pero que después fallece, así prevalecería el derecho del menor a través del principio denominado “interés superior del niño y adolescente”, el mismo que se encuentra normado en el Art. IX del título preliminar del C.D.A.

1.6. Hipótesis

Con la modificatoria del artículo 407 se protegería el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo general

Elaborar una propuesta para la modificatoria del Artículo 407 del código civil para proteger el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.

1.7.2. Objetivo específicos

Para lograr el objetivo general expresado en el numeral anterior se deberá conseguir los siguientes propósitos específicos.

- a) Describir el estado actual del derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.
- b) Identificar los factores influyentes en el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.
- c) Diseñar modificatoria del Artículo 407 del código civil para proteger el derecho a la identidad los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.

1.8. Limitaciones

Durante el proceso de mi trabajo de investigación, tuve que enfrentar algunas limitaciones, una de ellas ha sido el tiempo, por lo que solo conté con 8 meses para elaborar el trabajo, las cuales estuvieron interrumpidas por mis horarios de mis practicas pre profesionales; también el factor bibliográfico fue una limitación, por lo que ha sido dificultoso hallar trabajos de investigación de alto grado académico para que sea considerado como base científica dentro de mi trabajo.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1 Tipo de estudio y diseño de investigación

2.1.1 Tipo de investigación

El tipo de investigación es mixto, es decir; cualitativo y cuantitativo. Desde de punto de vista cualitativo se ha considerado alguna situación de hecho o evento, en este caso es de una sentencia del tribunal constitucional donde se vulnera del derecho a la acción y a resultado de ello se vulnera el derecho a la identidad del menor que nace con vida pero que después al día siguiente fallece. Y asimismo es cuantitativo porque se aplicará la encuesta y a través de la estadística se podrá aclarar algunos puntos controvertidos suscitados en la encuesta.

Por su naturaleza es (Descriptivo/Explicativo), lo que se desea es centrarse en las tendencias, características y contextos de la titularidad de la acción materna a efectos de reconocer el derecho a la identidad. Lo que se quiere es exponer las dos variables respectivas en base de los argumentos jurídicos específicos dentro del caso de filiación extramatrimonial.

2.1.2 Diseño de investigación

El diseño de la investigación es no experimental, pues lo que se busca no es alterar ni modificar las variables, sino de observar el fenómeno tal como se da en el contexto natural (en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida), para posteriormente analizarlos.

2.2 Población y Muestra

2.2.1 Población

Según el Dr. Tomas (2009) prescribe: “la población es el conjunto de individuos que se necesita para poder realizar una investigación”. P. 21.

La población que se ha estimado se encuentra dirigido a los abogados colegiados especializados en familia de la jurisdicción de Lambayeque y también al personal Juzgado de familia de Luis Gonzales, siendo la población considerada de 50 personas.

2.2.2 Muestra

En este trabajo de investigación se utilizó la muestra no probabilística, según el doctor Sampieri (2014) menciona que:

En el muestreo no probabilístico no se emplea una fórmula para dar con la probabilidad, va depender básicamente de la decisión que ha tomado el investigador sobre la cantidad de personas que ha encuestado, es por ello que la muestra que se ha realizado es de 21 abogados especializados en familia que se encuentra dentro de la jurisdicción de Lambayeque y 29 abogados de los juzgados especializados de familia, lo cual da la suma de 50 personas que serán encuestadas.

2.3 Variables y operacionalización

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
<p>V. Independiente</p> <p>LA TITULARIDAD DE LA ACCION MATERNA</p>	<p>Quien no ha sido reconocido como hijo tiene a su alcance la acción de reclamación de filiación El que es titular de la pretensión de declaración judicial es el hijo, pero en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida será la madre. (Zannoni,1996).</p>	<p>Sujetos de intervención</p> <p>Titularidad por parte de la madre</p>	<p>La madre del menor fallecido</p> <p>El supuesto padre al que se le exige el reconocimiento del menor</p> <p>Legitimidad para obrar</p> <p>Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva</p>	Encuesta
<p>V. Dependiente</p> <p>DERECHO A LA IDENTIDAD</p>	<p>La identidad es el conjunto de características y atribuciones que admite individualizar al individuo en la sociedad, es todo aquel que hace que sea unido y diferente. (Sessarego, 2016).</p>	<p>El concebido</p> <p>Filiación extramatrimonial</p>	<p>Es sujeto de derecho para todo y cuanto le favorece. Comienza con la vida humana y es desde ese entonces que se le protege los derechos fundamentales.</p> <p>El esclarecimiento de una filiación extramatrimonial implica la determinación de la identidad al menor.</p>	

2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

2.4.1 La técnica de encuesta:

La encuesta es la técnica de investigación idónea para dar respuesta a los problemas presentados en relación a las variables, sus objetivos específicos, hipótesis y de la información sistemática recogida en el presente trabajo de investigación.

Es un conjunto de formulación de interrogantes apuntadas a una población determinada con el fin de conocer opiniones y acontecimientos definidos. El instrumento manejado es el cuestionario.

2.4.2 El análisis documental

Es un conjunto de ordenamientos intelectuales que busca representar y describir los documentos de una manera sistemática, unificada, para que así se pueda proporcionar la información. El instrumento que se utilizó: El análisis de contenido.

2.4.3 El fichaje

Es la técnica de gabinete que consiste en determinar la información extraída de libros, revistas y de artículos jurídicos. Su instrumento es la ficha. Entre ello tenemos:

- i. **Registro:** Consintió en apuntar los datos generales de los libros, revistas y artículos jurídico. Lo use para complementar con las referencias electrónicas y bibliográficas.
- ii. **Resumen:** Esta ficha lo utilice para sintetizar la información de los contenidos teóricos sacado de libros, articulo jurídico, tesis que sirvieron para mi marco teórico dentro de mi proyecto de investigación
- iii. **Textuales:** Transcripción literal de su contenido original consignado de aspectos precisos e importantes de las investigaciones extraída de distintos autores como libro, jurisprudencia, norma, etc.

- iv. **Comentario:** Es el aporte personal del investigador, ósea son mis ideas personales que han sido extraído de la experiencia previa y de la lectura sacado de libros, revistas jurídicas, etc. También se usó para la interpretación de los resultados, cuadros estadísticos y comentarios en la realidad problemática, antecedentes y marco teórico.

2.5 Procedimiento de análisis de datos

Los datos recogidos serán resumidos, organizados y analizados a través de los gráficos estadísticos, siendo esto los diagramas circulares y de barra, de este modo, se podrá exponer los resultados culminados de una manera más metódica para su aprendizaje.

2.6 Criterios éticos

2.6.1 El consentimiento informado

Según el investigador Christians (2000) menciona que el uso del consentimiento informado se revela con la ética kantiana en donde las personas corresponden ser tratados como un fin en sí mismo y no como medio para obtener algo. La persona que se dedica a recabar información debe ser conocedor de deberes y derechos. (P.26).

2.6.2 La confidencialidad

Para Gerrish (2008) prescribe que el código de ética hace hincapié al amparo y a la garantía de la identidad de los individuos que participan como informadores dentro de la investigación. La confidencialidad se refiere a la privacidad de la información que es recogida por el investigador durante el proceso de estudio y al anonimato de la identidad de las personas que participan en el estudio.

2.6.3 Manejo de riesgos

Según Galeano (2009) nos menciona que el investigador deberá cumplir con las obligaciones y responsabilidades que se tiene por el resultado obtenido. Además, es importante informar a las personas encuestadas que la presente investigación no generará ningún daño o perjuicio profesional, institucional o personal por la información adquirida. Por lo que debe quedar claro para el investigador que los hallazgos presentados en el trabajo de investigación no deberán ser usados con otros fines diferentes a lo que originalmente se inició.

2.7 Criterios de rigor científicos

En la investigación que antecede se recabaron distintos juicios de rigor científicos, por lo cual fueron obtenidos por la investigadora Ana Lucía Noreña (2012), los cuales son:

2.7.1 Credibilidad mediante el valor de la verdad y autenticidad

Es un requerimiento primordial ya que consiste en demostrar las experiencias que sean obtenidos por los especialistas. Se refiere a la inmediación de los resultados que se han obtenido en relación con la titularidad de acción materna y posteriormente el reconocimiento del derecho a la identidad del menor que fallece tras su nacimiento con vida.

2.7.2 Transferibilidad y aplicabilidad

Se transferirá los resultados de la investigación teniendo en cuenta las variables estudiadas que están vinculadas a la problemática del tema y estarán intrínsecamente vinculadas a la situación del contexto y al momento que los efectivos policiales y los trabajadores judiciales participen en la investigación. La forma de conseguir este criterio es a través de una aplicación de la descripción de la característica de la información obtenida dentro del trabajo de investigación y de los sujetos que participaron.

2.7.3 Objetividad y neutralidad

Para alcanzar la objetividad se necesita que la herramienta de recolección de datos se manifieste en los objetivos generales y específicos, para ello se tendrá que transcribir el resultado de las encuestadas que se realizaron previamente a los efectivos policiales y al personal judicial de los juzgados de familia, y complementariamente se deberá poner la información obtenida en el presente trabajo respetando las citas de las fuentes.

2.7.4 Relevancia

Es donde se admite evaluar el resultado de los objetivos específicos y generales que se han planteado dentro del trabajo de investigación y posteriormente dará cuenta si finalmente se consiguió un mejor conocimiento del tema que se trató durante toda la investigación o hubo alguna repercusión efectiva en el contenido estudiado.

III. RESULTADOS

3.1 Tablas y Figuras

1.- ¿Cree usted que la actual legislación resulta suficiente para resolver los casos de filiación extramatrimonial post mortem?

