

TITULO SEPTIMO

De la paternidad y filiación

CAPITULO I

De los hijos de matrimonio

ARTÍCULO 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

I.—Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.—Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

La filiación es el vínculo de unión de los hijos con los padres; la relación entre los padres y los hijos recibe el nombre de paternidad y de maternidad. El padre engendra al hijo, la madre lo concibe.

Siendo el derecho civil un orden de civilización, regula las relaciones ordenadas entre padres e hijos pero tiene que tomar en cuenta también a las relaciones no ordenadas. En el primer caso estamos en presencia de hijos de matrimonio, las otras relaciones reciben el nombre de relaciones de hijos extramatrimoniales. La vinculación que surge a consecuencia del matrimonio establece un principio de certeza pues los hijos que tiene una mujer casada, en principio, son del marido; por esa razón la ley cinco, título cuatro, libro segundo del *Digesto* indica que las justas nupcias demuestran o nos prueban quién es el padre; es decir, que la mujer casada en un matrimonio atribuirá en principio los hijos a su marido. En cambio los hijos de una mujer no casada en principio no pueden atribuirse a un varón determinado; la paternidad en este caso surgirá del reconocimiento voluntario o bien será resultado del ejercicio de una acción. El primer acto jurídico recibe el nombre de reconocimiento de los hijos, la acción se denomina acción de investigación de paternidad y estas hipótesis serán estudiadas en el comentario de los aa. 360 al 389 de este código.

El artículo que comentamos establece una presunción: son hijos de matrimonio los nacidos seis meses después de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del mismo, ya provenga ésta de nulidad del matrimonio, de muerte del marido o de divorcio. La fundamentación de la hipótesis se encuentra en el hecho biológico de que el hijo nacerá en forma muy temprana sólo ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio y tardíamente sólo trescientos días después de que los cónyuges han quedado separados.

La separación puede ser resultado de un hecho jurídico pero este artículo hace referencia además de la muerte, a los casos de divorcio o nulidad y al de una separación de hecho acompañada de una orden judicial.

Lo importante de esta disposición es que marca un período de concepción del hijo. Este no podrá ser otro que los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, esto es, si el hijo nace el veinticinco de diciembre, el período de la concepción se extendería del veinticinco de febrero al veinticinco de junio, la época normal de concepción acaecerá en esta hipótesis el veinticinco de marzo.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 325. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Esta disposición consagra una excepción a la presunción establecida en el artículo anterior, pues aun cuando es hijo del marido el concebido después de celebrado el matrimonio, éste podría excepcionarse probando que dentro de esa época le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, porque se dice que no puede admitirse que funcione una presunción legal contra lo imposible y lo absurdo.

La ley establecería una mentira evidente, si al marido, pudiendo probar que no tuvo acceso con su mujer, necesariamente se le atribuyera la paternidad del hijo.

García Gollena (*Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, México, 1881), dice que la imposibilidad física debe ser evidente e incontestable. Lo primero porque con ello abarcaría los casos de ausencia del marido en la época de la concepción y lo siguiente porque la prueba tendría que ser firme en los casos de ausencia o impotencia.

Para constituir la excepción de ausencia no es necesario, dice el mismo autor, que medie el espacio inmenso de los mares, con mayor razón en la época actual, dado que los medios de comunicación nos permiten hablar de distancia inmensa, todas las distancias se han acortado; el marido podría excepcionarse sólo probando que en la época de concepción ha sido físicamente imposible toda reunión aun momentánea entre los esposos. Otro caso de excepción a la paternidad sería la impotencia para generar y desde luego admitirá toda clase de pruebas médicas y biológicas.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 326. El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

El marido no podría desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo.

El legislador mexicano desde el CC de 1870, facilitó e hizo más clara la presunción al declarar que aunque la madre confiese el adulterio, no por esto el hijo deja de ser del marido, pues la confesión de adulterio podría ser resultado de una actitud emotiva que perjudicara al hijo; la prueba de confesión de la parte demandada no puede afectar al hijo; se requiere o que el nacimiento del hijo se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su mujer. La prueba tiene que ser objetiva y evidente para que proceda el desconocimiento.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 327. El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Aun cuando el a. 324 extiende la presunción de paternidad a los hijos nacidos dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio, puede sostenerse que el hijo sigue siendo del marido, aun cuando haya nacido con posterioridad a los trescientos días, pues es común que aun cuando el marido y la mujer se hayan separado de hecho frente al grupo social y a consecuencia de orden judicial, sin embargo, podría suceder que las relaciones continuaran. Es ésta la razón por la que el artículo que comentamos sostiene que la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden afirmar que aún cuando el hijo haya nacido con posterioridad a los trescientos días, el marido sea el padre.

El marido podrá desconocer al hijo, pero la mujer y el propio hijo pueden sostener que cuando existía una separación judicial, el hijo fue engendrado por el marido o ex-marido si el divorcio o la nulidad han sido concluidos en los

juicios correspondientes. En otros términos el artículo establece una ampliación a la presunción de paternidad.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 328. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.—Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II.—Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.—Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

IV.—Si el hijo no nació capaz de vivir.

Este artículo consagra también una ampliación a la presunción del a. 324 pues aun cuando el hijo haya nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el hijo es del marido si se prueba que supo antes de casarse, el embarazo de su futura consorte; si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él; si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer o si el hijo no nació capaz de vivir.

Lógicamente si el marido supo del embarazo, no podrá alegar que el hijo no es suyo; para que funcione esta hipótesis el legislador exige un principio de prueba por escrito, que podrá ser una carta, una fotografía con dedicatoria, así mismo el hijo será del marido si concurrió al levantamiento del acta o si ha reconocido expresamente como suyo al hijo de su mujer. Admitiéndose en este último caso cualquier medio de prueba ordinaria incluyéndose la testimonial.

Finalmente si el feto no es viable, el legislador no admite que el marido desconozca al hijo, pues esta sería una cuestión inútil.

Cabría comentar que atendiendo a que en la época actual la educación es más amplia, quizá bastara con probar que el marido conoce el embarazo de su futura consorte. No hay una razón que explique por qué el legislador añadió que se exija un principio de prueba por escrito. En efecto, si el a. 328 niega al marido la posibilidad de desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días, si existiera conocimiento o voluntad expresa o tácita de reconocimiento, con mayor razón el artículo que comentamos niega a los herederos del marido toda acción de contradicción de la paternidad de un hijo nacido dentro de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, excepto cuando él haya iniciado la demanda.

Podría ocurrir que el marido hubiese fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, en ese caso la disposición que comentamos otorga sesenta días para ejercer la acción de contradicción y como los herederos estarían imposibilitados para saber quién o quiénes pretenden aparecer como hijos del marido, los sesenta días se computan desde que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia, porque sólo hasta esos momentos se darán cuenta con plenitud, que existe una criatura que pretende hacerse pasar como hijo del marido habiendo nacido antes de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

La disposición es congruente con el a. 324, pues si el hijo nació trescientos días después de la separación de hecho y por orden judicial, el desconocimiento de la paternidad puede promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, ésta podría ser cualquier heredero legítimo o testamentario que tuviese interés actual en el momento de ejercicio de la acción.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 330. En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Por esas circunstancias el marido que tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio tiene un término sumamente corto para ejercer la acción.

La acción debe ejercitarse dentro de los sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento.

Los sesenta días son un término de caducidad, pues si la acción no se ejerce dentro de ese plazo, el posible desconocimiento queda convalidado y malamen-

te podría alegar después de dos meses que el hijo no es suyo, contando con este término (véanse los comentarios a los aa. 325, 326 y parte final del 327).

J.J.L.M.

ARTÍCULO 331. Si el marido está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho puede ser ejecutado por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.*

La disposición que consagró una caducidad de sesenta días para el ejercicio de la acción no podrá aplicarse si el marido está bajo tutela [por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de inteligencia].**

El ataque a la presunción de paternidad podría ser ejercido por el tutor del marido, pero si éste no lo ejerciere podrá hacerlo el marido después de que haya salido de la tutela, en el plazo de sesenta días que se contarán desde el día que legalmente se declare que ha cesado el impedimento, es decir desde el día en que se deje sin efecto la sentencia de interdicción.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 332. Cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre.

Si el marido falleciese sin recobrar la razón, los herederos podrán hacerlo en las hipótesis que el legislador permita que lo hubiere hecho el padre. Se entiende que los herederos podrán ser legítimos o testamentarios y que la contradicción debe ejercerse dentro del plazo marcado en el a. 330.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 333. Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando el esposo no haya

* N.E.: Texto vigente del artículo modificado en virtud del artículo primero del decreto que reforma diversas disposiciones al CC publicado en el DO del 23 de julio de 1992.

** N.E.: Debido a la reforma publicada en el DO del 23 de julio de 1992, el texto entre corchetes del comentario al a. 331 quedó afectado, por ello deberá modificarse conforme a la reforma de la fr. II del a. 450.

comenzado esta demanda. En los demás casos, si el esposo ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán, para proponer la demanda, sesenta días contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia.

Hemos dicho que el a. 324, establece una presunción de que los hijos que nazcan antes de ciento ochenta días en principio no se atribuyen en paternidad al marido, pero que, de conformidad con el a. 328, el marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si se probare que conoció el embarazo de su mujer o si expresó su voluntad al concurrir al levantamiento del acta del nacimiento o con un reconocimiento en el acta del nacimiento o bien con un reconocimiento expreso de que el hijo de su mujer, es suyo.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 334. Si la viuda, la divorciada, o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajere nuevas nupcias dentro del período prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I. — Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

II. — Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye;

III. — El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.

El a. 158 estableció una prohibición a la mujer para que contrajera matrimonio dentro de los trescientos días de disuelto el vínculo anterior, salvo que dentro de ese plazo diera a luz un hijo. Entonces se dijo que la razón de esa prohibición se debía a que si se permitiera que la viuda o la divorciada o aquella cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, pudiera inmediatamente casarse, el hijo que naciera dentro de los trescientos días recaería, conforme al a. 324 bajo la hipótesis de ser hijo del primero o segundo maridos.

El legislador no desea que la mujer contraiga nuevas nupcias inmediatamente después de la disolución del primer matrimonio. El matrimonio que la mujer contrayere, no respetando el plazo, conforme al a. 264 sería ilícito pero no nulo. Se plantearán únicamente problemas para saber quién es el padre del hijo que nazca dentro de los trescientos días de disuelto el segundo.

