



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
A. C.
México

Hung Gil, Freddy Andrés

Apuntes sobre el reconocimiento filiatorio a favor del concebido no nacido en sede
notarial. Especial referencia al Código de Familia de Nicaragua

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IX, núm. 36, julio-diciembre, 2015, pp. 235-247

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293244044010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Apuntes sobre el reconocimiento filiatorio a favor del concebido no nacido en sede notarial. Especial referencia al Código de Familia de Nicaragua*

Notes on filiatory recognition in favor of the conceived, not born in notary head offices. Special reference to the Family Code in Nicaragua

Freddy Andrés Hung Gil**

RESUMEN

La doctrina tradicional reconoce preferentemente las adquisiciones inter vivos y mortis causa como consagración de la tutela de los eventuales derechos del concebido no nacido en el ámbito patrimonial; pero nada indica que sean las únicas manifestaciones de tal protección. La posibilidad de reconocer a un ser meramente concebido, a pesar del carácter sui generis que presenta por las propias condiciones en que se encuentra, ha sido admitida con notable generalidad como efecto favorable a su condición jurídica. El reconocimiento de la filiación de un hijo concebido puede estar contenido en testamento –con independencia de que sea común o especial– o en otro documento público. Las particularidades del reconocimiento filiatorio del concebido no nacido marcan las vicisitudes de la figura en el ámbito notarial.

PALABRAS CLAVE: Reconocimiento filiatorio, concebido no nacido, nasciturus.

ABSTRACT

Traditional doctrine preferably recognizes the acquisitions inter vivos and mortis causa as a consecration of the tutelage of possible rights of the conceived not born in family law; but there is no evidence that indicates they are the only manifestations of such protection. The possibility to recognize a being as conceived, in spite of the sui generis nature that it presents by the conditions in which it is located, has been accepted with remarkable generality as favorable effect to its legal status. The parentage of a child conceived can be contained in testament –regardless of whether it is common or special– or in other public document. The particularities of filiatory recognition in the case of those conceived-not born mark the vicissitudes of the responsibilities in the notarial field.

KEY WORDS: Filiatory recognition, conceived-not born, unborn child.

* Recibido: 13 de abril de 2015. Aprobado: 19 de mayo de 2015.

** Notario y profesor auxiliar a tiempo parcial en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.
(freddy@lex.uh.cu)

"*Hominum causa omne ius constitutum est.*"

D.1, 5, 2.

SUMARIO

1. *Introito*
2. El reconocimiento filiatorio a favor del *nasciturus*
3. Perfil notarial de la figura

1. *Introito*

La máxima latina *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de comodis eius agitur* es reconocida actualmente por un sector nada desdeñable de la doctrina jurídica romanista y civilista como uno de los pilares sobre los cuales descansó la protección jurídica del concebido en el derecho romano y, además, como consagración del principio de su tutela legal, acogido por numerosos ordenamientos del sistema romano-francés, a partir de una *fictio iuris*, a todos los efectos que le sean favorables (principio del *commodum*).¹

Una visión preliminar de la protección jurídica del concebido no nacido puede restringir tal tutela a los límites de este adagio. No obstante, la protección del *nasciturus* desborda este postulado y encuentra apoyo en diversas facetas o efectos favorables que conducen a una tutela efectiva de sus intereses y derechos eventuales.

El estatus jurídico del concebido es uno de los temas más polémicos en cuanto a la tutela que el derecho le dispensa; pese a ello, es abordado con extrema parquedad por un sector nada desdeñable de la doctrina civilista tradicional. En última instancia, su solución responde a las preguntas: ¿cómo definir jurídicamente al concebido? ¿Qué es de cara al derecho? En un nivel mucho más profundo, el debate gira en torno a la posibilidad de que el concebido ostente ciertas titularidades y a la admisión de mecanismos protectores de los derechos que gozará al adquirir la personalidad jurídica.²

¹ La máxima *nasciturus pro iam nato...* aunque según *comunis opinio* proviene de las fuentes romanas del periodo clásico y por su raigambre latina ha pasado a las Siete Partidas (P. iii, T. xxii, L. vii) y a numerosas legislaciones modernas, no es sino una adecuación posterior de algunos principios protectores de los intereses del concebido que se materializa, en forma de adagio vulgar, en la época justiniana. Cfr. IGLESIAS, JUAN. *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 73; ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER. *La protección al concebido en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 1992, p. 148. García Garrido va más allá; afirma que la máxima en cuestión surge de una generalización hecha por los juristas medievales de la regla de protección del concebido contenida en D. 1, 5, 7 y de la Constitución de Justiniano C.I. 5, 22, 11. Cfr. GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS. *Derecho Privado Romano. Acciones, casos, instituciones*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 69.