Descripción	Fi	Porcentaje
TD	25	50.00
D	5	10.00
NO	0	0.00
A	10	20.00
TA	10	20.00
TOTAL	50	100.00

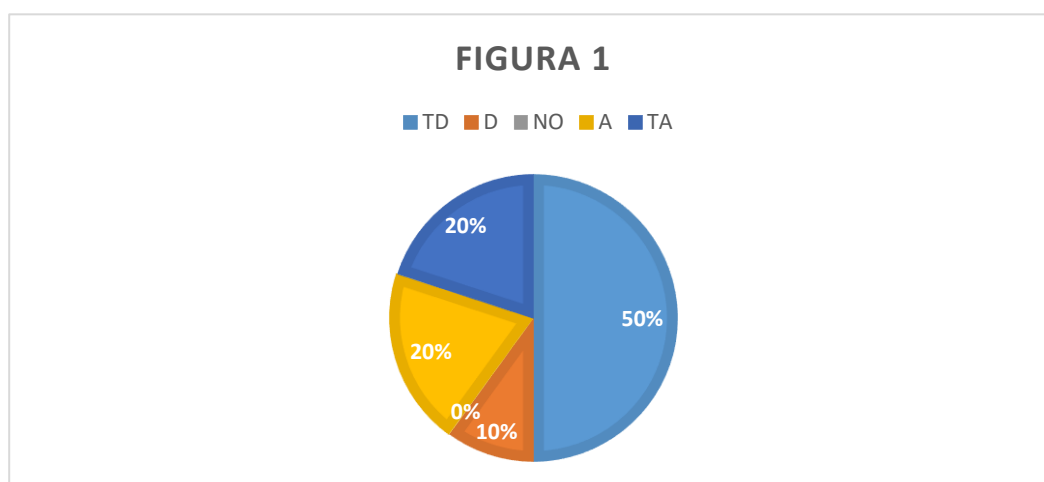


FIGURA 1: ¿Cree usted que la actual legislación resulta suficiente para resolver los casos de filiación extramatrimonial post mortem?

Interpretación:

De acuerdo a los datos logrados, sobre si se cree la actual legislación resulta suficiente para resolver los casos de filiación extramatrimonial post mortem, un 50.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 10,00% están de desacuerdo, un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo, un 20.00% de acuerdo y un 20.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo.

2.- ¿Cree usted que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial afecta el derecho a la identidad de este, puesto que no fue reconocido por el supuesto padre cuando estuvo vivo?

Descripción	Fi	Porcentaje
TD	3	6.00
D	12	24.00
NO	0	0.00
A	15	30.00
TA	20	40.00
TOTAL	50	100.00

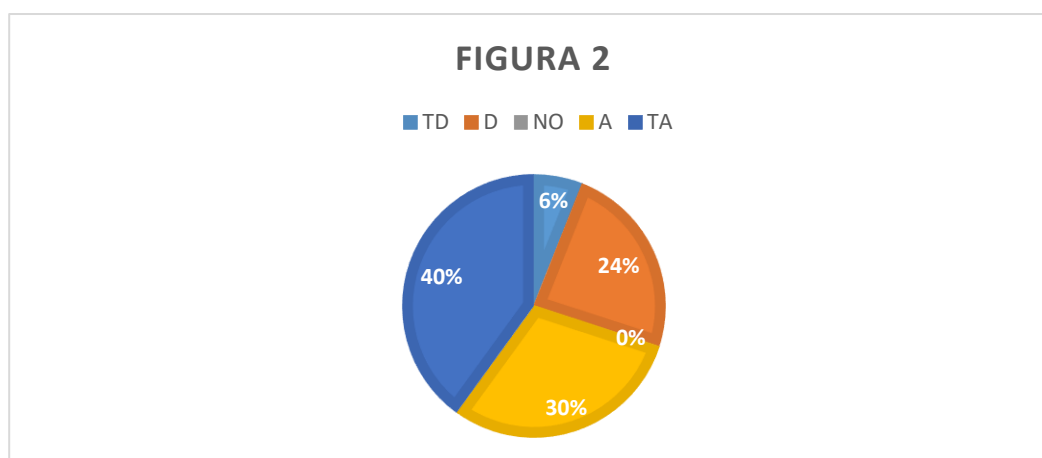


FIGURA 2: ¿Cree usted que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial afecta el derecho a la identidad de este, puesto que no fue reconocido por el supuesto padre cuando estuvo vivo?

Interpretación:

Según los datos obtenidos, sobre si se cree que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial afecta el derecho a la identidad de este, puesto que no fue reconocido por el supuesto padre cuando estuvo vivo, un 40.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 30.00% de acuerdo, un 6.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 24,00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

3.- ¿Cree usted que es posible que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial, afecte los derechos de la familia (esposa y otros hijos) del presunto

Descripción	Fi	Porcentaje
TD	10	20.00
D	7	14.00
NO	0	0.00
A	15	30.00
TA	18	36.00
TOTAL	50	100.00

padre?

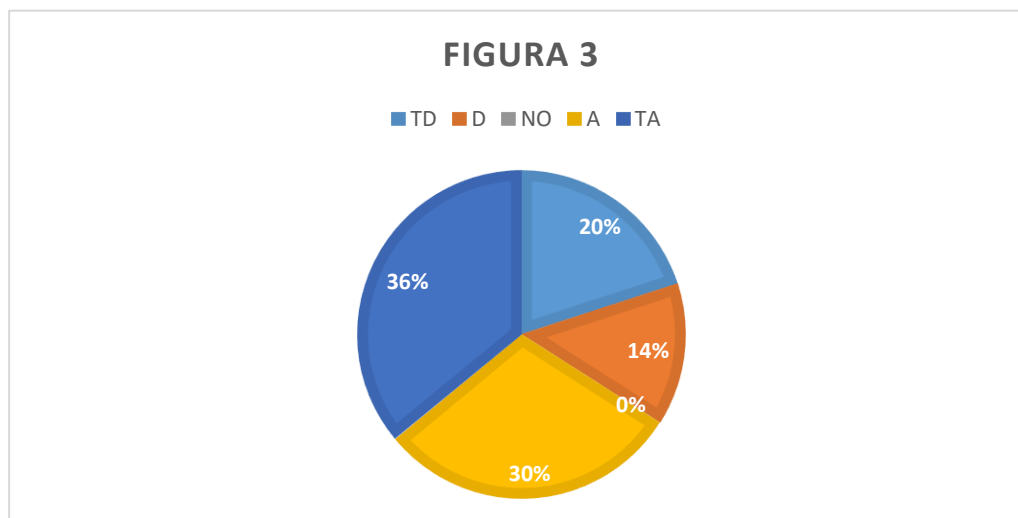


FIGURA 3: ¿Cree usted que es posible que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial, afecte los derechos de la familia (esposa y otros hijos) del presunto padre?

Interpretación:

Conforme a los datos alcanzados, sobre si se cree que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial, afecte los derechos de la familia del presunto padre,

un 30.00% de acuerdo y un 36.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 20.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 14,00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo

Descripción	Fi	Porcentaje
TD	5	10.00
D	7	14.00
NO	0	0.00
A	18	36.00
TA	20	40.00
TOTAL	50	100.00

¿Cree usted que el artículo 407 del código civil limita el accionar de la madre en el momento de que quiera impugnar el reconocimiento extramatrimonial del sujeto del derecho fallecido tras su nacimiento con vida?

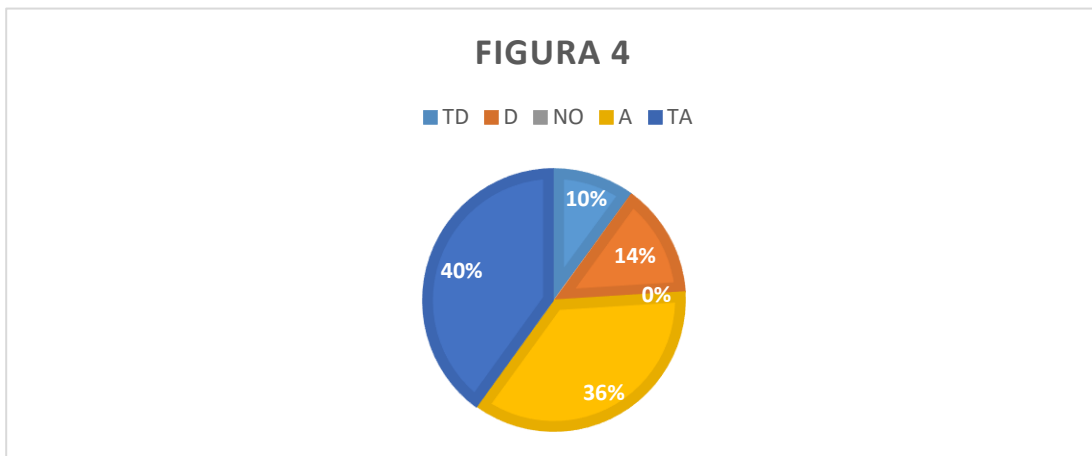


FIGURA 4: ¿Cree usted que el artículo 407 del código civil limita el accionar de la madre en el momento de que quiera impugnar el reconocimiento extramatrimonial del sujeto del derecho fallecido tras su nacimiento con vida?

Interpretación:

En relación a los datos adquiridos, sobre si se cree que el Art. 407 de la norma civil limita el accionar de la madre en el momento de que quiera impugnar el

Descripción	Fi	Porcentaje
TD	7	14.00
D	3	6.00
NO	0	0.00
A	12	24.00
TA	28	56.00
TOTAL	50	100.00

tramatrimonial del sujeto del derecho fallecido tras su nacimiento con vida, un 36.00% de acuerdo y un 40.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, 10.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 14,00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

5.- ¿Cree usted que la filiación extramatrimonial de un menor fallecido es determinante para el ejercicio de su derecho de identidad post mortem?

