

# Breve referencia a la filiación *post mortem*

María Candelaria Domínguez Guillén\*

## Sumario:

### Introducción

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

### Introducción

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

---

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

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

### 1. Filiación *post mortem*

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

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

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

---

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

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

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

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

## 2. Filiación matrimonial

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>19</sup> Véase: García Guerrero, Jair: *Cesárea post-mortem*. Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Medicina, Ética, trabajo final, 15 de noviembre de 2007, p. 3 <http://www.scribd.com/doc/.../Cesarea-postmortem> señala que la *cesárea post mortem* se realiza en pacientes que no tienen más de cinco (5) minutos de muertas que persiste la vida fetal o en mujeres que sirvieron de cadáver incubadora (muerte cerebral). Véase: *Ibid.*, p. 12, indica que el médico está obligado a intentar salvar la vida del ser en caso de muerte de la madre y de allí la necesidad de *cesárea post-mortem*. Véase también: Juárez Azpilcueta, Arturo y otros: “Operación *cesárea post mortem* con supervivencia fetal. Informe de un caso”. En: *Revista del Hospital General de México* Vol. 62, N° 2, abril junio 1999, pp. 132-134. <http://www.medigraphic.com/pdfs/h-gral/hg-1999/hg992h.pdf> mujer de 27 años con embarazo de 29 semanas, con preeclampsia severa y crisis convulsiva con broncoaspiración masiva; <http://www.reanimacioncardiopulmonar.com/.../articulo9.htm> “Sin embargo, los traumatismos constituyen actualmente la principal causa de muerte no obstétrica durante el embarazo.

Existen datos aislados en cuanto al número de *cesáreas post mortem*, la frecuencia informada por diversos autores es la siguiente: Smith registra 114 casos con un 50% de supervivencia fetal de 1865 a 1926; Cloud informa en 1960 haber encontrado descritos en la literatura mundial 118 casos en los últimos 250 años; Behney en 1961 señala 135 casos con 11 que él suma a los encontrados en la literatura, 37.5% recién nacidos fallecieron antes de salir del hospital. 5-7 Duer de 1879-1956 registra 114 casos, encontrando que la enfermedad hipertensiva del embarazo ocupaba el primer sitio como causa de muerte materna. Katz notifica el mayor número de casos recopilados en la literatura mundial con 269 *cesáreas post mortem*, donde realiza una revisión sobre la supervivencia entre 1900 y 1985 encontrando 61 supervivencias en este período”.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Filiación extramatrimonial

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

---

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

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

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

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

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

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



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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

#### 4. Filiación adoptiva

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

## 5. Fertilización artificial

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

<sup>80</sup> Véase: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz: **La fecundación *in vitro* y la filiación.** (Capítulo IV. Fecundación *post mortem*), <http://books.google.co.ve/books?isbn=9561010062...>

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