² Vid. HUNG GIL, FREDDY ANDRÉS. "El estatuto jurídico del concebido no nacido", en *Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y Público*, No. 110, abril de 2010.

Los efectos favorables como base para la tutela de los intereses del concebido son admitidos por la doctrina y por numerosas legislaciones como la vía más adecuada y eficaz, pues se llega a considerar a aquél por nacido sólo en cuanto pudiera aprovecharle.³ Los efectos favorables, que podrían ser catalogados como un concepto jurídico indeterminado, pues las legislaciones no especifican su contenido, dejando al casuismo la futura solución, han sido interpretados generalmente como operantes, casi de forma absoluta, en el ámbito patrimonial (donaciones y sucesión *mortis causa*, principalmente). Pese a su carácter precautorio, y por ello justo, su principal limitación estriba en la falta de concreción, lo cual puede convertir a este adagio en una fórmula vacía de contenido, o cuyo contenido se encuentra a merced de la interpretación que de la misma el juzgador y la doctrina puedan hacer.⁴

La doctrina civilista tradicional ha privilegiado, en lo tocante a la protección jurídica del ser humano concebido, el amparo de ciertos intereses patrimoniales (especialmente en el ámbito del derecho de sucesiones).⁵ La marcada patrimonialización de la tutela jurídica del *nasciturus* ha conducido a considerar que el punto álgido se encuentra únicamente en el terreno de la sucesión por causa de muerte y, circunstancialmente, gira en torno a otros aspectos, como las donaciones *inter vivos*.

El debate en torno a los mecanismos técnico-jurídicos por medio de los cuales se dispensa una protección al *nasciturus* muestra la diversidad de criterios y posturas que, sobre la base de las construcciones tradicionales, intentan fundamentar tal tuición a favor de un “ente” al que no se le reconoce, *strictu sensu*,

³ Espinoza explica al respecto: “El concepto de efectos favorables debe ser entendido, de tal manera que, frente a los derechos y deberes que se han de contraer, sean más predominantes los resultados que beneficien, que sean positivos para el concebido, en vez de aquellos que han de ser negativos”. Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. *Derecho de las personas*, Rodhas SAC, Lima, 2006, p. 81. En la doctrina cubana, Valdés Díaz expresa: “Ante el resurgimiento de la connotación que el derecho civil ofrece a los aspectos personales de su contenido, la máxima protectora del concebido adquiere singular significación y debe extenderse no sólo a los efectos que inciden en el ámbito económico, sino también a aquellos otros, previstos ya por el derecho romano, que tienden a la protección de la vida y demás atributos de la persona humana. Debe considerarse como efecto favorable al concebido todo aquello que resulte beneficioso para él, no sólo en el orden patrimonial, como las adquisiciones basadas en títulos no onerosos, sino también en la esfera no patrimonial, en cuanto al respeto a su integridad y a sus atributos como futura persona”. Vid. VALDÉS DÍAZ, CARIDAD. *Comentarios al Código Civil cubano*, artículo 25, en Leonardo B. Pérez Gallardo (Dir.), Félix Varela, La Habana, 2014.

⁴ Por la razón anteriormente aducida, debe afirmarse que toda la protección concedida al *nasciturus* no puede descanzar únicamente en el principio del *commodum*. Incluso este principio, interpretado en toda su amplitud y carácter intuitivo, resultaría impreciso si no está precedido de una determinación coherente del estatuto jurídico del concebido y no se canaliza la propia tutela a partir de mecanismos legales adecuados que impidan que el mismo quede como un postulado vacío.