Por esta razón la fr. III que se comenta señala que se presumirá que el hijo ha nacido fuera de matrimonio, es decir que es extramatrimonial, si nace antes de los ciento ochenta días de celebrado el segundo y después de trescientos días de disuelto el primero.

Las frs. I y II del artículo que se comenta establecen sólo una presunción que admite prueba contraria. Conforme a la fr. I, si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo, el hijo es del primer marido puesto que esto es una consecuencia o corolario de las presunciones establecidas en el a. 324.

Si el hijo naciera después de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, será del segundo marido, sin importar que el nacimiento acaezca dentro de los trescientos días de disuelto el primero porque la presunción biológica se inclina a atribuir la paternidad al segundo marido.

Estas dos presunciones admiten prueba contraria pues se dice que el que las negara deberá probar primeramente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye, esto es, la imposibilidad física debe ser una imposibilidad evidente.

En otro término, si se probare ausencia absoluta o impotencia para engendrar al marido, no podrían aplicarse las presunciones que regulan las dos primeras fracciones del artículo que comentamos.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 335. El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo.

El desconocimiento de la paternidad es una cuestión grave. No puede dejarse al

arbitrio del marido, es un acto jurídico solemne y requerirá una demanda, ante el juez competente y el trámite de un juicio que concluirá con sentencia firme.

El artículo que comentamos dice que se requiere demanda en forma, pero es lógico que abarcaría no sólo lo que los procesalistas denominan demanda en el sentido literal de la palabra, esto es, el libelo dirigido al juez con los requisitos que exige el a. 255 del CPC, lógicamente se entiende que la contienda judicial se inicia con un escrito pero será necesario que la controversia se ventile en todos sus términos.

Si el legislador señala que el desconocimiento debe hacerse en demanda, es porque según hemos visto podría suceder que el marido hubiese iniciado la acción de desconocimiento, y por lo tanto, los herederos del marido estarían legitimados para continuar la demanda. En la hipótesis del artículo que comentamos se concluye que todo desconocimiento de la paternidad hecho de otro modo, p.e. por una simple carta o *memorandum*, implicaría tanto como que el marido se hiciera justicia por su propia mano. La civilización exige un orden jurídico: todo desconocimiento practicado de otra manera será nulo.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 336. En el juicio de contradicción de la paternidad serán oídos la madre y el hijo, a quien si fuere menor, se proveerá de un tutor interino.

Hemos dicho que el desconocimiento de la paternidad es una cuestión grave que afecta desde luego al hijo, a la madre e inclusive a todo el grupo familiar.

El legislador exige que en el juicio de contradicción de la paternidad sean oídos la madre y el propio hijo.

Si el hijo fuera menor se le proveerá de un tutor interino, pues puede suceder que la propia madre pretenda confesar un adulterio o que en una actitud de venganza exprese que el marido no es el padre; en estos casos se están afectando intereses ajenos a los del marido y la mujer, a saber, los intereses del hijo. Es frecuente que el hijo en estas hipótesis sea menor de edad y en este caso el legislador exige que se designe un tutor interino.

La tutela interina estaría fundada en el a. 440 y parte final del a. 449 del CC pues parecería que la madre tendría en esta hipótesis un interés opuesto al del hijo y en todo caso la designación de un tutor tendría como objeto la representación interina del incapaz.

La tutela interina no excluye la participación de la madre en el juicio correspondiente, esto es, no se ha terminado ni suspendido la patria potestad por las circunstancias de que la madre tenga un aparente interés opuesto.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 337. Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

Este artículo se encuentra íntimamente vinculado con el a. 22, que se refiere al momento en que se inicia la personalidad, y a la situación jurídica del *nasciturus*. Como quiera que el a. 22 es objeto de un comentario especial, nos limitaremos a reflexionar sobre los efectos del nacimiento y a la imposibilidad de entablar demanda sobre la paternidad respecto del que no se puede tener por nacido de acuerdo al concepto legal.

El concepto jurídico de nacimiento es distinto del fisiológico. Jurídicamente el nacimiento tiene lugar si el feto desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas. Este momento posterior al nacimiento fisiológico no requiere el transcurso de veinticuatro horas siguientes al nacimiento si antes, se presenta viva la criatura al registro civil.

El nacimiento, desde el punto de vista jurídico, tiene por finalidad precisar técnicamente el hecho, que debe precisar consecuencias de derecho.

En materia sucesoria es tan importante la consumación del nacimiento desde el punto de vista jurídico que como observa el maestro Rojina Villegas, los bienes de la herencia pueden seguir una trayectoria muy distinta si el individuo vive las veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil antes de ese lapso, que si muere antes de que se dé cualquiera de estos dos supuestos, pues en el primer caso será heredero y consecuentemente podrá transmitir sus bienes por sucesión *mortis causa* a sus herederos legítimos aun cuando su propia muerte se efectúe recién se haya producido cualquiera de las dos circunstancias que jurídicamente determinaron su nacimiento; en cambio, si tal nacimiento no se ha producido, la herencia no podrá pasar a quienes legalmente serían llamados a sucederle, sino a los herederos del *de cùjus* que instituyó al *nasciturus* como heredero (Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 4a. ed., México Porrúa, 1982, t. I, p. 436).

J.J.L.M.

ARTÍCULO 338. No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.

Consistiendo la transacción en un contrato por el que las partes, haciéndose mutuas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura (a. 2944), no puede transigirse sobre el estado civil de las personas. El problema relativo a la filiación afecta al estado civil, por consecuencia, no cabe que el

padre y la madre en relación con sus hijos y los herederos de unos y otros haciéndose mutuas concesiones, transijan respecto a la declaración de si una persona es o no hijo de su padre o madre o de ambos.

Por la misma razón no puede haber compromiso en árbitros sobre filiación. Arbitro es el que asume privadamente el oficio de juez entre las partes, de donde se deduce que la sentencia que el árbitro pronunció tiene fuerza de cosa juzgada, sea justa o injusta pues si bien nadie es obligado a someterse a un arbitraje, después de aceptado se constríñe a cumplirlo.

Malamente podría someterse a la decisión de un juez privado el problema de saber si un hijo es matrimonial o extramatrimonial o si el marido de la mujer es el padre del hijo.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 339. Puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de estado de hijo de matrimonio.

Los derechos pecuniarios a que se refiere este artículo son los relativos a la sucesión legítima y a los alimentos. Cuando en un testamento se instituyere como heredero a determinada persona en razón de su filiación con otra, el problema sería el de interpretar la voluntad del testador sin que ello implicara en manera alguna adquisición de estado de hijo de matrimonio.

La transacción sobre alimentos sólo procederá sobre cantidades ya debidas (a. 2951), pero no sobre el derecho a percibir los que se sigan causando (aa. 321 y 2950 fr. V) pues los alimentos son una institución de orden público.

Como en el caso que se estudia se parte de un estado discutible (que exista o no la filiación) que es el que fundamenta la transacción, el legislador ha tenido en consideración la posibilidad de que personas causahabientes de alguno de los relacionados por el vínculo de la filiación, por un acto de mera conciencia, de humanitarismo, o incluso de conveniencia, hicieran concesiones pecuniarias al otro; tal situación noaría ser suficiente para crear o modificar un estado civil ya que el estado civil por ser institución de orden público queda fuera de la voluntad de los particulares.

J.J.L.M.

CAPITULO II

De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio

ARTÍCULO 340. La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

El legislador ha denominado el capítulo "De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio." Las legislaciones europeas y nuestros códigos anteriores hablaban de la filiación legítima o de los hijos legítimos. El legislador actual no admite ningún resabio de denominación ofensiva a los hijos.

La regla genérica es que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres, pero veremos en el comentario del artículo siguiente que la falta de actas, esto es la de nacimiento o del acta de matrimonio de los padres, se suple con la posesión de estado de hijo de matrimonio.

Por supuesto que las leyes españolas exigían la partida de bautismo, mas a partir de nuestras Leyes de Reforma, el legislador mexicano exige partidas del registro civil.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 341. A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno sólo de los registros faltaren o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

El legislador mexicano, recogiendo la tradición canónica francesa y parte de la española, ha consagrado en los aa. 341, 342 y 343 la posibilidad de probar el estado de hijo mediante los elementos de la posesión; ha protegido contra

despojos y contradicciones al hijo de matrimonio, e incluso le permite probar la filiación con amplitud en defecto de una posesión, con todos los medios de prueba que la ley autoriza.

En el análisis del artículo que comentamos principiemos por la parte final del mismo en donde se dice que, si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existiera el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

Con posterioridad a las reformas de 1979, se dijo que los jueces del registro civil asentarán las actas en formas especiales que se denominarán "formas del registro civil" y que las inscripciones se harán mecanográficamente y por triplicado. El intérprete debe entender que si se perdieran o destruyeran algunas de las formas del registro civil, la prueba de filiación deberá tomarse de los ejemplares restantes de formas (aa. 36, 37 y 38 del CC).

El proemio del artículo que comentamos permite probar el estado de hijo de matrimonio en el caso de que falten actas o existiendo éstas, fueran defectuosas incompletas o falsas.

La falta de un acta es su ausencia y el intérprete debe comprender el alcance de este artículo en toda su amplitud y entender por consecuencia que la falta de actas puede provenir de la no existencia de formas por su pérdida o destrucción como caso de fuerza mayor o por su desaparición por caso fortuito.

En caso de que faltasen las actas o éstas tuviesen defectos o estuviesen incompletas o fuesen falsas, se admite la prueba de posesión de estado de hijo. Obsérvese que pueden faltar el acta de enlace de los padres o el acta de nacimiento o ambas y para esos casos se admite la posesión.

La posesión es un hecho; posee un derecho el que goza de ella, por lo tanto la posesión de estado de hijo sería el goce público del lugar que ocupa en la sociedad y en la familia. "No resulta, pues, de un hecho solo y aislado, sino de muchos hechos públicos encadenados y repetidos todos los días, viniendo de este modo a formar la más sólida y menos dudosa de las pruebas" (García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, México, 1881, t. I, p. 104). La disposición que comentamos recogiendo la tradición francesa y española, permite que en defecto de la posesión se admitan para probar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, añadiendo que la testimonial no es admisible si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos escritos que se consideren bastante graves para determinar su admisión, es decir que hay una actitud magnánima en el legislador haciendo posible la admisión de toda clase de documentos, no sólo los directos y de toda clase de indicios o presunciones para admitir la prueba sobre la filiación matrimonial.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 342. Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a esos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos, o que por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento.