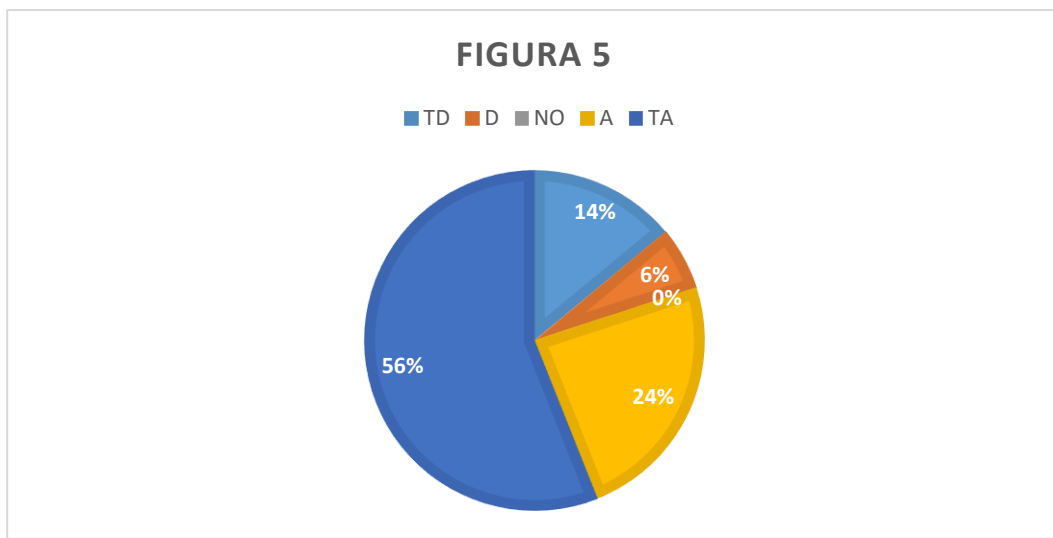


FIGURA 5: ¿Cree usted que la filiación extramatrimonial de un menor fallecido es determinante para el ejercicio de su derecho de identidad post mortem?			
I n t e r	D	12	24.00
	NO	0	0.00
	A	3	6.00
	TA	7	14.00
	TOTAL	50	100.00

pretación:

En concordancia con los datos recibidos, si se cree que la filiación extramatrimonial de un menor fallecido es determinante para el ejercicio de su derecho de identidad post mortem, un 56.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 24.00% de acuerdo, un 14.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 6,00% están de desacuerdo y un 00.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

6.- ¿Cree usted que en la legislación actual se ampara al menor fallecido en cuanto a su filiación extramatrimonial para determinar su derecho de identidad post mortem?

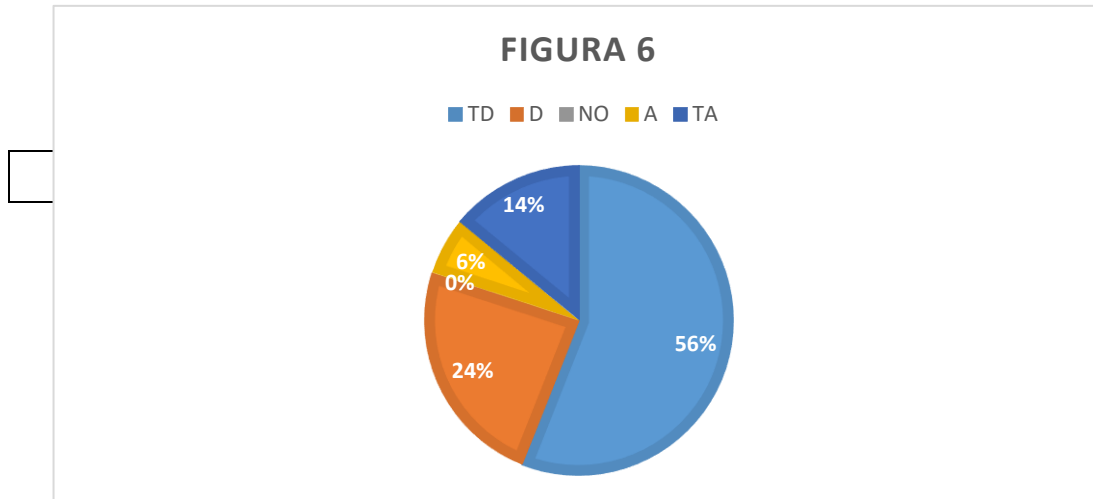


FIGURA 6: ¿Cree usted que en la legislación actual se ampara al menor fallecido en cuanto a su filiación extramatrimonial para determinar su derecho de identidad post mortem?

Interpretacion:

De acuerdo a los datos obtenidos, si se cree que en la legislación actual se ampara al menor fallecido en cuanto a su filiación extramatrimonial para determinar su derecho de identidad post mortem, un 56.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 24,00% están de desacuerdo, un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo, un 6.00% de acuerdo y un 14.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo.

7. ¿Cree usted que los padres tienen derecho de ejercer la filiación extramatrimonial post mortem?

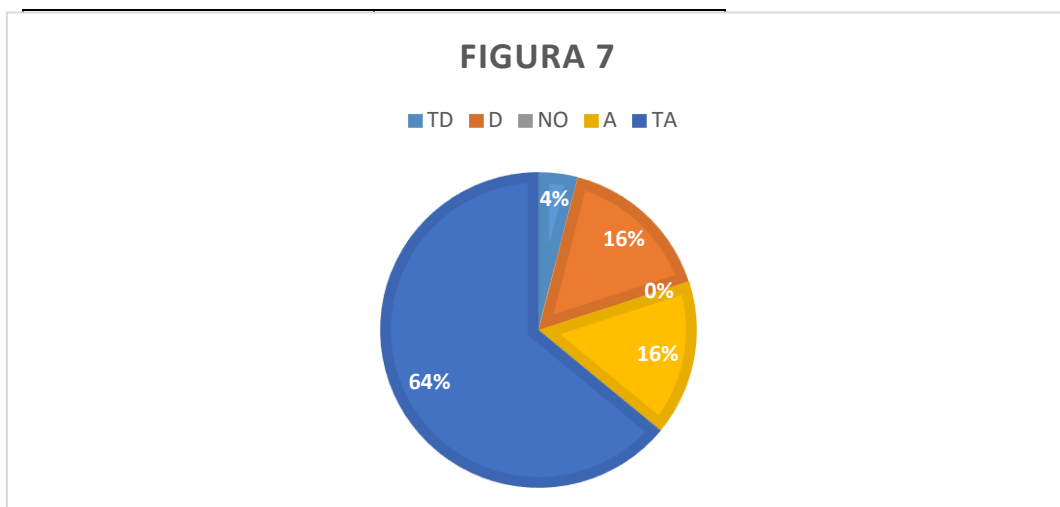


FIGURA 7: ¿Cree usted que los padres tienen derecho de ejercer la filiación extramatrimonial de su menor hijo fallecido como determinación de su derecho de identidad post mortem?

Interpretación:

De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si se cree que los padres tienen derecho de ejercer la filiación extramatrimonial de su menor hijo fallecido como determinación de su derecho de identidad post mortem, un 64.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 16.00% de acuerdo, un 4.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 16,00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

8.- ¿Cree usted que los padres tienen el deber de darle una identidad pos mortem a su hijo fallecido a los pocos días de haber nacido?

Descripción	Fi	Porcentaje
TD	2	4.00

D	8	16.00
NO	0	0.00
A	8	16.00
TA	32	64.00
TOTAL	50	100.00

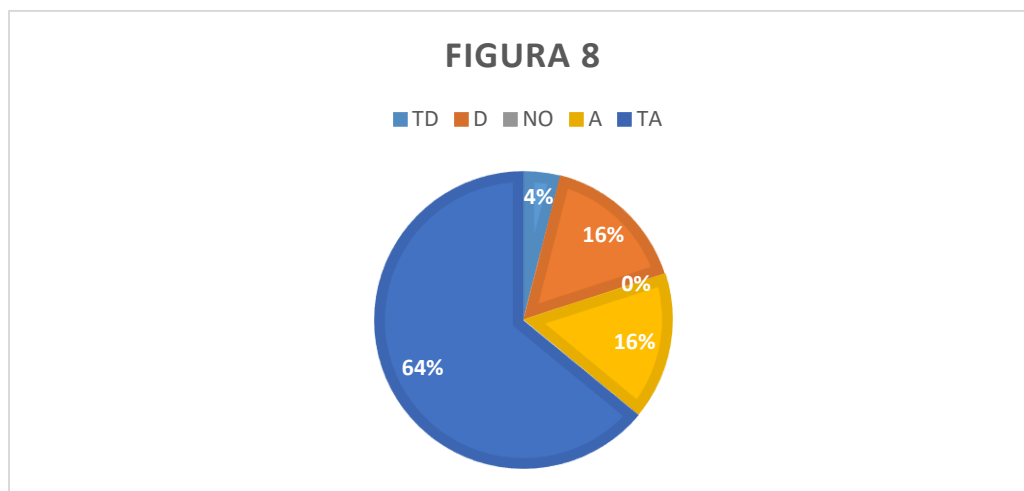


FIGURA 9: ¿Cree usted que los padres tienen el deber de darle una identidad pos mortem a su hijo fallecido a los pocos días de haber nacido?

Interpretación:

Ante los datos recabados, sobre si se cree que los padres tienen el deber de darle una identidad pos mortem a su hijo fallecido a los pocos días de haber nacido, un 64.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 16.00% de acuerdo, un 4.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 16.00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

9.- ¿Cree usted que el menor a pesar de haber nacido vivo y haber dejado de existir a las pocas horas se le debe respetar su derecho de identidad al amparo y en cumplimiento del principio superior del niño?

Descripción	Fi	Porcentaje
TD	5	10.00

D	6	12.00
NO	0	0.00
A	9	18.00
TA	30	60.00
TOTAL	50	100.00

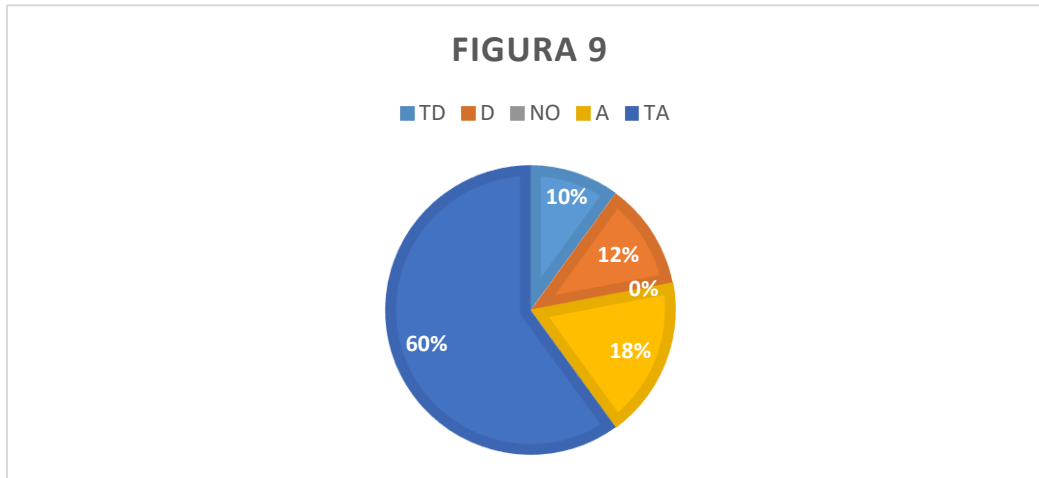


FIGURA 10: ¿Cree usted que el menor a pesar de haber nacido vivo y haber dejado de existir a las pocas horas se le debe respetar su derecho de identidad al amparo y en cumplimiento del principio superior del niño?