⁵ Diez-Picazo y Gullón no dudan en afirmar: “Históricamente ha sido el problema de los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna el núcleo en torno al que se ha formulado la regla general de protección al concebido y no nacido”. Cfr. DIEZ-PICAZO, LUIS, GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho Civil*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1992, p. 227. Una precisión similar realiza CASTIELLA RODRÍGUEZ, JOSÉ JAVIER. *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I - Personas, vol. 2, Juan F. Delgado de Miguel (Coord.), Thomson-Civitas, 2003, p. 57.

personalidad jurídica. La admisión de la subjetividad del *nasciturus* es un punto de partida sólido para, desde una nueva perspectiva y no únicamente a partir de las categorías dogmáticas tradicionales, explicar coherentemente la existencia de ciertas titularidades y de una protección eficaz de un sujeto particular que irrumpen en el tráfico jurídico.

No obstante, la teoría de la subjetividad requiere el replanteamiento de la protección jurídica del concebido no nacido, pues tanto la doctrina civilista tradicional como numerosas legislaciones enfocan esta tutela legal a partir de determinados mecanismos técnico-jurídicos que no siempre develan plenamente su esencia.

La protección jurídica del concebido, como asevera Arroyo I. Amayuelas, puede ser abordada a partir de diversas fórmulas, que denomina casuistas y globalistas.⁶ Las fórmulas casuistas han sido acogidas por la mayoría de las legislaciones civiles europeas que siguen sobre este particular al *Code Napoleon*. Según el modelo casuista, la protección al concebido no descansa en un principio general que puede resultar de aplicación a supuestos no comprendidos en la norma pero que son congruentes con su espíritu, sino en ciertos ámbitos especificados.⁷ Las fórmulas globalistas, en cambio, acogen el principio del *commodum* de modo amplio y abierto a nuevas situaciones no previstas expresamente por el legislador, lo cual es, desde el punto de vista técnico, más acertado. A la fórmula globalista, sin embargo, se le puede objetar cierta tendencia a la ambigüedad en su contenido si no está precedida de postulados técnicamente precisos sobre el estatuto jurídico del concebido.

La doctrina tradicional reconoce preferentemente las adquisiciones *inter vivos* y *mortis causa* como consagración de la tutela de los eventuales derechos del *nasciturus* en el ámbito patrimonial; pero nada indica que sean las únicas manifestaciones de tal protección normativa. Para las legislaciones que admiten el principio del *commodum*, serán efectos favorables todas las esferas de patrocinio legal del concebido que respondan a los valores consagrados en el ordenamiento jurídico. Incluso en los ordenamientos que acogen fórmulas casuistas de

⁶ ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER. *La protección al concebido...*, Op. cit., pp. 145-161.

⁷ El *Code Napoleon* admite que el concebido pueda suceder *mortis causa* (artículos 725.1 y 906.2) y por actos *inter vivos* (artículo 906.1) si nace vivo y viable. El Código Civil alemán no regula la protección global sino que preceptúa diversas situaciones fácticas en las cuales se debe tener por nacido al concebido (§ 844, 1912, 1923). El *Codice Civile* italiano de 1942 sigue esta pauta al preceptuar en su primer numeral: "La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido están subordinados al evento de su nacimiento". El Proyecto de Código Civil español de 1851 tampoco acogió la regla de protección al concebido con un carácter general, sino que la aplica al derecho de sucesiones. La primera edición del Código Civil español no abandona el casuismo al preceptuar: "El nacimiento determina la personalidad, sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido". Sobre este último caso, Vid. DÍEZ-PICAZO, LUIS, GULLÓN, ANTONIO. *Sistema... I*, Op. cit., p. 227.

protección, no debe hacerse una interpretación restrictiva que conlleve admitir que, más allá del elenco establecido, no es posible fundamentar una defensa de *qui in utero est*.⁸

2. El reconocimiento filiatorio a favor del *nasciturus*

La posibilidad de reconocer a un ser meramente concebido, a pesar de su carácter *sui generis* por las propias condiciones en las cuales se encuentra el *nasciturus*, ha sido admitida con notable generalidad como efecto favorable a la condición jurídica de aquél.⁹ La doctrina jurídica tradicional es propicia a la admisión del reconocimiento del concebido y a la concesión de acciones de Estado para la determinación de la filiación materna y paterna. Algunas legislaciones se refieren de manera directa al reconocimiento –de modo particular de la filiación paterna ante la certeza casi indiscutida de la maternidad– del concebido, pero rodean tal acto de ciertas previsiones.¹⁰

El reconocimiento del hijo concebido por un hombre y una mujer que no se encuentran unidos en matrimonio no resulta particularmente complejo si se realiza simultáneamente por ambos o la manifestación de voluntad del padre, que configura dicho acto jurídico familiar, está precedida de la realizada por la madre. No ocurre lo mismo en los casos en que al reconocimiento realizado por el padre no antecede el materno, pues algunas legislaciones, como expresión

⁸ Vid. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN. *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 255. BORDA, GUILLERMO. *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 476-477.