Constituye este artículo, una defensa de los hijos matrimoniales que carecen de una prueba plena, pero que se encuentran en posesión de estado de hijos de matrimonio.

La hipótesis se refiere a la circunstancia de que no pueda acompañarse el acta de matrimonio de los padres; si éstos han vivido como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, *no podrá disputarse a esos hijos haber nacido de matrimonio.* Ante la imposibilidad de presentar el acta de matrimonio de sus padres, la ley les autoriza a probar su estado de legitimidad, mediante la posesión de estado de hijos de sus padres.

Asimismo este artículo autoriza el uso de toda clase de pruebas con la reserva señalada en el artículo anterior, en el sentido de que la prueba testimonial exige que vaya acompañada de un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones que resulten de hecho ciertos; desde luego todas estas probanzas admitidas con tal amplitud no deben estar en contradicción con el acta de nacimiento.

Este artículo tiene su antecedente en el a. 196 del Código de Napoleón sólo que el legislador mexicano le da mayor amplitud a los hijos matrimoniales.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 343. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I.—Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;
- II.—Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido

de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

III.—Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361.

Tradicionalmente la posesión de estado se configura con tres elementos, a saber: el nombre, el trato y la fama.

El legislador mexicano añade un cuarto requisito precisado con justa razón en la fr. III del artículo que se comenta.

El primer elemento queda expuesto en el proemio del artículo, cuando se señala que si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado si además existe el nombre y el trato.

La fama significa que ante la familia y el grupo social la persona ha sido considerada como hija de matrimonio.

El segundo elemento es el nombre y consiste en que el hijo haya usado constantemente el apellido del padre con el consentimiento de éste.

Finalmente, la tradición latina exige el trato, pues habrá posesión de estado, cuando el hijo ha sido tratado como de matrimonio velando por su subsistencia, educación y ejercicio de trabajo.

La doctrina pide para que exista posesión de estado de hijo de matrimonio que se prueben estos tres elementos, pues una hipótesis distinta sería la que se ha visto al comentar el a. 341, cuando el legislador permite con toda amplitud cualquier otro medio de prueba; en consecuencia en la hipótesis del artículo que comentamos, esto es, si se tratara de probar la posesión de estado de hijo de matrimonio, no se requiere un principio de prueba por escrito.

El legislador mexicano ha añadido en la fr. III del artículo en comentario que para que exista la posesión de estado, se requiere que el presunto padre sea púber en la fecha en que se dice que lo procreó.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 344. Declarado nulo un matrimonio, haya habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, los hijos tenidos durante él se consideran como hijos de matrimonio.

El matrimonio celebrado con la existencia de algún impedimento, se ha dicho en el a. 255, produce plenitud de efectos entre los cónyuges si ha sido contraído de buena fe. El derecho canónico calificaba al matrimonio con impedimentos de buena fe, celebrado como matrimonio putativo.

El legislador mexicano indica que el matrimonio celebrado con impedimentos, produce plenitud de efectos en relación con los hijos, es decir que éstos son hijos de matrimonio, aun cuando alguno de los padres o ambos hubieran actuado celebrando el matrimonio con conocimiento de que no podían efectuarlo.

Los hijos serán considerados como hijos habidos de matrimonio, si nacen dentro de los supuestos del a. 324, esto es ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio o dentro de los trescientos días de la separación de los consortes, presunción que se aplicará con todas sus ampliaciones señaladas en el a. 328 y parte final del a. 327.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 345. No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio.

Se ha visto al comentar los aa. 235 y 326, que el marido no puede desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo y que para que proceda el desconocimiento de la paternidad se requiere de un juicio ordinario seguido ante la autoridad judicial en el que se escuche a la madre y al propio hijo, al cual, si fuere menor se le proveerá de un tutor. El tutor en este caso es interino y no excluye a la madre, según hemos dicho.

En el artículo que comentamos se reafirma el principio pues no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido; él es el único legitimado para ejercitarse la acción de desconocimiento.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 346. Las acciones civiles que se intenten contra el hijo por los bienes que ha adquirido durante su estado de hijo nacido de matrimonio, aunque después resulte no serlo, se sujetarán a las reglas comunes para la prescripción.

La disposición que contiene parece ser inútil, porque si bien es cierto que conforme al a. 1167 fr. 1, la prescripción no puede comenzar ni correr entre ascendientes y descendientes durante la patria potestad respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley, la contraria sería correcta, es decir, que la prescripción sí corre entre descendientes y ascendientes.

La disposición sin embargo no es casuística por repetitiva, puesto que si el hijo ha adquirido bienes por su calidad de hijo de matrimonio y después resulta

no serlo, la protección de derecho común se impone en favor del hijo: éste podrá oponer la prescripción ordinaria respecto de los bienes que posee en su calidad de hijo de matrimonio aunque después se pruebe, mediante sentencia que no lo es.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 347. La acción que compete al hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus descendientes.

García Goyena (*Concordancias, motivos y comentarios del código civil, español*, México, 1881, t. I, p. 107) nos indica que la severidad de las pruebas al establecer la filiación legítima se compensa con la libertad de reclamarla en todo tiempo: "La Ley, por honrar más al matrimonio, hace aquí una excepción a las reglas generales sobre la prescripción". Efectivamente porque, aun cuando el legislador establece términos de prescripción, en dos o en cinco años conforme al a. 1159, fuera de los casos de excepción se necesita el *lapso de diez años*, contados desde que una obligación pueda exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento. El legislador convierte la acción de reclamación de estado en imprescriptible para el hijo y sus descendientes, lo que significa que el nieto, el biznieto, etc., pueden reclamar la acción de estado de hijo no sólo de su padre sino también de su abuelo o bisabuelo.

El estado civil no está en comercio, no es enajenable y por lo tanto no puede perderse por el transcurso del tiempo aun cuando el titular de dicho estado civil haya fallecido, si han quedado descendientes y siempre que la acción se ejercite con interés directo.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 348. Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:

I.—Si el hijo ha muerto antes de cumplir veintidós años;

II.—Si el hijo cayó en demencia antes de cumplir los veintidós años y murió después en el mismo estado.

Fuera de los descendientes, los demás herederos de una persona no podrán intentar la acción de reclamación de estado del hijo de matrimonio, sólo si el hijo murió antes de cumplir veintidós años o cayó en demencia antes de esa edad y murió después en el mismo estado.

Si en el artículo anterior el legislador ha declarado imprescriptible la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio para el hijo y sus descendientes,

en éste, se otorga un término de caducidad: si el hijo no intenta la acción dentro de los cuatro años de su mayoría de edad o cayó en demencia antes de esa edad, los herederos no podrían iniciar la acción, ésta habrá caducado. Se coloca un término de caducidad por dos razones: porque no puede dejarse indefinida la situación de un grupo familiar y porque en todo caso los intereses de los demás herederos distintos de los del hijo y descendientes, serán en su gran mayoría intereses puramente patrimoniales.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 349. Los herederos podrán continuar la acción intentada por el hijo a no ser que éste se hubiere desistido formalmente de ella, o nada hubiere promovido judicialmente durante un año contado desde la última diligencia.

También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio.

Como la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio es imprescriptible para los hijos y sus descendientes, si éstos la hubiesen intentado, los demás herederos podrán continuarla aun cuando el ejercicio de la acción se hubiese iniciado después de la mayoría de edad, más cuatro años a que se refirió el artículo anterior.

Esto es, no importa quién haya iniciado la acción de reclamación, el hijo o sus descendientes, los demás herederos podrán continuar la misma a no ser que el hijo hubiera desistido o no hubiere promovido en el juicio durante un año, pues en ese caso el derecho de reclamación habría caducado.

Por la misma razón los herederos de una persona pueden contestar, por conducto del albacea, a toda demanda que tuviere por objeto disputar al autor de la sucesión la condición de hijo nacido de matrimonio, de cuya herencia son causahabientes, pero no necesariamente por conducto del albacea, cada heredero estaría legitimado para contestar la demanda que disputare la condición de hijo de matrimonio al autor de la sucesión.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 350. Los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que a los herederos conceden los artículos 348 y 349, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles.

La acción que se consagra en este artículo es un caso específico de acción

subrogatoria. Los acreedores estarían legitimados para ejercer la acción de reclamación de estado de hijo, que corresponde a su deudor o a sus descendientes. En este caso la acción de reclamación tendría como finalidad que el crédito se satisficiera sólo hasta su importe.

Mas la disposición que comentamos, otorga también el ejercicio de la acción de reclamación en los términos de la ley, a los legatarios y donatarios, si el hijo no tuvo bienes suficientes para pagarles.

En cualquiera de las hipótesis que hemos analizado no se exige que la insolvencia sea fraudulenta pues basta que el hijo no deje bienes para cubrir los adeudos.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 351. Las acciones de que hablan los tres artículos que preceden, prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo.

Los herederos distintos a los descendientes, los acreedores legatarios y donatarios de un hijo que no dejó bienes suficientes para pagarles, tienen la acción de reclamación de estado de hijo del autor de la sucesión sujeto a un término de cuatro años que se cuentan desde el fallecimiento del hijo.

La ley ha establecido un término de prescripción que debe ser relativamente corto por la turbación que implica en una familia el ejercicio de una reclamación de estado de hijo de matrimonio.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 352. La posesión de hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada, la cual admitirá los recursos que den las leyes, en los juicios de mayor interés.

Hemos dicho que la posesión es una situación de hecho y que tiene un derecho el que goza de él; en consecuencia, en atención al principio de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, la posesión de hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada en la que se hubiere ejercido la acción de desconocimiento de la paternidad, en los casos y términos que permite la ley.

El derecho no puede permitir un desorden que implique la pérdida de una

posesión, sino que se ventila dicha pérdida a través de un juicio en donde se escuche a los interesados y se les dé la oportunidad de defensa.

J.J.L.M.

ARTÍCULO 353. Si el que está en posesión de los derechos del padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión.

La posesión de los derechos de padre o de hijo se protegen contra los despojos o perturbaciones mediante las acciones de recuperación o retención de la posesión en la que se ven turbados.

La acción de recuperación de la posesión no se pierde por el hecho de que exista un presunto despojo de la posesión de estado de hijo de matrimonio, que hubiese durado más de un año. La acción de recuperación compete al que es perturbado y la retención a quien es despojado y aun cuando el CPC señala términos para el ejercicio de estas acciones, tales plazos son aplicables cuando la acción que se ejerce tiene por objeto la defensa de un patrimonio y, específicamente de un inmueble. Tratándose del estado civil, la acción de estado de hijo es imprescriptible, por lo tanto, la de recuperación de la posesión o cesación de turbaciones será imprescriptible para el hijo y sus descendientes.