Interpretación:

En conformidad con los datos conseguidos, sobre si se cree que el menor a pesar de haber nacido vivo y haber dejado de existir a las pocas horas se le debe respetar su derecho de identidad al amparo y en cumplimiento del principio superior del niño, un 60.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 18.00% de acuerdo, un 10.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 12,00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

10.- ¿Considera usted correcto que los padres entierren a su hijo como N.N por haber fallecido a las pocas horas de nacido?

Descripción	Fi	Porcentaje
TDD	30	60.00
D	9	18.00
NO	0	0.00
A	6	12.00
TA	5	10.00
TOTAL	50	100.00

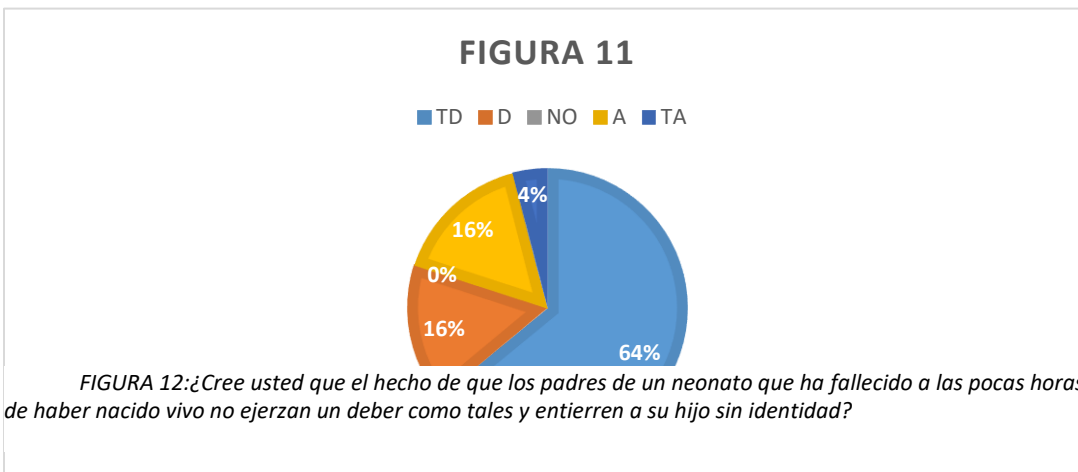
FIGURA 10: ¿Considera usted correcto que los padres entierren a su hijo como N.N por haber fallecido a las pocas horas de nacido?

Interpretación:

Acorde con los datos recabados, si se cree correcto que los padres entierren a su hijo como N.N por haber fallecido a las pocas horas de nacido, un 60.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 18.00% están de desacuerdo, un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo, un 12.00% de acuerdo y un 10.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo.

11.- ¿Cree usted que el hecho de que los padres de un neonato que ha fallecido a las pocas horas de haber nacido vivo no ejerzan un deber como tales y entierren a su hijo sin identidad?

D	8	16.00
NO	0	0.00
A	8	16.00
Descripción	Fi	Porcentaje
TA	2	4.00
TOTAL	30	100.00



Interpretación:

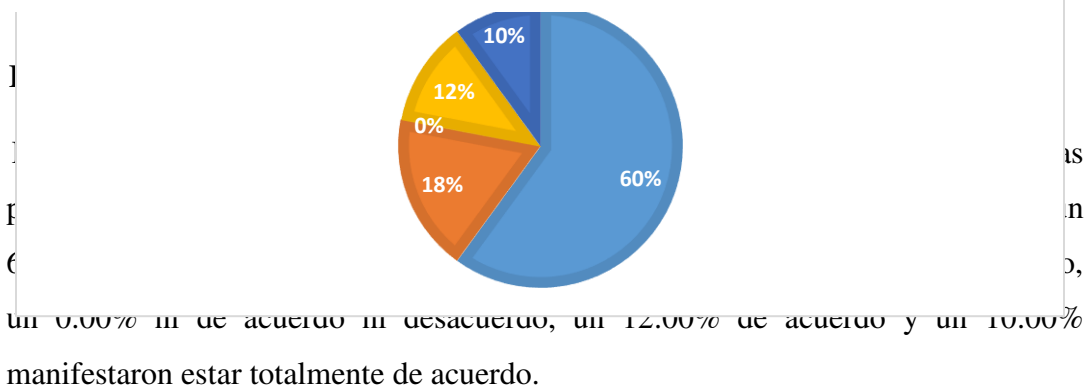
Conforme los datos alcanzados, sobre si se cree que el hecho de que los padres de un neonato que ha fallecido a las pocas horas de haber nacido vivo no ejerzan un deber como tales y entierren a su hijo sin identidad, un 64.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 16.00% están de desacuerdo, un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo, un 16.00% de acuerdo y un 4.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo.

12.- ¿Comparte la idea de que un neonato fallecido a las pocas horas de haber nacido carezca de una identidad en su lecho de muerte?

D	9	18.00
NO	0	0.00
A	6	12.00
Descripción	5 Fi	10.00
TOTAL	50	100.00

FIGURA 12

FIGURA 13: ¿Comparte la idea de que un neonato fallecido a las pocas horas de haber nacido carezca de una identidad en su lecho de muerte?



13.- ¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?

TD	6	12.00
D	7	14.00
NO	0	0.00

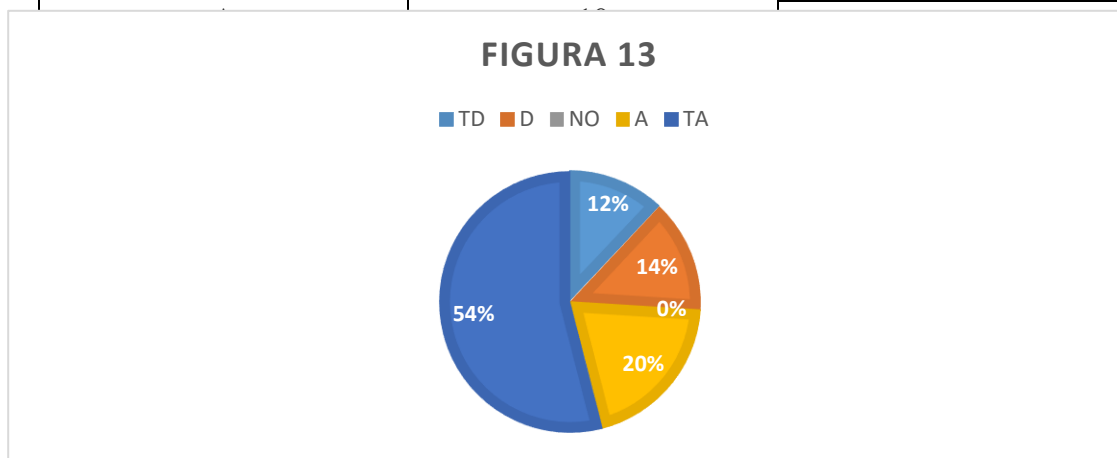


FIGURA 14: ¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?

Interpretación:

Acorde a los datos extraídos, sobre si se cree que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial se ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son, un 54.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 20.00% de acuerdo, un 12.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 14.00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo

14.- ¿Considera usted que el derecho que tiene toda persona a su identidad mediante nuestra carta magna se protege adecuadamente al menor que ha nacido de manera extramatrimonial?