⁹ El reconocimiento es un acto voluntario que presenta como elemento necesario, y de hecho suficiente, la manifestación de voluntad por medio de la cual una persona reconoce a otra como hijo biológico. Cfr. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho...* IV, *Op. cit.*, p. 130. La doctrina admite tradicionalmente la irrevocabilidad del reconocimiento, así como su carácter de acto puro (no puede ser sometido a término, condición o modo) y solemne. A los citados caracteres, Pérez Gallardo agrega su carácter individual, unilateral, personalísimo y expreso, así como que el mismo despliega sus efectos retroactivamente. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. "Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba", *Revista Jurídica del Perú*, No. 115, septiembre 2010, pp. 13-15

¹⁰ El artículo 322 del Código Civil argentino de Vélez Sársfield, actualmente derogado, autorizaba implícitamente al reconocimiento por parte del padre del hijo concebido. No obstante, como advierte LLambías, la letra de los artículos 254 al 257 del citado cuerpo legal y, de manera particular el artículo 258 que consagraba la impugnación preventiva de la paternidad del hijo por nacer, conducía a la admisión de tal figura en ese ordenamiento jurídico. Cfr. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho...* I, *op. cit.*, p. 256. Por su parte, el artículo 574 del nuevo Código Civil argentino, vigente a partir del 1 de agosto de 2015, con mayor precisión preceptúa: "Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida". Establece el artículo 392 del Código Civil peruano: "Cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta. Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido". Afirma el procesalista español Aliste Santos que el artículo 6.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 permite inferir como una de las posibilidades de actuación del concebido en el proceso civil, la demanda sobre reconocimiento de la filiación. Cfr. ALISTE SANTOS, TOMÁS JAVIER. "De la legitimación del concebido no nacido y la adopción de medidas cautelares a su favor", en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, No. 1-2, Madrid, 2007, p. 208.

de la tutela a la dignidad de la mujer, impiden que se revele la identidad del otro progenitor cuando no esté determinada legalmente y –como acertadamente apunta Callejo Rodríguez– no es posible el reconocimiento del concebido sin la identificación de la madre.¹¹

El reconocimiento de la filiación de un hijo concebido, en principio, puede estar contenido en testamento –con independencia de que sea común o especial– o en otro documento público.¹² Por razones obvias, esta manifestación de voluntad no puede ser vertida en el asiento registral del nacimiento, pues ese acontecimiento natural aún no ha acaecido.¹³ La consagración normativa del reconocimiento filiatorio del concebido ha sido plasmada en algunos cuerpos legales de manera específica;¹⁴ en otros, la ausencia de regulación conduce a su admisión como efecto favorable. En el sentido apuntado, y ante el silencio que sobre el particular ofrecen como respuesta en el ordenamiento jurídico cubano el Código Civil, la Ley del Registro del Estado Civil y su Reglamento, nada obsta para admitir como concreción directa del principio protector de los intereses del concebido, consagrado en el artículo 25 del Código Civil, que éste pueda ser reconocido por quien se considere verdadero padre biológico, en testamento o escritura pública de reconocimiento, autorizada por notario competente.¹⁵

¹¹ Cfr. CALLEJO RODRÍGUEZ, CARMEN. *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 40. Establece sobre este particular el artículo 122 del Código Civil español: "Cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente".

¹² Cfr. artículo 120.1 del Código Civil español. El artículo 571 del Código Civil argentino, vigente a partir del 1 de agosto de 2015, preceptúa: "La paternidad por reconocimiento del hijo resulta: a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental". Como puede apreciarse, el legislador argentino amplía el margen de posibilidades al admitir que el reconocimiento filiatorio pueda estar contenido en documento privado, debidamente reconocido. El artículo 203 del Código de Familia nicaragüense preceptúa: "El reconocimiento voluntario del hijo o hija podrá hacerse: a) Ante la o el funcionario del Registro del Estado Civil de las Personas; b) En escritura pública; c) En testamento".