J.J.L.M.

CAPITULO III De la legitimación

ARTÍCULO 354. El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración.

Si bien el código evita hablar de hijos legítimos para no hacer "discriminación" con los hijos naturales, no pudo sustraerse de la denominación universalmente admitida de esta figura jurídica que tiene sus orígenes en el derecho romano y que se encuentra generalizada en el derecho actual por lo menos para los hijos de padres que al tiempo de la concepción hubieran podido casarse.

El derecho mexicano va más allá y no exige el requisito de que los padres hubieran podido casarse al momento de la concepción, ya que considera que no es incumbencia de los hijos y de su estatus esta circunstancia cuando puede favorecerlos esta figura.

Tradicionalmente se considera que la legitimación pertenece a la vis atractiva del matrimonio por una ficción se tienen como nacidos de matrimonio los hijos legitimados por este matrimonio subsecuente de los padres.

F.V.E.

ARTÍCULO 355. Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.

Los autores (entre ellos Rojina Villegas) hablan de una fusión de actos jurídicos para que se dé la legitimación, no es el solo hecho de la celebración del matrimonio lo que los legitima, sino la conjunción de la celebración del matrimonio de los padres con el reconocimiento expreso antes de la celebración, o en el acto mismo de ella, o bien durante el matrimonio.

F.V.E.

ARTÍCULO 356. Si el hijo fue reconocido por el padre y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita reconocimiento del padre, si ya se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento.

La relación de filiación entre el hijo y la madre siempre es más estrecha que la del padre, por eso no se exige reconocimiento expreso de su madre. Se considera realizado el reconocimiento si en el acta de nacimiento se consignó el nombre de los padres; en este caso el solo matrimonio producirá la legitimación.

F.V.E.

ARTÍCULO 357. Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres.

Por la fuerza atractiva del matrimonio los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres aunque el reconocimiento sea posterior.

F.V.E.

ARTÍCULO 358. Pueden gozar también de ese derecho que les concede el artículo 354, los hijos que ya hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes.

Los hijos que ya han fallecido al momento de celebrarse el matrimonio de los padres pueden ser reconocidos si dejaron descendientes. Esto es de suma importancia para los derechos hereditarios de la sucesión **legítima** o de la sucesión testamentaria, si se encuentra previsión al respecto. En este caso la fuerza de la legitimación se proyecta sobre el tiempo y la existencia del ser humano.

F.V.E.

ARTÍCULO 359. Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta.

El artículo se refiere más precisamente a los hijos no nacidos, a los hijos concebidos, que pueden nacer dentro de los primeros 180 días, contados desde la celebración del matrimonio y para los que cabe el desconocimiento paterno (aa.22, 328 y 324 fr. I).

Para esta declaración no se necesita estar cierto de la concepción del hijo, es por ello que el legislador habla de hijos no nacidos, pero no se trata de un derecho sin sujeto por inexistencia de persona, sino de un derecho que tiene la persona del concebido.

F.V.E.

CAPITULO IV

Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio

ARTÍCULO 360. La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Por la naturaleza misma de las cosas, son distintos los criterios que observa el legislador en la determinación legal de la filiación paterna y materna de los hijos habidos fuera de matrimonio.

Respecto de la madre, la filiación resulta del solo hecho del nacimiento. En cuanto al padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial declarativa de la paternidad.

El proceso biológico de la maternidad es un hecho real que se manifiesta objetivamente, durante todo su período evolutivo, mediante signos perfectamente acreditables. En cambio la paternidad es un hecho que no puede probarse objetivamente y para determinarla, el legislador ha debido valerse, en ciertos casos, de presunciones para declarar judicialmente la paternidad, cuando el progenitor no reconoce voluntariamente a su hijo.

El a. 360 consagra un principio que es propio y exclusivo de la legislación mexicana, sin los matices que le atribuyen ordenamientos similares de otros países. Acreditado el parto y la identidad del hijo queda establecida la filiación de éste con respecto a su madre.

Cuando la mujer da cumplimiento a las obligaciones que le impone el a. 60, de hecho está confesando la existencia del parto, su propia maternidad y la identidad de su hijo, con lo cual queda de pleno derecho constituida o configurada la filiación.

L.C.P.

ARTÍCULO 361. Pueden reconocer a sus hijos, los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

La edad legalmente exigida para contraer matrimonio la señala el a. 148 y es de dieciséis años cumplidos en el hombre y de catorce en la mujer. Pero no basta con tener edad para contraer matrimonio, es necesario agregar a ella la del hijo, que se va a reconocer.

Excepcionalmente el a. 148, permite mediante dispensa el matrimonio de menores de esa edad.

L.C.P.

ARTÍCULO 362. El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial.

Para que el menor de edad pueda reconocer a un hijo habido fuera de matrimonio debe obtener la autorización de las personas que ejercen sobre él la patria potestad. Si el menor se encuentra sujeto a tutela debe autorizarlo el tutor.

Conforme a lo dispuesto en la fr. V del a. 537. "El tutor está obligado a representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales".

El tutor en esos actos no representa al pupilo, pero según los aa. 149 y 362 debe autorizarle para su celebración y ulterior validez.

Es oportuno recordar, que el a. 44 permite la realización de esos actos por medio de apoderados, siempre que sus mandatos se otorguen en la forma que esa disposición señala.

A falta de representantes legales del menor, la autorización para el reconocimiento debe darla el juez.

La SCJN en una ejecutoria que aparece publicada en el Apéndice del SJF del año 1975, en la p. 629, resolvió en lo pertinente: "el consentimiento del tutor se ha establecido en beneficio del menor y no en su perjuicio, por lo que, de no estar satisfechos esos requisitos legales, no se sigue que el menor deba perder los derechos que derivan de su reconocimiento y sólo corresponde a éste impugnarlo si le perjudicare".

Disponen los aa. 415 y 416 que los progenitores que reconocen a un hijo fuera del matrimonio, ejercerán sobre él la patria potestad. ¿Puede el menor de edad ejercer ese cargo si carece de capacidad para actuar por sí mismo?

Sería una buena solución para el ejercicio sin tropiezos de la patria potestad, conferir la calidad jurídica de emancipado al menor de edad que reconoce a un hijo habido fuera del matrimonio, al igual que lo ha hecho el a. 435 para otros fines.

Este caso ha sido resuelto por el a. 157 del CC español, en la siguiente forma: "El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez".

L.C.P.

ARTÍCULO 363. El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad.

Este artículo fue modificado el 17 de enero de 1970, el texto anterior era el siguiente: "No obstante, el reconocimiento hecho por un menor es revocable si prueba que sufrió engaño al hacerlo, pudiendo intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor edad".

Originariamente se autorizaba al menor para revocar el reconocimiento si acreditaba que sufrió engaño al hacerlo, contrariando el principio general consagrado en el a. 367, según el cual, el "reconocimiento no es revocable por el que lo hizo".

La actual redacción se encuentra de acuerdo con los principios legales que rigen la teoría de las nulidades, pues si el engaño y el error fueron factores determinantes del reconocimiento, la voluntad expresada en ese acto nació viciada y el acto sería en tal caso susceptible de anulación y no de revocación.

Los actos revocables, dice el maestro Rojina Villegas,

son aquellos que a pesar de haberse realizado, como el testamento, en cualquier momento se les puede dejar sin efecto. Pero los actos irrevocables como el reconocimiento, pueden ser nulos por haberse obtenido por error, engaño, violencia o por ser incapaz el que reconozca. De ahí la posibilidad de que se pueda, después, a través del juicio de nulidad demostrar que hubo error, engaño, violencia o que quien reconoció era incapaz. En consecuencia, a pesar de que el reconocimiento sea irrevocable, estará afectado de una nulidad relativa que hará valer el interesado.

(*Derecho civil mexicano, "derecho de la familia"*, 4a. ed. t. II, p. 750).

Si bien la nulidad puede invocarse de acuerdo a las normas generales, el a. 363 la refiere en forma particular a los menores que por error o engaño hicieron el reconocimiento y les señala un plazo especial para el ejercicio de la acción de nulidad.

L.C.P.

ARTÍCULO 364. Puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia.

Comprende esta disposición dos situaciones muy singulares: el reconocimiento de un hijo que aún no ha nacido y el del hijo que ya ha muerto. Jurídicamente no son personas por disponerlo así, los aa. 22 y 337. El primero de ellos considera que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se

pierde por la muerte. El segundo señala el instante en que se reputa nacido el feto.

Sin embargo el a. 22 considera que desde el momento de la concepción entra el futuro ser bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos que el código señala.

Por estas razones el legislador permite que pueda reconocerse al hijo que aún no ha nacido.

El hijo fallecido sólo podrá ser reconocido cuando hubiere dejado descendencia.

No especifica el legislador ni señala quiénes deben otorgar las autorizaciones para estos reconocimientos. Posiblemente los aa. 358 y 359 que confieren facultades similares, pueden servir de base para aclarar estos conceptos a los que en forma tan lacónica alude el artículo que se comenta.

El reconocimiento podrá efectuarse por alguno de los medios que señala el a. 369, en lo que les fuere aplicable.

L.C.P.

ARTÍCULO 365. Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente.

Hay ocasiones en que no pueden los progenitores reconocer conjuntamente al hijo, como ocurre en los casos de adulterio o cuando se reconoce el hijo por testamento.

En relación con la disposición que se comenta es necesario especificar, que según el a. 360, la madre no necesita reconocer formalmente al hijo, pues la filiación en lo referente a ella resulta del solo hecho del nacimiento.

Acreditado el alumbramiento y la identidad del hijo, la filiación y sus efectos se retrotraen a la fecha del parto, siendo por lo tanto prioritarios a cualquier reconocimiento posterior que haga el padre.

La autorización de la madre para el reconocimiento que haga posteriormente el padre, puede ser necesaria en virtud de lo que establece el a. 379.

L.C.P.

ARTÍCULO 366. El reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor.

En varios artículos el CC reitera este principio, que limita los efectos del reconocimiento sólo al progenitor que lo hace.