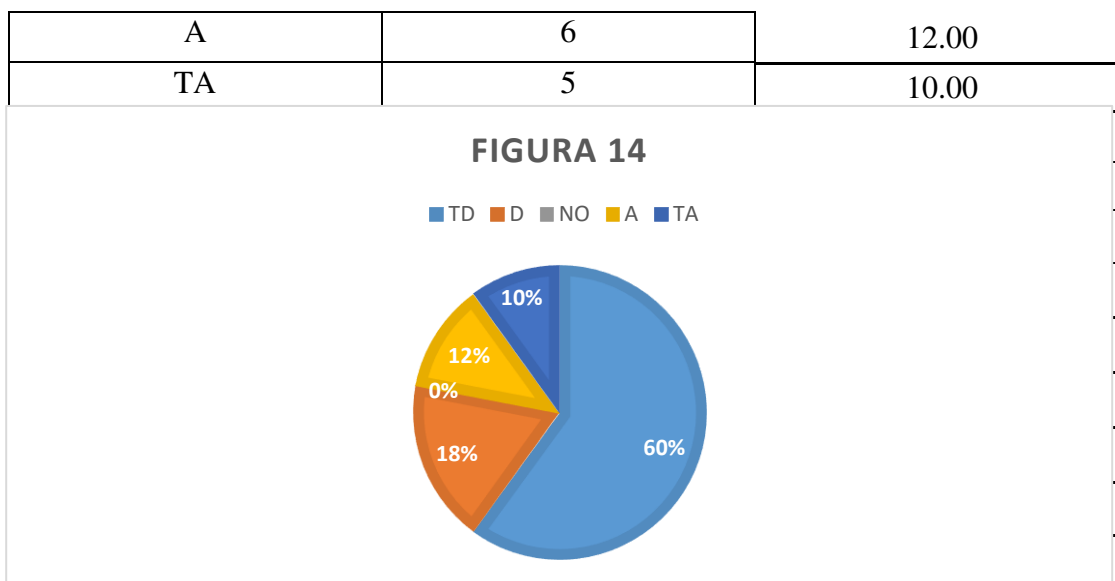
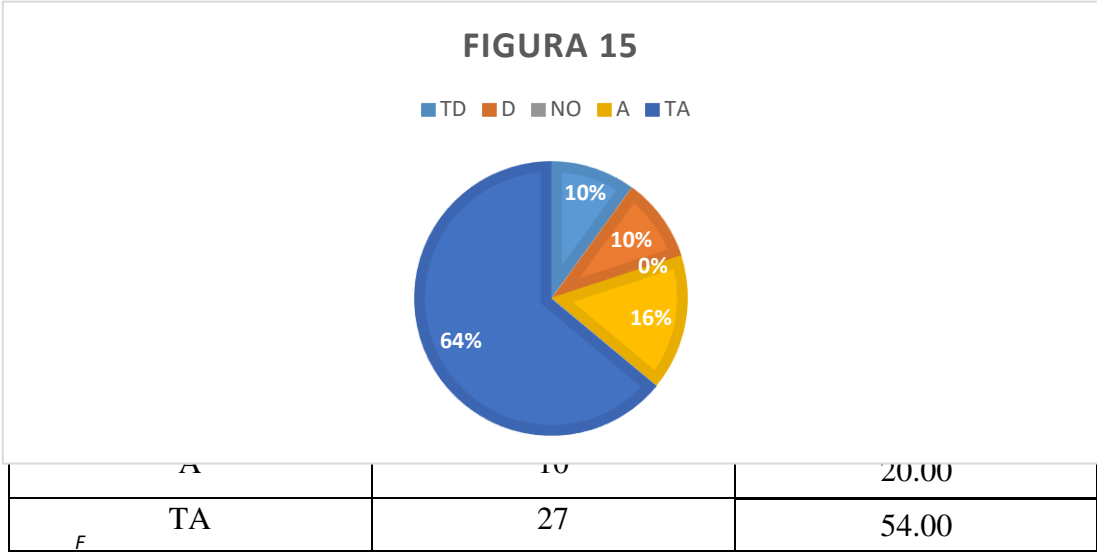


FIGURA 14: ¿Considera usted que el derecho que tiene toda persona a su identidad mediante nuestra carta magna se protege adecuadamente al menor que ha nacido de manera extramatrimonial?

Interpretación:

De acuerdo a los datos obtenidos, si se cree que el derecho que tiene toda persona a su identidad mediante la C.P.P.se protege apropiadamente al menor que ha nacido de forma extramatrimonial, un 60.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 18.00% están de desacuerdo, un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo, un 12.00% de acuerdo y un 10.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo.

15.- ¿Considera usted que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que amparan a los hijos nacidos en condición matrimonial como extramatrimonial?



I
G
U

RA 15: ¿Considera usted que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que amparan a los hijos nacidos en condición matrimonial como extramatrimonial?

Interpretación:

En conformidad a los datos recabados, sobre si se considera que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que amparan a los hijos nacidos en condición matrimonial como extramatrimonial, un 60.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 18.00% de acuerdo, un 10.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 12,00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

16.- ¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial se ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?

TOTAL	50	100.00
-------	----	--------

Descripción	Fi	Porcentaje
-------------	----	------------

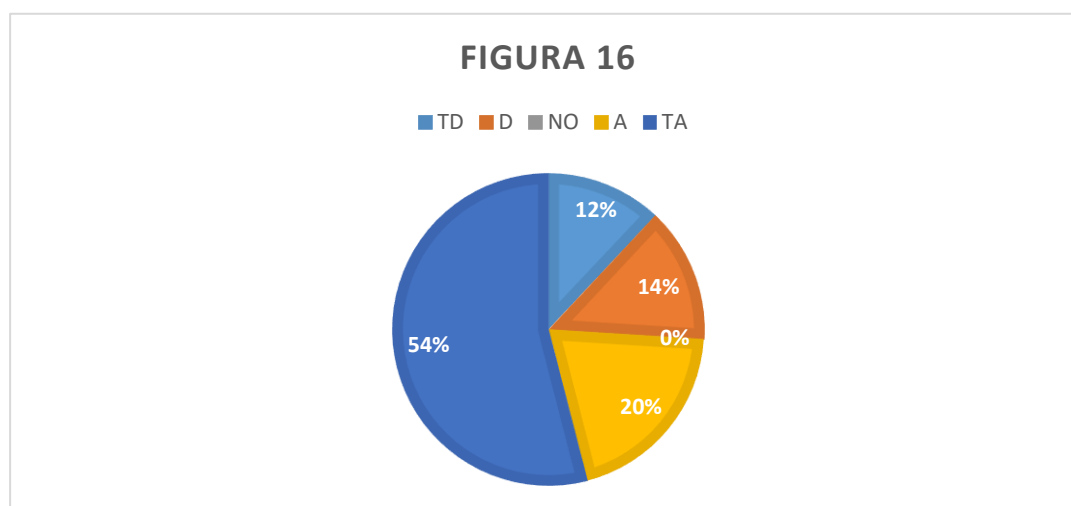


FIGURA 16: ¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial se ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera

Interpretación:

Concordancia con los datos finalizados, sobre si se cree que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial se ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son, un 54.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 20.00% de acuerdo, un 12.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 14.00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

17.- ¿Cree usted que el artículo 407 del código civil carece del derecho a reconocer a una persona que es sujeto de derecho desde la concepción?

TD	2	4.00
D	5	10.00

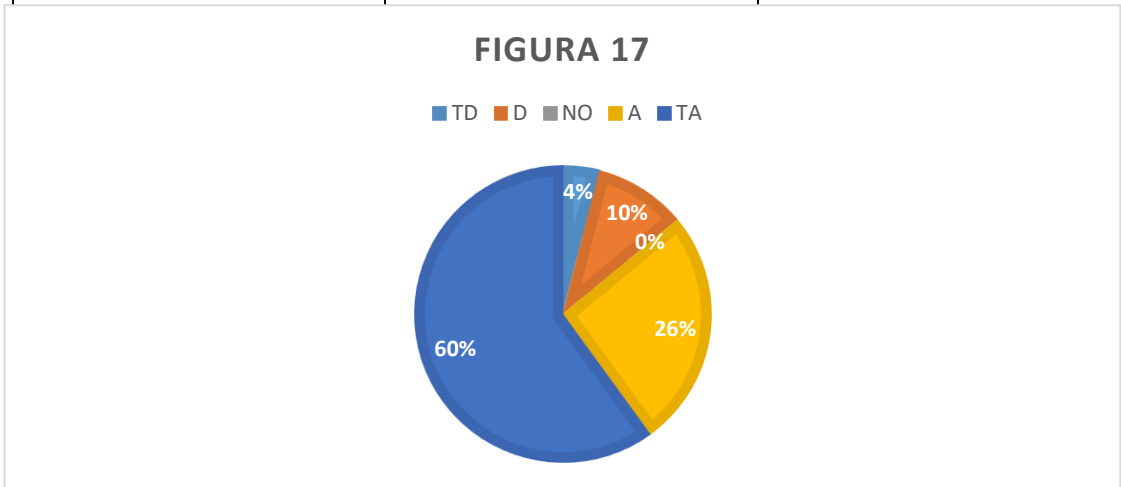


FIGURA 18: ¿Cree usted que el artículo 407 del código civil carece del derecho a reconocer a una persona que es sujeto de derecho desde la concepción?

Interpretación:

Conforme con los datos alcanzados, si se cree que el Art. 407 del C.C. carece del derecho a reconocer a una persona que es sujeto de derecho desde la concepción, un 60.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 26.00% de acuerdo, un 4.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 10.00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

18.- ¿Cree usted que la madre que no puede reclamar la filiación de su hijo fallecido es un acto discriminatorio para todo estado de derecho que protege a la persona humana?

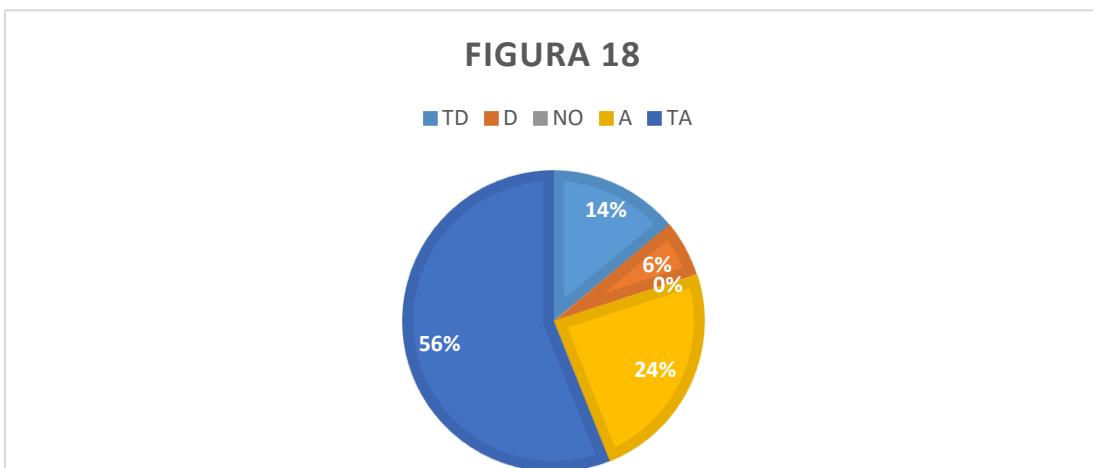


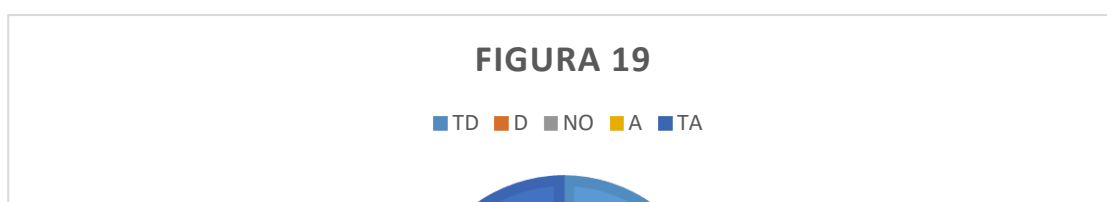
FIGURA 19: ¿Cree usted que la madre que no puede reclamar la filiación de su hijo fallecido es un acto discriminatorio para todo estado de derecho que protege a la persona humana?