¹³ Cfr. artículos 40, 41, 52 de la Ley del Registro del Estado Civil cubana y 84 al 86 de su reglamento. En los citados preceptos no se alude directamente al reconocimiento de un concebido y no resulta acertado admitir la analogía en este caso, en ausencia de una previsión legislativa específica.

¹⁴ En tal sentido, preceptúa el artículo 209 del Código de Familia nicaragüense: "El reconocimiento del hijo o hija concebido puede hacerse en instrumento público por el padre o madre de éste, dicho reconocimiento deberá ser inscrito en el Registro del Estado Civil de las Personas competente, una vez producido el nacimiento".

¹⁵ Sobre el particular, Pérez Gallardo afirma: "En efecto, el artículo 25 del Código Civil cubano regula la protección jurídica del *nasciturus*, supeditada a la *conditio iuris* del nacimiento, lo cual, a mi juicio, no quiere decir, que durante dicho estadio, cuando aún es un ser humano *in fieri* le esté impedido al padre reconocer por escritura pública notarial o por testamento, su paternidad. Precisamente si al concebido se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables, ese reconocimiento filiatorio, cuya eficacia se supedita al nacimiento con vida del *nasciturus*, es uno de los efectos a los que alude el precepto. Por supuesto, el efecto del reconocimiento se supeditará al cumplimiento de la mencionada *conditio iuris* impuesta por el legislador. Aun cuando al momento del nacimiento del hijo, el padre

3. Perfil notarial de la figura

La forma, diríamos tradicional, en que se verifica el reconocimiento de la filiación es siguiendo las formalidades que cada legislación nacional preceptúa para tan importante acto jurídico y en presencia del encargado del Registro del estado civil. Sin embargo —y haciendo abstracción de las peculiaridades que cada ordenamiento jurídico impone a la figura en estudio—, existe consenso doctrinal y normativo sobre el hecho de que el reconocimiento podría, además, estar contenido en testamento u otro documento público.

De este modo, se privilegia la forma documental pública y, con ello, la actuación notarial como depositaria del encargo del asesoramiento al sujeto reconocoscente, así como la autoría y redacción del instrumento que reconoce la paternidad o la maternidad. Con excepción de la novísima redacción del artículo 571 del Código Civil argentino, en su inciso *b*, que da paso a la redacción de documento privado como reservorio del reconocimiento, aunque precisa que este debe ser “debidamente reconocido”, la mayoría de la doctrina y las legislaciones admiten como único continente a la forma documental pública; de manera específica, la escritura pública.

La doctrina civilista admite como reservorio del reconocimiento de un hijo —concebido o nacido— al testamento. En el testamento pueden incluirse ciertas disposiciones, que la doctrina denomina contenido atípico, tales como las relativas al reconocimiento de la filiación, el reconocimiento de deudas, disposiciones sobre el cadáver, entre un vasto elenco admitido tradicionalmente.¹⁶ El valor del reconocimiento realizado en testamento, e incluso su posible supervivencia más allá de la ineeficacia sobrevenida del mismo, debe ser expresamente previsto por el legislador, en aras de una protección eficaz de los menores de edad de cara a las relaciones paterno-filiales.¹⁷

ya haya fallecido, la filiación se habrá determinado a través del reconocimiento voluntario del padre, instrumentado ante notario”. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. *Op. cit.*, pp. 17-18. Concuerda con el criterio anteriormente expuesto OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA CARIDAD. “El reconocimiento de hijos y la función notarial”, Conferencia dictada en la VII Jornada Internacional del Notariado cubano, celebrada en La Habana, del 29 al 31 de mayo del 2008 (inédita).

¹⁶ *Apud*. GIAMPICOLO, GIORGIO. *Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*, Giuffrè Editore, Milano, 1954; *Vid.*, PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. (Coord.), *Derecho...* II, *Op. cit.*, pp. 233-235.

¹⁷ Algunos códigos civiles admiten de manera expresa la existencia de disposiciones de contenido no patrimonial incluidas en el testamento por voluntad del testador. Así, el *Codice Civile*, en su artículo 587 *in fine*, expresa: “Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale”. El Código Civil portugués, en su artículo 2179, apartado 2, preceptúa: “As disposições de carácter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um acto revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial. Consultense además los artículos 1112. II y 686, segundo párrafo, de los códigos civiles de Bolivia y Perú, respectivamente.