Así por ejemplo: los aa. 60 y 360 prohíben que en el acta de nacimiento del

hijo, aparezca el nombre del padre si éste no lo solicita. Los aa. 62, 63 y 374 no permiten que en esa acta figure el nombre del padre o de la madre cuando se trata de reconocimiento de los hijos concebidos en adulterio. Los aa. 370 y 371 impiden que el padre o la madre que reconocen separadamente al hijo revelen en ese acto el nombre de la persona con quien fue habido y sancionan a los funcionarios que no acaten esta prohibición.

L.C.P.

ARTÍCULO 367. El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revogue, no se tiene por revocado el reconocimiento.

El reconocimiento hecho en cualquiera de las formas que señala el a. 369, no puede revocarse una vez que se ha hecho.

De acuerdo con lo establecido en los aa. 367, 470, 472, 475, 481, 1295, 1378, 1379, 1600, entre otros, los testamentos no sólo pueden contener disposición de bienes e institución de herederos o legatarios, sino también declaraciones y cumplimiento de deberes. En consecuencia, puede en un testamento reconocerse a un hijo, como lo señala el artículo que se comenta y que reafirma la fr. IV del a. 369.

Si el reconocimiento se ha hecho en un testamento que después se revoca, no queda sin efecto el reconocimiento.

Se discute si puede el hijo reconocido en un testamento público abierto, que es posteriormente revocado, demandar en vida del testador el pago de una pensión alimenticia. (Véase el comentario al a. 80.)

L.C.P.

ARTÍCULO 368. El Ministerio Público tendrá acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad, cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor.

La misma acción tendrá el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o para el solo efecto de la exclusión.

El tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado podrá contradecirlo en vía de excepción.

En ningún caso procede impugnar el reconocimiento

por causa de herencia para privar de ella al menor reconocido.

El reconocimiento de un menor de edad puede ser impugnado:

- a) por el MP
- b) por el progenitor y
- c) por un tercero.

El MP puede contradecir el reconocimiento si perjudica al menor. No especifica la ley si la acción debe ejercitarse sólo en contra de quienes hubieren hecho el reconocimiento indebido o también en contra de los verdaderos progenitores. Tampoco señala la naturaleza de los perjuicios que puede sufrir el menor con el reconocimiento.

Es de advertir que en casos similares, el legislador no ha privado de su estado civil al reconocido sino que ha impuesto otras sanciones, como puede observarse del supuesto que señala el a. 1623.

El verdadero progenitor puede impugnar el reconocimiento indebido que hubiere hecho un tercero y reclamar para sí el carácter de progenitor.

Los reconocimientos ilegalmente efectuados pueden contradecirse por vía de excepción por terceros que se vean afectados por obligaciones derivadas del reconocimiento.

La ley prohíbe impugnar el reconocimiento por causa de herencia, cuando la acción tiene por objeto privar de ella al menor reconocido.

De conformidad con lo establecido en los aa. 24 y 422 del CPC del DF en los juicios sobre el estado civil, las sentencias que se dicten afectan aun a los que no han litigado.

L.C.P.

ARTÍCULO 369. El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.—En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II.—Por acta especial ante el mismo juez;
- III.—Por escritura pública;
- IV.—Por testamento;
- V.—Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento es un acto solemne y sólo deberá hacerse por alguno de los cinco modos que señala el a. 369, que contiene una enumeración taxativa y no simplemente enunciativa o por vía de ejemplo. Habría sido de esta última especie si en vez de emplear este artículo la voz "deberá" en el encabezamiento,

hubiere usado la expresión "podrá". Taxativa, según el diccionario de la lengua viene del latín *taxatum*, supino de *taxare*, tasar, limitar "Que limitar circscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias".

I. Reconocimiento efectuado en la partida de nacimiento ante el juez del registro civil. El a. 77 establece que si la madre o el padre de un hijo nacido fuera de matrimonio o ambos, lo presentan para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos del reconocimiento legal. Este mismo principio lo reiteran los aa. 356 y 369 fr. I.

La SCJN, en una ejecutoria que aparece publicada en el Informe de 1977, bajo el número 148 de la p. 135, resolvió:

El hecho de que el propio padre del hijo natural lo haya presentado ante el oficial del Registro Civil para que se asentara su nacimiento, lleva implícito su reconocimiento de tal por su progenitor y, en consecuencia, el acta de nacimiento relativa surte todos los efectos del reconocimiento legal en los términos de los artículos 77 y 260 fracción I del Código Civil para el Estado de Guerrero. No obstante a lo anterior, el que el acta de nacimiento cuya nulidad se solicita no contenga la firma del presunto padre, toda vez que esa circunstancia no implica en manera alguna la nulidad de dicha acta por no ser un elemento substancial de la misma. (Unanimidad de 4 votos).

II. Reconocimiento efectuado por acta especial ante el mismo juez. El procedimiento aplicable se encuentra consignado en el a. 78. Este reconocimiento procede cuando ya ha sido registrado el nacimiento y se hará mención de él en dicha acta. Si se hiciera en oficina distinta de aquella en que se levantó el acta de nacimiento, se le enviará al encargado de ella, copia del reconocimiento. Así lo establecen los aa. 82 y 83.

III. Reconocimiento hecho en escritura pública, debe hacerse ante notario. La LN para el DF, de 8 de enero de 1980, en los aa. 60 y siguientes, especifica las características de toda escritura pública. El reconocimiento no puede hacerse por instrumento privado.

En cualquiera de los tres casos que señalan las frs. I, II y III del artículo que se comenta, el reconocimiento puede hacerse personalmente por los progenitores o por medio de mandatarios, siempre que reúnan los requisitos que señala el a. 44.

IV. Reconocimiento hecho en testamento. El reconocimiento puede hacerse también en un testamento y si éste se revoca, no se tiene por revocado el reconocimiento según el a. 367.

V. Por último el reconocimiento puede hacerse por confesión judicial directa y expresa. La SCJN en una ejecutoria que aparece publicada en el Informe de 1979, bajo el número 61 de la p. 52, resolvió en su parte pertinente:

que la confesión de que se viene hablando por haber sido aceptada en el escrito de contestación de la demanda que inició el juicio que dio motivo a

la sentencia *ad quem*, obviamente es una confesión que hace prueba plena, deduciéndose que en el reconocimiento de la hija se llenó la exigencia de la fracción V del artículo 351 del Código Civil del Estado de México. No es óbice a lo anterior que el demandado al ratificar ante juez competente, haya agregado que firmó el acta que contiene su confesión, "por medio de coacción física y moral", esto es, por haber sido privado ilegalmente de su libertad, pues sobre tales hechos nada demostró en el juicio natural, ya que a ese efecto, ni siquiera aportó prueba alguna. (Unanimidad de 4 votos).

L.C.P.

ARTÍCULO 370. Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrá revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación, se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles.

Disposiciones similares a ésta se encuentran en varios artículos del CC.

Establece el a. 60 que en el acta de nacimiento del hijo no podrá constar el nombre del padre si no lo solicita él directamente. El a. 69 prohíbe al juez del registro civil y a los testigos, hacer inquisición sobre la paternidad. El a. 360 dispone que la filiación con respecto al padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad. Por fin, el a. 366 dispone que el reconocimiento sólo produce efectos con respecto al progenitor que lo hace.

En una ejecutoria de la SCJN que aparece publicada en el Informe de 1980, bajo el número 5 de la p. 5 se ordenó eliminar de un acta de nacimiento ciertas expresiones que no debían figurar en ella. Es interesante esta ejecutoria, aun cuando no se refiere al caso específico que se comenta, en su parte pertinente se expresa: "...debe especificarse que al testarse las palabras 'su esposa' deben quedar absolutamente ilegibles y sin que en la anotación marginal correspondiente se haga alusión alguna a las mismas, esto es, de modo que no sea posible desprender en forma alguna la materia de la rectificación..."

L.C.P.

ARTÍCULO 371. El Juez del Registro Civil, el juez de primera instancia en su caso, y el notario que consienta en la violación del artículo que precede, serán castigados con la pena de destitución de empleo e inhabilitación para desempeñar otro por un término que no baje de dos ni exceda de cinco años.

El juez del registro civil puede ser destituido del empleo si consiente en la violación del artículo anterior. Se le apercibe con igual sanción en los aa. 37, 42, 46 y 112, si ejecuta los hechos que en dichas disposiciones se indican.

También se apercibe al juez de primera instancia con igual sanción, cuando dejare constancia en autos del nombre del otro progenitor en las diligencias de reconocimiento judicial del hijo.

La misma pena podrá aplicarse a los notarios que hayan intervenido en los reconocimientos hechos por escritura pública o testamentos abiertos.

L.C.P.

ARTÍCULO 372. El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste.

El cónyuge está facultado para reconocer libremente al hijo habido antes de su matrimonio. Sin embargo no puede incorporarlo a su nueva familia sino con la anuencia expresa de su cónyuge.

No existe igual limitación con respecto a los hijos de los divorciados, de los nacidos dentro de un matrimonio que es posteriormente anulado, ni de los hijos adoptivos, a ellos no se les priva de un hogar.

La negativa a admitir a estos hijos en la habitación conyugal puede traer consigo varias consecuencias de orden legal tales como: privar al progenitor de la custodia del hijo (aa. 380 y 381); obligarle a pagar en dinero las pensiones alimenticias que se decreten en su contra (aa. 309 y 310). En cuanto al ejercicio de la patria potestad será necesario considerar lo que disponen los aa. 415, 416 y 445. La madre no podrá autorizar a su hijo para contraer matrimonio si no vive con ella (a. 149).

L.C.P.

ARTÍCULO 373. Derogado.

ARTÍCULO 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

Del rígido tenor de esta disposición pareciera desprenderse que la prohibición que establece es categórica y excluyente y que sólo podría reconocer a ese hijo otro hombre distinto del marido, cuando éste lo hubiere desconocido y por sentencia ejecutoria se hubiere declarado que no es hijo suyo.