			12.00
D	7		14.00
NO	0		0.00
A	10		20.00
TA	27		54.00
TOTAL	50		100.00

retación:

En conformidad con los datos extraídos, se cree que la madre que no puede reclamar la filiación de su hijo fallecido es un acto discriminatorio para todo estado de derecho que protege a la persona humana, un 56.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 24.00% de acuerdo, un 14.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 6.00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

19.- ¿Cree usted que en nuestra legislación actual se sigue afectando el derecho de filiación en el caso de filiación extramatrimonial?



	Descripción	Fi	Porcentaje
	<i>FIGURA 20: ¿Cree usted que en nuestra legislación actual se sigue afectando el derecho de filiación en el caso de filiación extramatrimonial?</i>		
I n t e r	D	5	10.00
	NO	0	0.00
	A	13	26.00
	TA	30	60.00

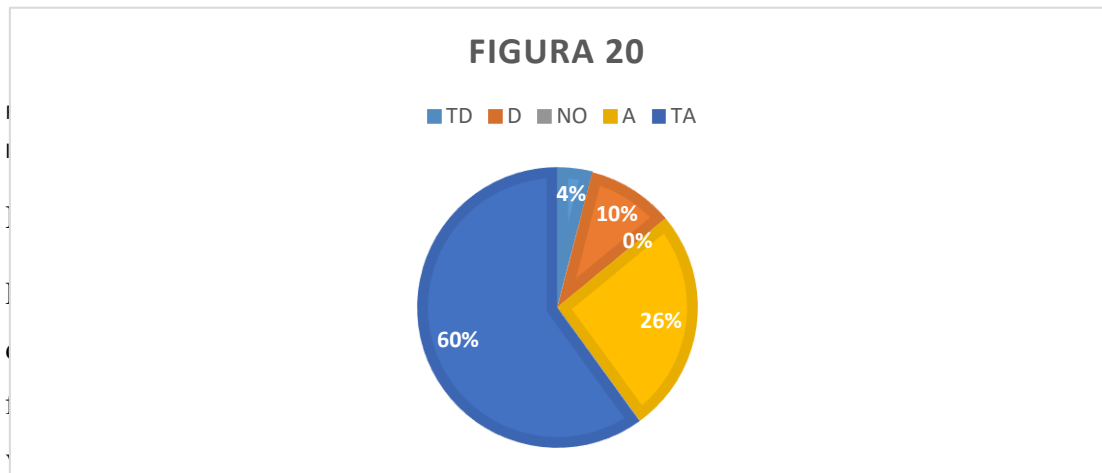
r

pretación:

Ante los datos adquiridos, se cree que en nuestra legislación actual se sigue afectando el derecho de filiación en el caso de filiación extramatrimonial, un 54.00% manifestaron estar totalmente de acuerdo, un 20.00% de acuerdo, un 12.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 14.00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

20.- ¿Considera usted que se vulneran derechos fundamentales ante la aplicación del artículo 407 del código civil en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida?

TOTAL	50	100.00
-------	----	--------



un 4.00% manifestaron estar totalmente desacuerdo, un 10.00% están de desacuerdo y un 0.00% ni de acuerdo ni desacuerdo.

3.2 Discusión de resultados

En correlación con los resultados adquiridos de la pregunta N° 02, Figura N° 02, se observó que un 40% se encuentra en totalmente de acuerdo y un 30% en acuerdo dando la suma de 70%, respecto si se consideran que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial afecta el derecho a la identidad en el momento que no se reconozca por el presunto padre cuando estuvo vivo. Según Yarcuri (2017) prescribe que existe un vacío legal en la norma civil sobre los casos de filiación post mortem, ya que la decisión de la sentencia siempre será por la dirección y criterio del juez, esto no es impedimento alguno para que no se establezca la coexistencia del nexo filial entre hijo y padre, será necesario que se haga exhumación del cadáver para poder realizar la prueba de ADN,

para determinar si existe el vínculo filial, puesto lo que se busca en proceso de filiación es la veracidad biológica y salvaguardar su derecho a la identidad así como lo menciona en la C.P.P.

Respecto a los resultados conseguidos en la interrogante N° 7, figura N° 7 observamos que un 64% están en totalmente de acuerdo, respecto si los padres tienen el derecho de ejercer la filiación extramatrimonial de su menor hijo fallecido como determinación para la protección de su derecho a la identidad post mortem. En concordancia con Zannoni (2002) la determinación se puede dar de tres maneras, puede ser judicial, legal o voluntaria, es judicial cuando resulta de la sentencia que se declara la maternidad o paternidad no reconocida basándose en pruebas, es legal cuando la propia ley lo establece, y es voluntaria cuando la determinación resulta de un reconocimiento tácito o expreso del hijo. En nuestra norma civil se encuentra estructurado de dos maneras la filiación. En la filiación extramatrimonial es la que se determina por el reconocimiento o sentencia declarativa de maternidad y paternidad. La primera se puede determinar en el momento que la madre deja constancia en la inscripción del nacimiento de su menor hijo a través de la declaración y la comprobación reglamentaria, por otro lado esta la paternidad ya que no se puede inferir a priori de presunción alguna, pues lo que determina puede ser legal o por sentencia firme ante un proceso de acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

Al respecto de los resultados alcanzados en la interrogante N° 10, figura N° 10 se observó que un 60% están en totalmente desacuerdo, respecto si deberían los padres enterrar a sus hijos como N.N. por simple hecho de haber fallecido a las pocas horas de nacer. En concordancia con el doctor Reynoso (2002) prescribe que la persona no es producto de la nada, es un proceso biológico en el cual ha sido procreado y se encuentra protegido en nuestra carta magna por encontrarse como un derecho fundamental, la vida inicia con la concepción, ya al nacer se requiera una identificación para que este ser humano sea único y distinto a los demás, con sus propios atributos y características que formarán parte de su personalidad. Entonces es así que la filiación extramatrimonial viene conducida del derecho a la identidad en el cual se deriva de la dignidad de la

persona, pues es el derecho que todo individuo debe tener a ser reconocido por sus padres, en el Exp. N° 2273-2005-PHC/TC menciona que la identidad es el derecho que toda persona tiene a ser reconocido como tal, pues frente a este derecho, nace la obligación de no desvirtuarla, negarla o desnaturalizarla.

En Relación a los resultados alcanzados a la interrogante N° 20, figura N° 20 observamos que un 60% están en totalmente de acuerdo, respecto si el Art. 407 del C.C. vulnera derechos fundamentales en los casos de filiación extramatrimonial del menor que nace con vida pero que al día siguiente fallece. En concordancia con Noriega (2013) prescribe que el ser humano tiene la innata capacidad de gozar de todos los derechos que le pertenezcan en virtud de su propia característica ontológica de ser humano. El ser humano desde su concepción es titular de deberes y derechos fundamentales originados de su dignidad humana. Es por ello que ante la limitación de poder acción la madre en los casos del menor que nace con vida pero que el día siguiente fallece, se le estaría vulnerando derechos fundamentales, como el derecho a un nombre, a contar con sus apellidos, etc. Esto perjudicando su debida identificación como ser humano.

3.3 Aporte científico

PROYECTO DE LEY

MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 407° DEL CÓDIGO CIVIL.

1. Identidad del autor

El autor que suscribe, **Roger Burga Becerra**, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipan, y ejerciendo el Derecho de iniciativa legislativa que otorga el Art. 107° de la C.P.P., presenta el siguiente propuesta legislativa:

2. Exposición de motivos

Forma una labor inherente de los Abogados, estudiantes e investigadores del Derecho, solución a casos concretos, aplicando para ello un sinnúmero de fuentes, ya sean de carácter formal o material, siendo sin lugar a duda la principal fuente la C. P. P. de 1993 y las normas con rango de Ley, de la misma manera son precedentes constitucionales vinculantes, cuya ubicación en la actualidad es muy discutida, más aun si éstos tienen como núcleo las actividades desarrolladas por el T.C. Peruano.

La Carta Magna, en su Art. 107°, en su segundo párrafo, sitúa que los pobladores tienen derecho a la iniciativa en la formación de leyes, concordante con la ley N° 26300 ley que establece el derechos de participación y control ciudadano, en su Art. 2 inc. d), que señala la iniciativa en la formación de las leyes.

Por consiguiente, nos encontramos amparados en el precepto constitucional y demás leyes, que hacen mención al derecho que tiene toda persona de realizar una iniciativa legislativa.

El presente propuesta legislativa, tiene como fin la modificatoria del artículo 407° del Código Civil, la parte in fine, en relación a la titularidad de la acción la cual no pasa a los herederos del hijo, entonces ante ello; cuando una madre cuyo hijo a fallecido después de nacer con vida quisiera demandar la filiación extramatrimonial de su menor hijo simplemente al igual que lo prevé el Art. 407° del Código Civil ésta no puede, porque el texto legal invocado otorga este derecho de acción solamente al hijo, estableciendo además que la acción no pasa a los herederos del hijo; sin embargo que hay de lo regulado en el Art. 3° del CPC cuando constituye que “...*el derecho de acción y contradicción en materia procesal civil no admite limitación ni restricción para su ejercicio...*”; no obstante esto en la práctica cotidiana no se ésta respetando, puesto que las demandas de filiación extramatrimonial planteadas por la madre y/o padre de los

hijos menores de edad fallecidos después de su nacimiento con vida, los jueces rechazan la demanda haciendo alusión únicamente al artículo 407° del C.C.; sin tener en cuenta que rechazando dicha demanda no solamente se está violentando el derecho a la acción consagrado en el en el Art. 3° del CPC sino que además se vulneran derechos consagrados constitucionalmente como lo es el derecho a la identidad consagrado constitucionalmente, entonces ante esto nos preguntamos ¿Qué hay de un hijo extramatrimonial que ha muerto sin dejar descendencia y sin dejar un juicio de filiación extramatrimonial iniciado? ¿no hay protección para su derecho a la identidad?, desde ese punto de vista, pues la respuesta sería que efectivamente no hay protección al derecho a la identidad de los hijos extramatrimonial que nacieron con vida pero que fallecen sin dejar herederos ni un juicio de filiación extramatrimonial iniciado;

Este proyecto de ley procura que en nuestro país se dé un trato igualitario a los hijos extramatrimoniales “vivos” e hijos extramatrimoniales “fallecidos pero nacidos con vida”; es decir que no se le vea recortado el derecho a la identidad de aquellos hijos extramatrimoniales que nacen con vida pero fallecen sin dejar un juicio de filiación extramatrimonial iniciado, siendo que en la actualidad y en aplicación del artículo 407° del C.C. pues simplemente estos no tendrían el derecho a la identidad, pues así lo establece el citado artículo.