Sin embargo, los aa. 62 y 63 aclaran estos conceptos al disponer que la prohibición subsiste cuando marido y mujer viven juntos. Argumentando a contrario sensu: si viven separados, podría un tercero, distinto del marido, reconocer a ese hijo como suyo. Así lo ha entendido la SCJN en una ejecutoria que aparece publicada en el Apéndice de 1975 del SJF, en la p. 640 que dice al respecto:

Es indudable que el artículo 374 del Código Civil, que establece que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, contiene una disposición de orden público pero no en términos tan amplios y absolutos que no admite excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, la *ratio legis*, de tal artículo, no puede ser otro que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia, frente a este fin de orden superior, nuestro legislador no puede pasar por alto la circunstancia impuesta por la realidad, de que una mujer casada que no vive con su marido puede procrear un hijo con un hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negársele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre, siendo precisamente por ello que el artículo 63 del Código Civil dispone que cuando el hijo nazca de mujer casada que viva con su marido (cuando no viva con él, si podrá ser reconocido el hijo por su verdadero padre), en ningún caso ni a petición de persona alguna podrá el oficial del registro civil asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido el hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare. Por tal motivo, armonizando los comentados preceptos con el artículo 62 del mismo código, el hijo de una mujer casada sí podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, cuando aquélla no viva con éste, pues el temor al escándalo que el reconocimiento podría entrañar y que es la razón de la prohibición, ya no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo se produjo con la separación misma de los cónyuges. (Unanimidad de 5 votos).

L.C.P.

ARTÍCULO 375. El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el de su tutor si lo tiene, o el del tutor que el juez le nombrará especialmente para el caso.

El mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, dice el a. 375. Ya había establecido una disposición similar el a. 79.

El menor de edad necesita del consentimiento del tutor si lo tiene o de un tutor *ad hoc* que el juez le nombrará especialmente para el caso.

La aceptación del reconocimiento que haga el tutor, actuando en nombre y representación del menor, producirá de pleno derecho la extinción de la tutela, pues desde ese mismo instante el reconocido quedará sujeto a la patria potestad de su progenitor, según lo disponen los aa. 415, 416 y 602 fr. II.

La SCJN en una ejecutoria que aparece publicada en el Informe de 1977, bajo el núm. 115 de la p. 114 ha resuelto que:

La comparecencia del tutor al acto del reconocimiento sólo la exige la ley para proteger los intereses del menor, de tal manera que la omisión de dicho requisito no puede acarrear la nulidad del reconocimiento cuando el acto es en beneficio del hijo, porque con ello, lejos de proteger los intereses del reconocido se le afectaría por una omisión que ni siquiera le es imputable y que, por lo mismo, no se le puede parar perjuicio, razón por la cual sólo a él le corresponderá impugnar el acto si considera que le causó agravio, lo que deberá hacer en el tiempo y término que señala el artículo 320 del Código Civil para el Estado de Oaxaca.

En el Apéndice del SJF correspondiente a los años 1917-1975 en la p. 629, aparece publicada la jurisprudencia obligatoria núm. 203 que en su parte pertinente dice:

...tampoco es motivo para considerar nulo o anulable el acto de la presentación, el hecho de que el menor tenga el carácter de hijo natural por no ser casados sus padres y no haber intervenido su tutor, porque el consentimiento del tutor se ha establecido en beneficio del menor y no en su perjuicio, por lo que de no estar satisfechos esos requisitos legales, no se sigue que el menor deba perder los derechos que derivan de su reconocimiento y sólo corresponde a éste impugnarlo, si le perjudicare.

L.C.P.

ARTÍCULO 376. Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra del reconocimiento cuando llegue a la mayor edad.

La ley no señala la forma de hacer esta reclamación ni sus efectos. No indica si es necesario invocar causales específicas o basta simplemente con manifestar la inconformidad con el reconocimiento para que éste quede sin efecto.

Al parecer, ésta debiera ser la solución porque el legislador en varias disposiciones protege a los hijos de reconocimientos no deseados, que en vez de beneficiarles les perjudique como ocurre en el caso que contempla el a. 1623.

A los mayores de edad, la ley les da la oportunidad de rechazar el reconoci-

miento; en cambio a los menores no les otorga igual derecho y les deja sujetos al arbitrio del tutor. De allí que parezca lógico que la ley les otorgue en el artículo que se comenta, la oportunidad de desconocer el reconocimiento de que fueron objeto durante su incapacidad. Una disposición similar contiene el a. 394 respecto de la adopción.

ARTÍCULO 377. El término para deducir esta acción será de dos años, que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.

El reconocimiento trae consigo consecuencias de derecho que es difícil ocultar; tales como el ejercicio de la patria potestad o la custodia del hijo que se reconoce.

El legislador considera la posibilidad de que el hijo pueda ignorar el reconocimiento cuando ha sido durante su minoridad, puesto que si es mayor de edad al ser reconocido, el a. 375 exige perentoriamente su consentimiento para que adquiera eficacia jurídica el acto.

La disposición contenida en este precepto se refiere pues a los menores de edad reconocidos aun con el consentimiento del tutor, si el reconocimiento les causa perjuicio, caso en el cual podrán reclamar contra él (impugnarlo) según se desprende de la tesis sustentada en la siguiente ejecutoria de la Tercera Sala de la SCJN:

Reconocimiento de hijo natural menor de edad. Es válido el que se hace aun cuando no se exprese el consentimiento del tutor. (Veracruz). Aun cuando es cierto que el artículo 303 del Código Civil del Estado de Veracruz dispone que el menor de edad no puede ser reconocido sin el consentimiento de su tutor, si lo tiene, o el de tutor que el juez le nombre especialmente para el caso, la omisión de hacer tal designación no priva a los menores de su calidad de hijos naturales reconocidos, aun cuando se haya manifestado que se trataba de hijos legítimos, pues tal circunstancia al no serles imputable no puede pararles perjuicio. La comparecencia del tutor sólo se exige para proteger los intereses del menor, de suerte que la omisión de tal requisito no puede invalidar el reconocimiento en cuanto lo beneficia y sólo podrá impugnarlo si le perjudica.

Dispone el artículo que se comenta que dentro del plazo que allí se señala deberá "deducirse la acción". Ello nos lleva a la conclusión que será necesario promover un juicio contradictorio con lo cual se hará ilusorio el derecho que otorga al reclamante el a. 366 si el juez en definitiva no acoge su reclamación.

L.C.P.

ARTÍCULO 378. La mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.

No se trata de la madre, a ella se refiere el artículo siguiente.

Es un caso típico de prohijamiento de un niño ajeno, nacido fuera de matrimonio.

La mujer que lo ha prohijado debe: *a)* cuidar o haber cuidado de la lactancia del niño; *b)* haberle dado su nombre o permitido que lo lleve; *c)* haberlo presentado públicamente como hijo suyo y *d)* haber proveído a su educación y subsistencia.

Si se reúnen estos requisitos, la mujer puede contradecir el reconocimiento que un hombre hubiere hecho o pretenda hacer de ese niño. El término para contradecir el reconocimiento será de sesenta días que se contarán desde que la mujer tuvo conocimiento de él.

Si entabla la acción contradiciendo el reconocimiento, no podrá separarse al niño del lado de la mujer que lo ha prohijado, a menos que ella consienta en entregarlo o que fuere obligada a entregarlo por sentencia ejecutoriada.

La prueba de la paternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio es difícil, porque no existen medios científicos adecuados para acreditarla.

L.C.P.

ARTÍCULO 379. Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente.

La familia constituida al margen del matrimonio generalmente se forma en torno a la madre. De allí que en algunas legislaciones se le otorgue a ella la patria potestad sobre los hijos, en forma exclusiva.

El a. 379 en el fondo le reconoce a la madre su carácter de jefe de esta familia

extramatrimonial al conferirle la facultad de contradecir el reconocimiento que algún varón hiciere de sus hijos sin su consentimiento.

Si la madre contradice el reconocimiento, éste quedará sin efecto, y el problema relativo a la paternidad se resolverá en un juicio contradictorio.

L.C.P.

ARTÍCULO 380. Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Los progenitores de los hijos habidos fuera de matrimonio pueden vivir juntos o separados.

Si viven juntos, el a. 415 resuelve todo lo relacionado con la patria potestad y la custodia de los hijos. Si viven separados, el a. 416 dispone que la patria potestad la ejercen ambos progenitores, en tanto que los aa. 380 y 381 señalan a quién de ellos corresponde su custodia.

La patria potestad comprende: la representación del hijo; la administración de sus bienes y, el cuidado personal del menor, o sea su custodia. La custodia es pues, uno de los elementos de la patria potestad y a ella se refieren, entre otros, los aa. 259, 260, 380, 381, 413 y 423.

Si los padres viven separados, por razones obvias, sólo uno de ellos podrá hacerse cargo de la custodia del hijo y el a. 380 que se comenta es el llamado a resolver a cuál de ambos progenitores le corresponderá su ejercicio cuando han reconocido al hijo en el mismo acto.

Originariamente el a. 380 se refería a la patria potestad de los hijos habidos fuera de matrimonio cuando los padres vivían separados pero por reforma publicada en el DO de 24 de marzo de 1971, se reemplazó en este artículo la frase "patria potestad" por la expresión "custodia".

El artículo que se comenta, dispone que si los padres que viven juntos reconocen al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia y en caso que no lo hicieren, resolverá el juez de lo familiar, oyendo a los padres y al MP.

L.C.P.

ARTÍCULO 381. En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, sal-

vo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

De la misma manera que el a. 380, el a. 381 se refería a la patria potestad, pero la reforma publicada en el DO de 24 de marzo de 1971 reemplazó la frase "patria potestad" por la expresión "custodia".

Si los progenitores que no viven juntos reconocieron separadamente a sus hijos, ejercerá la custodia el que primero los haya reconocido, que generalmente es la mujer en virtud de lo establecido en el a. 360.

Sin embargo, los padres pueden convenir otra cosa, pero el juez de lo familiar, podrá modificar ese convenio por causa grave con audiencia de los interesados y del MP.

L.C.P.

ARTÍCULO 382. La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:

I.—En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II.—Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;

III.—Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritablemente;

IV.—Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra del pretendido padre.

En la legislación mexicana no existe un sistema de libertad absoluta en la investigación de la paternidad. Sólo se admite en los cuatro casos que enumera el artículo que se comenta.

No existen medios científicos adecuados para acreditar la paternidad. Los medios de prueba que puedan aportarse en el proceso de investigación, es difícil que reúnan los requisitos que la ley exige para dar por plenamente probado un hecho. De allí que el legislador al autorizar la investigación de la paternidad, ha debido recurrir nuevamente al sistema de presunciones para facilitar su prueba.

El a. 382 permite la investigación de la paternidad:

I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincide con el de la concepción.

La fr. I contempla en verdad tres casos distintos: el rapto, el estupro y la

violación. Presume el legislador que si la época en que se cometió cualquiera de estos tres delitos coincide con el de la concepción, deberá atribuirse la paternidad del hijo que hubiere nacido, al autor del hecho punible.

II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre. El a. 384 se encarga de señalar el alcance que el legislador atribuye a esta figura jurídica. (Véase al respecto el comentario a dicho artículo).

III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritadamente. Aquí recurre nuevamente el legislador al sistema de presunciones. Estas permiten atribuir la paternidad al concubinario cuando se reúnen los diversos elementos que señala el a. 383.

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. No se requiere de un principio de prueba por escrito como lo exigen los aa. 328 fr. I y 341, en los casos que ahí se señalan, sino de cualquier medio de prueba.

L.C.P.

ARTÍCULO 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.—Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

II.—Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Se establece aquí una presunción similar a la que contempla el a. 324, respecto a los hijos de matrimonio. Al parecer bastaría probar el concubinato para que la presunción operara de pleno derecho.

La SCJN en una ejecutoria que aparece publicada en el Apéndice correspondiente al año 1975 del SJF en la p. 633, dijo sobre esta materia en su parte pertinente:

...Sin embargo, si es evidente que en la redacción de este precepto —el 382— nuestro Código se ajustó al sistema francés de investigación limitada también lo es que en la del 383 siguió el sistema alemán —1717 del BGB— como lo dice García Téllez en sus *Motivos y Concordancias*, en cuanto a que estatuyó los casos en que se establece presuntivamente la filiación natural y no ya aquellos en que se permite investigarla, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinario y de la concubina —a. 383— con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges —a. 324.

En otra ejecutoria, la SCJN refiriéndose al amasiato, dijo:

Ni lógica ni jurídicamente puede establecerse que porque un hombre sea amasio de una mujer, forzosamente el hijo que nazca de ésta sea de aquél, máxime si se considera en tratándose de la filiación natural, ni siquiera puede operar el principio de la fidelidad, que es uno de los principios básicos sobre los que se sustenta el matrimonio y, por tanto, la filiación legítima, pero no en el amasiato (que desde luego no debe confundirse con el concubinato) ni mucho menos, la filiación que de tal amasiato se derive. (Unanimidad de 5 votos. Aparece publicada en el Informe de 1975 en la p. 101).

En el Informe de la comisión redactora del CC de 1928, se dejó constancia de lo siguiente: "Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato, la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina".

L.C.P.

ARTÍCULO 384. La posesión de estado, para los efectos de la fracción II del artículo 382, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre, o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

Dice el maestro Rojina Villegas que:

El artículo 384 define la posesión de estado para investigar la paternidad, la cual no requiere los tres elementos clásicos de nombre, trato y fama, pues basta con el trato del presunto padre o de la familia paterna, pero se agrega que éste hubiera proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo.

Es necesario considerar al respecto que el a. 387 establece que el solo hecho de proporcionar alimentos no constituye por sí solo presunción de paternidad o maternidad.

L.C.P.

ARTÍCULO 385. Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

Existe amplia libertad para investigar la maternidad y la acción corresponde al presunto hijo y a sus descendientes. Puede probarse la maternidad por cualquiera de los medios ordinarios.

Quedaria probada la maternidad si puede acreditarse el parto y la identidad del presunto hijo.

No se permite la investigación cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

L.C.P.

ARTÍCULO 386. No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.

El maestro Rojina Villegas considera que "la sentencia civil es la de impugnación de la legitimidad del hijo por parte del marido. La sentencia criminal es la de adulterio de la mujer casada, para que ya exista una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio". (*Derecho civil mexicano*, "Derecho de familia", 4a. ed., México, Porrúa, 1975, t. II, p. 720).

L.C.P.

ARTÍCULO 387. El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas.

El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba ni aun presunción de paternidad o maternidad. Pero si va unido este hecho a los demás elementos que señala la ley para establecer la posesión de estado tendría especial significación (ver comentarios al a. 384).

L.C.P.

ARTÍCULO 388. Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

Viviendo los padres, los hijos pueden entablar la acción, cualquiera que sea la edad de éstos. La acción no se extingue.

Si los padres mueren durante la menor edad de los hijos, éstos pueden intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayoría de edad.

L.C.P.

ARTÍCULO 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho:

- I.—A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II.—A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III.—A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Esta disposición confiere iguales derechos a los hijos. Los hijos de matrimonio y los extramatrimoniales no tienen categorías distintas como en otras legislaciones y en la anterior al código de 1928.

Para la legislación mexicana sólo existen hijos con iguales derechos respecto de sus progenitores.

Los hijos reconocidos tienen derecho: a llevar el apellido paterno de quien lo reconoce. Cuando el hijo es reconocido en el acta de nacimiento, el a. 58 establece en su último párrafo que: "En los casos de los artículos 60 y 77 de este Código el juez pondrá el apellido paterno de los progenitores o los dos apellidos del que lo reconozca". También tienen derecho a ser alimentados por las personas que los reconozcan, y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

En la sucesión legítima de los progenitores, heredan conjuntamente con los demás hijos sin limitación alguna. Tienen también derecho a percibir las pensiones alimenticias que menciona el a. 1368 en la sucesión testamentaria.

L.C.P.

CAPITULO V De la adopción

ARTÍCULO 390. El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando este sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I.—Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;

II.—Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse; y

III.—Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.

En concordancia con el a. 391, este precepto establece quiénes pueden adoptar: los mayores de veinticinco años —solteros, viudos o divorciados— y los cónyuges conjuntamente, siempre que ambos estén de acuerdo en considerar al adoptado como hijo.

Asimismo esta norma dispone quiénes pueden ser adoptados: los menores de edad (hasta dieciocho años cumplidos) y los incapacitados (a. 450, frs. II, III y IV).

La exigencia de que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado se explica porque la figura jurídica de la adopción representa un sucedáneo de la paternidad biológica y se le trata, dentro de lo posible, de manera semejante a ésta.

En cuanto a los requisitos que debe probar el adoptante, responden a la idea de que la adopción se establece por sobre todas las cosas, en provecho del adoptado, dada la condición de inferioridad física e intelectual en que éste se halla, por su minoridad o por otra incapacidad.

Si bien antiguamente la adopción era considerada como un beneficio para el adoptante que careciese de descendencia (Código Napoleónico), la doctrina actual entiende que debe procurarse de modo esencial el interés del adoptado. La prueba tendente a acreditar las exigencias del presente artículo deberá ofrecerse en el primer escrito que se presente al solicitar la adopción, ante el juez de lo familiar. El trámite que se sigue ante dicho juez, es el previsto en los aa. 923 y 924 del CPC.

C.G.M.

ARTÍCULO 391. El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y

cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos.

Este precepto trata de equilibrar dos principios: por una parte el hecho de que la adopción es un sucedáneo de la paternidad y, por lo tanto, debe existir una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado, que sea aproximada a la diferencia natural que existe entre los padres biológicos y sus hijos. Por otra parte, es aconsejable fomentar las adopciones, por el beneficio que ellas pueden reportar a los menores e incapacitados. En consecuencia, la ley aplica un criterio ecuánime, eximiendo del requisito de la edad a uno solo de los cónyuges.

C.G.M.

ARTÍCULO 392. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior.

El adoptante —o ambos cónyuges— ejercerán la patria potestad sobre el adoptado (a. 403), en el caso de que éste sea menor de edad. Los derechos y deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, presuponen una unidad de acciones dirigidas al mejor cuidado de la persona y de los bienes del menor. Sería desde todo punto de vista inconveniente que esas acciones se diluyeran en más de una persona, salvo en el caso de los cónyuges, que actuarán de manera semejante a los padres biológicos.

C.G.M.

ARTÍCULO 393. El tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de tutela.

La ley se muestra muy rigurosa en lo que respecta al control de la gestión del tutor en el plano económico, dado que esa gestión incide sobre el patrimonio del menor sometido a tutela. Son varias las exigencias legales impuestas al tutor en ese aspecto: prestación de garantía, rendición de cuentas, etc.

Este precepto trata de evitar que el tutor escape al control establecido por la ley, recurriendo a la vía lateral de la adopción.

C.G.M.

ARTÍCULO 394. El menor o el incapacitado que hayan sido adoptados, podrán impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

La impugnación se diferencia de la revocación porque esta última se realiza por acuerdo de las partes o por causa de ingratitud del adoptado (aa. 405-406); la impugnación la puede realizar unilateralmente el adoptado y la procedencia de la solicitud la examinará el juez. El procedimiento para sustanciar la impugnación es necesariamente contencioso (a. 926 CPC). El plazo de un año que señala este precepto es un término de caducidad: el juez de oficio puede hacerla valer mediante el cotejo de la fecha en que se cumplió la mayoría de edad (o cesó la incapacidad, en su caso) y la fecha de interposición de la demanda. La fecha en que haya desaparecido la incapacidad se determina por la sentencia ejecutoriada que declare el levantamiento de la interdicción del incapacitado.

C.G.M.

ARTÍCULO 395. El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción.

Para poder ejercer los derechos y asumir las obligaciones derivadas de la adopción, el adoptante tiene la patria potestad sobre el adoptado, según dispone el a. 403. Los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos, están legislados en los aa. 411 al 422 (ver los comentarios respectivos). No es preceptivo, que el adoptante dé nombre y apellidos al adoptado, sino facultativo, dado que el legislador empleó el verbo "podrá". (Ver comentarios al a. 86.)

C.G.M.

ARTÍCULO 396. El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

Entre los derechos que, de acuerdo con este artículo, tiene el adoptado, se encuentran el de exigir alimentos y el sucesorio. En cuanto a las obligaciones,

por su contenido moral y su carácter afectivo van más allá que las derivadas del sometimiento a la patria potestad; así, el deber de honrar y respetar al adoptante (o adoptantes) no se extingue al terminar la patria potestad. Es de tener en cuenta que la adopción es un vínculo revocable; en caso de que sea revocada, cesan los derechos y obligaciones recíprocos entre adoptante y adoptado. En caso de que existiese impugnación a la adopción (a. 394), si el juez declarase disuelto el vínculo de la adopción, cesarían aquellos derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado, que no se hubiesen extinguido ya, al alcanzar la mayoría de edad el adoptado.

C.G.M.

ARTÍCULO 397. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

I.—El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;

II.—El tutor del que se va a adoptar;

III.—La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor;

IV.—El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.

Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción.

Este artículo distingue dos clases de menores susceptibles de ser adoptados: aquellos sometidos a patria potestad o a tutela; y los menores abandonados o expósitos. Con relación a los primeros, los padres o tutores deberán consentir en la adopción. Para los segundos, es necesario primeramente que se configure el período legal de abandono, que es de seis meses: el a. 443, fr. IV, dispone que se pierde la patria potestad. "Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses". Y el a. 923 del CPC prescribe que "Si hubieren transcurrido menos de seis meses de la exposición o abandono, se decretará el depósito del menor con el presunto adoptante, entre tanto se consuma dicho plazo". Igualmente se procederá con el menor que no tuviese padres conocidos y no hubiese sido recogido por una institución pública.