Este proyecto busca evitar que las personas más vulnerables en este caso los menores de edad que nacieron vivos pero que fallecieron puedan gozar como todo ser humano de su derecho a la identidad ya que a través de esta modificatoria los herederos sean estos ascendientes y/o descendientes pueden ostentar el derecho a la filiación extramatrimonial del niño nacido con vida, pero fallecido.

Este proyecto de ley se enmarca básicamente en que la acción (titularidad para solicitar la filiación extramatrimonial) sea transmisible a los herederos a efectos de ostentar el derecho a una filiación extramatrimonial, con esta propuesta lo que se busca es que se proteja el derecho a la identidad de los que nacieron con vida, pero fallecen.

BASE LEGAL

Constitución Política del Perú: Artículo 1, Inciso 1 y 2 del artículo 2, artículo 10.

ARTÍCULO 407° DEL CÓDIGO CIVIL.

I. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto que cuenta con fundamento en la Constitución como en la normatividad vigente nacional recomienda **LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 407 DEL CÓDIGO CIVIL.**

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente proposición no representa costo alguno al operario nacional tampoco es una iniciativa de gasto; al contrario, se incorpora de manera adecuada al Código Civil.

PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 407° DEL CÓDIGO CIVIL.

Artículo 1° . - objetivo del proyecto de ley

El presente propuesta legislativa tiene como propósito MODIFICAR EL ARTÍCULO 407° DEL CÓDIGO CIVIL.

Artículo 2° . - Modificatoria del Artículo 407° del Código Civil.

Actualmente el artículo 407° del Código Civil establece que:

Art. 407°. - Titularidad de la acción.

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 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 de él se inició.

Considero que la parte in fine del artículo en mención vulnera el derecho a la identidad consagrado constitucionalmente y reconocido en los diferentes tratados internacionales.

Para lo cual propongo modificar el artículo 407° del Código Civil de la siguiente manera:

Art. 407°. - Titularidad de la acción.

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 curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia.

La acción sea transmisible a los herederos a efectos de ostentar el derecho a una filiación extramatrimonial.

Artículo 3°. - Norma Derogatoria

Deróguese toda norma que se oponga al presente propuesta legislativa

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Chiclayo, a los veintiséis días del mes de octubre del año dos mil veintiuno.

María del Carmen Alva Prieto
Presidente del Congreso de la República
Lady Mercedes Camones Soriano

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

Pedro Castillo Terrones

Presidente Constitucional de la República

IV. Conclusiones y recomendaciones

4.1 Conclusiones

1. El Art. 407 de la norma civil limita a la madre a poder reclamar la filiación de su hijo que ha fallecido ya que resulta intolerable y discriminadora. Al proponer la modificatoria dicho artículo lo que se busca es que la madre pueda accionar en nombre del hijo que nace con vida pero que a las pocas horas fallece, pues la filiación es un derecho que se encuentra relacionado con la dignidad humana, y a su vez relacionado con más derechos fundamentales como el derecho a un nombre o un apellido, etc.

2. La descripción del estado actual del derecho a la identidad del menor que nace con vida y luego fallece en los casos de filiación extramatrimonial quedan violentados y negados por la filiación paterna. La persona no es producto de la nada, es la creación que ha surgido por un proceso biológico con protección constitucional, que comienza desde la concepción, y al nacer se requiere una identificación que lo haga irrepetible con los demás.
3. Los factores que influyen ante la vulneración del derecho a la identidad es interpretación que los magistrados le dan al Art. 407 de que la madre no pueda reclamar la filiación de su hijo fallecido porque la acción del progenitor *post mortem*, contraviene el derecho al debido reconocimiento de la filiación del menor. Ya que a mi parecer y como se ha demostrado a lo largo del presente trabajo este artículo carece del derecho a reconocer a una persona que es sujeto de derecho desde la concepción.
4. Considero que la parte in fine del Art. 407 del C.C. vulnera el derecho a la identidad consagrado constitucionalmente y reconocido en los diferentes tratados internacionales. El cual deberá ser modificado “La acción sea transmisible a los herederos a efectos de ostentar el derecho a una filiación extramatrimonial”.

4.2 Recomendaciones

1. Considero que se debería hacer un cambio ante los casos de hijos extramatrimoniales que nacen con vida y fallecen al instante lo que se quiere es que se reconozca los mismos derechos para todos, creo que no es necesario que el niño deba nacer vivo o estar algunas horas con vida en este mundo para que sea susceptible de ser reconocido, los exámenes de ADN pueden realizarse estando o no con vida.
2. Se recomienda que las autoridades judiciales al momento de emitir una sentencia en donde involucre los derechos fundamentales de un menor, deban primero

salvaguardar sus derechos que se encuentran consagrados en la carta magna, para que así no se le vulnere sus derechos ante una interpretación inexacta de algún artículo de una ley.

REFERENCIAS

Abelenda. (1980). *Derecho civil*. Buenos Aires: Astrea.

Acosta, J. B. (2006). *¿que puede haber dentro de un nombre?* .

Aguirre, M. A. (2016). La Nulidad del acto en la impugnación del reconocimiento de paternidad, el derecho de identidad de los niños, niñas y adolescentes y la Presunción de la Filiación. Ecuador.

Ana Lucía Noreña, J. G. (2012). Aplicabilidad de los criterios de rigor y éticos en la investigación cualitativa. 263-274.

Anzorena, A. (1961). *Consideraciones sobre el nombre de las personas*. Buenos Aires.

- Arce, A. D. (2018). LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA MUJER CASADA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE IDENTIDAD. Huaraz, Lima.
- Arias Schreiber Pezet & Max Arias & Schreiber Montero, Á. &. (2001). *Exegesis del código civil peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Aroca, J. M. (2000). *El nuevo proceso civil*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Arredondo, R. M. (2017). Importancia del derecho a la identidad del niño en la impugnación de paternidad, Arequipa 2016. Arequipa, Peru.
- Azpiri, J. (2001). *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Berdejo, J. L. (1982). *Derecho de Familia*. Barcelona: Bosch.
- Bernardis, L. M. (1985). *La Garantía Procesal del Debido Proceso*. Lima: Cultural Cusco.
- Brescia & Bigliuzzi geri, N. &. (1992). *derecho civil*. bogota.
- Brutau, P. (1979). *Fundamentos de derecho civil*. Barcelona: Bosch.
- Carola Capuano Tomey. (s.f.). *Ponencia del VIII jornadas rioplatenses de derecho*. Obtenido de www.casi.com.ar.
- Casación N° 2499, N° 2499 (Corte Superior 12 de 04 de 1999).
- Castex, A. (1974). *Derecho Civil , Parte General*. Buenos aires: Coperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Castilla, O. (1984). *Daños y Perjuicios causados al concebido no nacido*. Lima: Montevideo.
- Chavarría, D. R. (2018). vulneración del derecho a la identidad por reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, presentados en RENIEC- Tarapoto:2014-2015. Tarapoto, Peru.
- Chávez, C. (1985). *Derecho Familiar Peruano, Tomo II*. Lima: Studim .
- Christians, C. (2000). Ethics and politics in qualitative research. 133-155.
- Código Civil español . (1889). *Código Civil español* . Madrid.
- Código Civil Peruano. (25 de julio de 1984). decreto legislativo N° 295. Lima, Peru.
- Código de los Niños y Adolescentes. (07 de agosto de 2000). Ley N°27337. lima, peru.
- Código procesal civil. (04 de marzo de 1992). decreto legislativo N° 768. Lima, Peru.
- Constitución Política de Peru . (30 de diciembre de 1993). Lima, Peru.
- Correa, R. (1992). *El ser humano como persona natural*. Lima.
- Diritto, C. S. (1990). *enciclopedia diritto*. milano: diritto.
- Echandiá, H. D. (1984). *Teoría general del proceso*. buenos aires: Universidad. tomo I.

El pacto interamericano de derecho civiles y políticos . (23 de Mayo de 1976).

Espinoza, J. E. (2001). *Derecho de las Personas*. lima: Huallaga.

Eugène, P. (2006,). *Tratado Elemental De Derecho Romano*. Buenos Aires.

Expediente N°614-95, N°614-95 (19 de 06 de 1995).

Galeano. (2009). Estrategias de investigación social cualitativa. *El giro en la mirada*.

Galvez, J. M. (12 de 08 de 1992). Conceptos elementales de derecho procesal. *Diario el Peruano*.

Gerrish K, L. A. (2008). *MC Graw hill interamericana*, 337-352.

Gilbert. (1988). *Biologia delio sviluppo*. Zanichelli.

Godo, J. M. (2009). *Fudamentos de derecho procesal civil*. Lima: Moreno S.A.

Gozaini, A. O. (2004). *El debido proceso*. bs. argentina.: Rubinzal Culzoni.

Guillen, V. F. (1990). *Doctrina General del Derecho Procesal hacia una Teoria y Ley Procesal Generales*. Barcelona: Bosch.

Gullon, D. P. (1982). *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos.

Gustavino, E. P. (1994). *Registro del estado civil y capacidad*. Seccion Doctrinaria.

Huallpa, R. O. (2015). La identidad biologica del hijo extramatrimonial despues de su muerte. P.8.

Información doctrinaria y jurisprudencial del derecho procesal civil. (25 de marzo de 2010). *procesal civil*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2010/03/25/la-accion/?fbclid=IwAR34qPo-vtkkyehrAm4jaDdvy1ySJCQGT2ilAgMncHdRwJmcLHAo1d55QI>

Jara, D. A. (2017). FILIACIÓN EXTRAMTRIMONIAL DEL MENOR FALLECIDO COMO DETERMINACION DE SU DERECHO DE IDENTIDAD POST MORTEM Y DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR. Lima, Peru.

Korzeniak. (1988). *concepto fundamentales del derecho* . montevideo: primera.

La Convención Interamericana . (18 de Julio de 1978). San Jose, Costa Rica.

Laneri, F. (1986). *Derecho de la Persona*. Lima.

Ley N° 28457. (07 de enero de 2005). LEY QUE REGULA EL PROCESO DE. Lima, Peru: El peruano.

Liaño, F. G. (2002). *Derecho Procesal civil. Tomo I*. Forum.

Lyon, V. d. (1985). *Teoria General de los Actos Juridicos y de las Personas*. Santiago de Chile.

Martel Chang, R. A. (2002). *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Lima.

Menéndez, M. d. (2016). "El derecho a la identidad: una vision dinamica". Lima, Peru.

- Mere, V. (1995). *La exclusion del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonial*. Lima: Gaceta Juridica.
- Messineo. (1972). *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires.
- Messinetti. (1989). *enciclopedia del diritto*. milano: giuffre.
- Monje, M. S. (2018). LA FILIACIÓN PATERNA EXTRAMATRIMONIAL POST MORTEM DEL SUJETO DE DERECHO FALLECIDO TRAS SU NACIMIENTO CON VIDA. Chiclayo, Peru.
- Noriega, M. L. (2013). *La persona como sujeto del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Nuñez. (1985). *bien juridico* . buenos aires: juridica omega.
- Orgaz. (1946). *Personas Individuales*. Buenos Aires.
- Oyoluego, D. (1927). *Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al codigo civil español*. Madrid: Reus S.A.
- Perez, J. G. (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Madrid: Civitas.
- Peryano, J. (1995). *Derecho procesal civil*. Lima: Ediciones Juridica.
- Placido, A. F. (2003). *Filiacion y Patria potestad*. Lima: Gaceta Juridica.
- Ramos, M. O. (2001). *Derecho procesal civil* . Navarra: Aranzadi.
- Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Madrid, España.
- Reyes, M. h. (2009). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa.
- Reynoso, M. M. (2002). *Derecho de familia* . Lima: San Marcos.
- Ripert, M. P. (1948). *Traite elementaire de droit civil*. Paris.
- Rocco, U. (1983). *Trato de derecho procesal*. Bogota: Temis desalma.
- Rodríguez, J. M. (2015). Proteccion del derecho a la identida biologica con la impugnacion de paternidad en el Peru, Argentina, Brasil y Costa Rica. Trujillo, Peru.
- Rubio, C. B. (2003). Tratamiento procesal de la legitimacion en la LEC 1/2000. *Internauta de practica judicial*.
- Ruggiero. (1944). *Insituciones del Derecho Civil*. Madrid: Reus.
- Ruiz, H. V. (2016). LA FILIACIÓN PATERNA EXTRAMATRIMONIAL POST MORTEM DEL SUJETO DE DERECHO FALLECIDO TRAS SU NACIMIENTO CON VIDA. Trujillo, Peru.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N°4350 (Tribunal Constitucional).
- Sentencia ejecutoria suprema (Corte Suprema 15 de 01 de 1997).
- Sessarego, F. (1968). *La nocion juridica de personas*. Lima.

- Sessarego, F. (2016). *Derecho de las personas*. Lima.
- Unte, C. y. (1980). *El nombre de las personas naturales*. Buenos Aires: Astrea.
- Vampre, S. (1935). *Do nome civil*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia.
- Velloso, A. A. (2008). *Introduccion al estudio del derecho procesal*.
- Vescovi, E. (2006). *Teoria general del proceso*. Santa fe de bogota: Temis (Colombia).
- Yarcuri, A. S. (2017). La filiacion extramatrimonial post mortem y sus implicancias en el derecho a la identidad. Lima, Peru.
- Zannoni, A. G. (1987). *Regimen legal de filiacion y patria potestad*. Buenos Aires.
- Zannoni, E. (2002). *Derecho civil, derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Zannoni, G. B. (1996). *Manuel de Derecho de Familia*. Buenos Aires.
- Zatti. (1990). *Quale statuo per l'embrione*. riv. cri. pravado.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

VARIABLES	PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
<p>INDEPENDIENTE :</p> <p>LA TITULARIDAD DE LA ACCION MATERNA</p>	<p>¿Cómo proteger el derecho de acción frente a los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida?</p>	<p>Con la modificatoria del artículo 407 se protegería el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.</p>	<p style="text-align: center;">GENERAL: (1)</p> <p>-Elaborar una propuesta para la modificatoria del Artículo 407 del código civil para proteger el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.</p> <p style="text-align: center;">ESPECÍFICOS: (3 O 4)</p> <p>1. Describir el estado actual del derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.</p> <p>2. Identificar los factores influyentes en el derecho a la identidad en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida.</p> <p>3. Diseñar modificatoria del Artículo 407 del código civil para proteger el derecho a la identidad los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho</p>
<p>DEPENDIENTE:</p> <p>DERECHO A LA IDENTIDAD</p>			

			fallecido tras su nacimiento con vida.
--	--	--	--

TÍTULO: LA TITULARIDAD DE ACCION MATERNA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LOS CASOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DEL SUJETO DE DERECHO FALLECIDO TRAS SU NACIMIENTO CON VIDA

Darja Becerra Rogo

**ENCUESTA APLICADA A LOS JUECES Y ABOGADOS DE LOS JUZGADOS DE
FAMILIA DE CHICLAYO**


**LA TITULARIDAD DE ACCION MATERNA PARA PROTEGER EL DERECHO
A LA IDENTIDAD FRENTE A LOS CASOS DE FILIACION
EXTRAMATRIMONIAL DEL SUJETO DE DERECHO FALLECIDO TRAS SU
NACIMIENTO CON VIDA**

Estimado (a): Se le solicita su valiosa colaboración para que marque con un aspa el casillero que crea conveniente de acuerdo a su criterio y experiencia profesional, puesto que, mediante esta técnica de recolección de datos, se podrá obtener la información que posteriormente será analizada e incorporada a la investigación con el título descrito líneas arriba.

NOTA: Para cada pregunta se considera la escala de 1 a 5 donde:

1	2	3	4	5
TOTALMENTE EN DESACUERDO	EN DESACUERDO	NO OPINA	DE ACUERDO	TOTALMENTE DE ACUERDO

ITEM	TD	D	NO	A	TA
1.- ¿Cree usted que la actual legislación resulta suficiente para resolver los casos de filiación extramatrimonial post mortem?					
2.- ¿Cree usted que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial afecta el derecho a la identidad de este, puesto que no fue reconocido por el supuesto padre cuando estuvo vivo?					
3.- ¿Cree usted que es posible que la filiación post mortem de un hijo extramatrimonial, afecte los derechos de la familia (esposa y otros hijos) del presunto padre?					
4.- ¿Cree usted que el artículo 407 del código civil limita el accionar de la madre en el momento de que quiera impugnar el reconocimiento extramatrimonial del sujeto del derecho fallecido tras su nacimiento con vida?					
5.- ¿Cree usted que la filiación extramatrimonial de un menor fallecido es determinante para el ejercicio de su derecho de identidad post mortem?					
6.- ¿Cree usted que en la legislación actual se ampara al menor fallecido en cuanto a su filiación extramatrimonial para determinar su derecho de identidad post mortem?					
7.- ¿Cree usted que los padres tienen derecho de ejercer la filiación extramatrimonial de su menor hijo fallecido como determinación de su derecho de identidad post mortem?					
8.- ¿Cree usted que los padres tienen el deber de darle una identidad pos mortem a su hijo fallecido a los pocos días de haber nacido?					

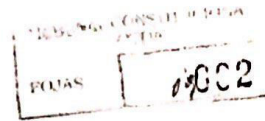

Rodas Quintana Carlos Andres
ABOGADO
REG. ICAL N° 5122

9.- ¿Cree usted que el menor a pesar de haber nacido vivo y haber dejado de existir a las pocas horas se le debe respetar su derecho de identidad al amparo y en cumplimiento del principio superior del niño?					
10.- ¿Considera usted correcto que los padres entierren a su hijo como N.N por haber fallecido a las pocas horas de nacido?					
11.- ¿Cree usted que el hecho de que los padres de un neonato que ha fallecido a las pocas horas de haber nacido vivo no ejerzan un deber como tales y entierren a su hijo sin identidad?					
12.- ¿Comparte la idea de que un neonato fallecido a las pocas horas de haber nacido carezca de una identidad en su lecho de muerte?					
13.- ¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?					
14.- ¿Considera usted que el derecho que tiene toda persona a su identidad mediante nuestra carta magna se protege adecuadamente al menor que ha nacido de manera extramatrimonial?					
15.- ¿Considera usted que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que amparan a los hijos nacidos en condición matrimonial como extramatrimonial?					
16.- ¿Considera usted que los niños nacidos bajo la condición extramatrimonial se ven vulnerados sus derechos de identidad y de familia de manera más profunda y continua que los que no lo son?					
17.- ¿Cree usted que el artículo 407 del código civil carece del derecho a reconocer a una persona que es sujeto de derecho desde la concepción?					
18.- ¿Cree usted que la madre que no puede reclamar la filiación de su hijo fallecido es un acto discriminatorio para todo estado de derecho que protege a la persona humana?					
19.- ¿Cree usted que en nuestra legislación actual se sigue afectando el derecho de filiación en el caso de filiación extramatrimonial?					
20.- ¿ Considera usted que se vulneran derechos fundamentales ante la aplicación del artículo 407 del código civil en los casos de filiación extramatrimonial del sujeto de derecho fallecido tras su nacimiento con vida?					


 Rodolfo Quintana Cortés ABogado
 REG. C.M.N. N° 5127



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, recalando 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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
C.T. 111
FOJAS 925



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