Para la adopción del menor abandonado o expósito, deberán consentir, o la persona que haya acogido de hecho al menor, o el MP, en su caso.

Aunque para la adopción se requiere el consentimiento de las personas indicadas en este precepto, ello no significa que se trate de un acuerdo entre partes: la adopción es un acto eminentemente jurisdiccional. El juez no se limita a homologar lo resuelto por las partes, sino que es la sentencia judicial que aprueba la adopción que crea el estado civil de hijo adoptivo y de padre adoptante, o padres adoptantes.

El menor que haya cumplido catorce años debe consentir en su propia adopción; pero ello no lo inhibe de poder impugnar la adopción, si así lo decidiese una vez llegada a su mayoría de edad (a. 394).

C.G.M.

ARTÍCULO 398. Si el tutor o el Ministerio Público no consienten en la adopción, deberán expresar la causa en que se funden, la que el juez calificará tomando en cuenta los intereses del menor o incapacitado.

Si el menor está sometido a patria potestad, no necesita el padre que la ejerce expresar causa alguna para oponerse a una adopción de su hijo por otra persona; es más, sería improcedente la instancia de adopción respecto del menor.

El tutor o el MP deben, en caso de oponerse a la adopción, expresar el fundamento de su oposición ya que, en principio, la adopción es benéfica para un menor no sujeto a patria potestad.

C.G.M.

ARTÍCULO 399. El procedimiento para hacer la adopción será fijado en el Código de Procedimientos Civiles.

El CPC legisla el procedimiento para la adopción en el capítulo IV, del título decimoquinto, "De la jurisdicción voluntaria". Se establece un procedimiento sumario para sustanciar la adopción. La impugnación a la adopción y su revocación, por disposición expresa del CPC (a. 926) no pueden promoverse en diligencias de jurisdicción voluntaria.

C.G.M.

ARTÍCULO 400. Tan luego como cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte autorizando una adopción, quedará ésta consumada.

Siendo la adopción un acto eminentemente jurisdiccional, el parentesco civil que deriva del vínculo de adopción queda fijado por la sentencia ejecutoriada. O sea que la sentencia es constitutiva del estado civil que nace de la filiación adoptiva. El acta de adopción constituye un documento público, que hace prueba plena del hecho que en ella se atesta, pero la falta del acta no priva de efectos a la adopción, ya sea entre las partes o frente a terceros. (Ver comentario al a. 85).

C.G.M.

ARTÍCULO 401. El juez que apruebe la adopción remitirá copia de las diligencias respectivas al Juez del Registro Civil del lugar para que levante el acta correspondiente.

Ver comentarios a los aa. 84, 85, 86 y 87.

C.G.M.

ARTÍCULO 402. Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo que dispone el artículo 157.

El sistema de adopción que regula el CC para el DF, es el llamado por la doctrina "adopción simple"; el parentesco civil creado por ella se limita al adoptante y al adoptado; es decir, el hijo adoptivo adquiere un *status filii*, no un *status familiae*: no pertenece a una nueva familia, ni por consiguiente es pariente de los miembros de la familia del adoptante. Paralelamente, el adoptado no rompe sus vínculos con su familia de origen (a. 403). El hijo adoptivo no tiene derechos sucesorios con relación a los padres del adoptante, p.e.; recíprocamente, el padre adoptante no heredará a los hijos del adoptado. Tampoco existe obligación recíproca alimentaria entre el hijo adoptivo y los parientes del adoptante.

Por oposición a este sistema, otras legislaciones consagran la llamada "adopción plena", en virtud de la cual el hijo adoptivo rompe los vínculos con su familia de origen y pasa a ser un miembro más en la familia del adoptante, al

mismo título que si fuese hijo biológico de éste. Los estados de Quintana Roo e Hidalgo incorporaron en sus códigos este tipo de adopción.

C.G.M.

ARTÍCULO 403. Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguén por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

La adopción simple no trae como consecuencia el rompimiento de los vínculos parentales con la familia de origen del adoptado. La patria potestad, en cambio, se transfiere al adoptante, para que éste pueda cumplir con sus obligaciones y ejercer sus derechos con relación al hijo adoptivo. En virtud de este precepto, éste podrá heredar a quienes lo hayan adoptado, a sus padres consanguíneos y a todos sus parientes biológicos, dentro del cuarto grado. También tendrá, con respecto a unos y otros, derecho y obligación alimentaria.

De este artículo se desprende que puede adoptarse al hijo del cónyuge, caso en el cual ambos esposos pasarán a ejercer la patria potestad sobre el hijo, como si éste fuera hijo de matrimonio.

C.G.M.

ARTÍCULO 404. La adopción producirá sus efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante.

Este precepto es de aplicación cuando el adoptante es persona libre de matrimonio, como expresa el a. 390; si esta persona se casa y engendra hijos biológicos, no por ello pierde sus efectos la adopción respecto al adoptante. De acuerdo con el a. 391, se requiere el consentimiento del cónyuge, para que se pueda considerar al adoptante como hijo adoptivo de ambos.

También se aplica este artículo en el supuesto de que los adoptantes sean marido y mujer (a. 391); aunque les sobrevengan hijos consanguíneos, no se extinguén los efectos de la adopción.

¿Debe interpretarse este precepto, a contrario sensu, que un matrimonio que ya tenga hijos biológicos no puede adoptar?

Esta conclusión no se desprende de la lectura del a. 390, que es el que establece los requisitos para poder adoptar: no exige ese artículo que el adoptante no tenga hijos de su sangre.

Por otra parte, el juez apreciará la conveniencia o no de la adopción, en caso de que existiesen hijos biológicos del adoptante, y resolverá en consecuencia, según las facultades que le otorga el CPC.

C.G.M.

ARTÍCULO 405. La adopción puede revocarse:

- I.— Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oirá a las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo 397, cuando fueren de domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas;
- II.— Por ingratitud del adoptado.

La llamada "adopción simple", cuyo sistema recoge el CC para el DF, es un acto jurídico revocable. En ello se diferencia de la "adopción plena" (legislada en los estados de Quintana Roo e Hidalgo), que coloca al adoptivo en la misma situación de hijo de familia, como un vístago consanguíneo: al igual que la filiación biológica, ese vínculo es irrevocable.

Es menester armonizar este artículo con el 157, según el cual "El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción". A contrario sensu, una vez revocada la adopción, podrán contraer matrimonio.

Cuando la revocación se solicita por acuerdo de las partes, puede sustanciarse en jurisdicción voluntaria (a. 926 CPC).

C.G.M.

ARTÍCULO 406. Para los efectos de la fracción II del artículo anterior, se considera ingrato al adoptante:

- I.— Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;
- II.— Si el adoptado formula denuncia o querella contra el adoptante, por algún delito aunque se pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes;
- III.— Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.

Este precepto establece taxativamente las causales de ingratitud, de modo que su interpretación debe ser estricta; no puede extenderse su contenido por analogía o por mayoría de razón.

La fr. I dispone que, para que exista ingratitud, debe tratarse de un delito intencional, quedan, en consecuencia, excluidos los delitos no intencionales o de imprudencia, y los preterintencionales (a. 8 CP). La enumeración de los bienes jurídicos tutelados (persona, honra y bienes) es taxativa, así como la enunciación de los posibles sujetos pasivos del delito: adoptante, cónyuge, ascendientes o descendientes.

El adoptivo que incurriese en el supuesto de la fr. II, estaría faltando al deber de honrar a su padre, deber impuesto por el a. 411, aplicable al hijo adoptivo por remisión del a. 395.

En cuanto a la fr. III, "alimentos" debe entenderse en el sentido que le da el a. 308 (ver comentarios a este artículo). En todos estos casos el procedimiento para la revocación será contencioso (a. 926 CPC).

C.G.M.

ARTÍCULO 407. En el primer caso del artículo 405, el juez decretará que la adopción queda revocada si convencido de la espontaneidad con que se solicitó la revocación, encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado.

Tanto para acordar la adopción como para revocarla por acuerdo de las partes, el juez debe tener en cuenta, principalmente, el interés del adoptado. El magistrado dispone de arbitrio, ya sea para denegar una adopción que considere desfavorable para quien se pretende adoptar, o para desestimar una revocación que considere inconveniente para el mismo. (Ver comentario al a. 390).

C.G.M.

ARTÍCULO 408. El decreto del juez deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta.

Este precepto rige para la revocación por acuerdo de ambas partes. Aquí, la sentencia que decrete la revocación tiene efectos *constitutivos* sobre el estado civil: deja sin efecto el parentesco civil creado por el vínculo adoptivo. Esta situación se distingue de la legislada en el a. 409 (revocación por causa de ingratitud), en que la sentencia es meramente *declarativa*, ya que la adopción deja de producir sus efectos desde que se comete el acto de ingratitud. Una vez

revocada la adopción, cesan todos los derechos y obligaciones entre las partes (p.e. derechos sucesorio y alimentario).

C.G.M.

ARTÍCULO 409. En el segundo caso del artículo 405, la adopción deja de producir efectos desde que se comete el acto de ingratitud, aunque la resolución judicial que declare revocada la adopción sea posterior.

La sentencia que decrete la revocación por causa de ingratitud tiene que ser necesariamente dictada en un juicio contencioso, ya que el a. 926 del CPC establece que no podrá promoverse este tipo de revocación en un procedimiento voluntario.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, esta sentencia es declarativa, puesto que el vínculo de la adopción se destruye con el acto de ingratitud, y no en virtud de la sentencia (ver comentario al artículo anterior).

Este precepto puede adquirir singular importancia en el caso de que el adoptante muera después de producido el acto de ingratitud, pero antes de que sea dictada la sentencia; en este supuesto, el adoptado no tendrá derecho a heredar a su adoptante.

C.G.M.

ARTÍCULO 410. Las resoluciones que dicten los jueces, aprobando la revocación, se comunicarán al Juez del Registro Civil del lugar en que aquélla se hizo para que cancele el acta de adopción.

Ver comentarios a los aa. 87 y 88.

C.G.M.

TITULO OCTAVO

De la patria potestad

CAPITULO I

De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos

ARTÍCULO 411. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.