Una primera aproximación al reconocimiento del *nasciturus* contenido en testamento plantea dos interrogantes que vienen a situarse en el punto álgido de la cuestión: la posible eficacia *ante mortem* del reconocimiento y el eventual alcance de la revocación del testamento al reconocimiento filiatorio contenido en éste. La posible eficacia *ante mortem* del reconocimiento de la filiación despliega una polémica que hunde sus raíces en la naturaleza misma del acto de última voluntad, cuya eficacia, para la esfera jurídica de terceras personas, está supeditada a la muerte del testador.

De este modo, aunque no existe consenso absoluto en la doctrina¹⁸ sobre el particular, puede afirmarse que el reconocimiento contenido en testamento despliega su eficacia sólo después de la muerte del autor de la sucesión. Esta aseveración viene reforzada no sólo por la naturaleza misma del testamento sino, además, por el hecho de que la elección de la forma testamentaria del sujeto recognoscente presupone, en cierta medida, su decisión de que los efectos de tal reconocimiento sólo se desplieguen tras su fallecimiento, pues, de lo contrario, lo más lógico sería manifestar su voluntad directamente frente al encargado del Registro Civil cuando proceda, o bien, verterla en un documento público distinto al testamento.

Un aspecto aparentemente incidental pero que resulta igualmente polémico es el relativo a la clase o tipo testamentario en que ha de estar contenido el reconocimiento. Un sector significativo de la doctrina y algunas legislaciones –tal como hace el ya citado artículo 120.1 del Código Civil español– acogen el reconocimiento contenido en testamento o en otro documento público, de lo cual puede colegirse que la referencia al testamento notarial resulta casi obligada.

A pesar del valor de las opiniones contrarias, parece arbitrario restringir la figura al ámbito estricto del testamento notarial (aunque no es ocioso remarcar el valor del documento público frente a otras formas documentales). De este modo, puede afirmarse que, con independencia de la forma testamentaria elegida y siempre que se sigan las pautas expresamente previstas por el legislador para la validez y eficacia del acto de última voluntad, el reconocimiento filiatorio, tras el óbito del testador, puede cobrar virtualidad.¹⁹

Desde una perspectiva interna, otro aspecto relevante guarda relación con la existencia o no de disposiciones testamentarias de diversa índole que forman parte, conjuntamente con el reconocimiento filiatorio, del acto de última voluntad. Si se sigue la visión eminentemente patrimonialista que ha presidido la comprensión del fenómeno sucesorio por causa de muerte, la

¹⁸ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. *Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento*, pp. 118-119. Disponible en: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Contenido-De-Las-Disposiciones-Testamentarias/395786.html>, pp. 118-119.

¹⁹ *Idem*.

inserción de cláusulas de contenido no patrimonial –y por ello atípicas– es un complemento a las disposiciones de cariz económico pero no un sustituto de las mismas. Sin embargo, puede afirmarse hoy, sin lugar a dudas, que tales disposiciones atípicas no sólo forman parte del testamento, sino que, incluso, podrían configurar el acto de última voluntad en ausencia de otras disposiciones típicas.²⁰

El reconocimiento contenido en testamento deberá configurarse según los caracteres anteriormente enunciados para tal acto jurídico.²¹ Se trata, en todo caso, de una manifestación de voluntad indubitable por medio de la cual el sujeto reconociente patentiza de manera expresa y solemne ser padre o madre biológico de una persona. Las particularidades de la situación del concebido no nacido imponen la referencia a la mujer grávida, sin la cual no es posible, antes del parto, individualizar al *nasciturus*. Sin embargo, no es este el único reto que se ha de afrontar, pues tratándose de un testamento uno de los problemas más delicados que se pueden suscitar está relacionado con la hermenéutica o exégesis de la voluntad del testador.

Aunque el tema es harto espinoso, parecería que la solución sólo puede encontrarse cuando se está en presencia de una manifestación de voluntad que reúna los requisitos tradicionales para ser considerada como reconocimiento de la filiación. Pero, una vez más, la realidad puede superar a las previsiones: ¿qué hacer si se realiza una disposición –patrimonial o no– a favor de una persona a quien se le confiere un tratamiento filial sin que exista un reconocimiento previo?

Una visión formalista conduciría a afirmar que sólo habrá reconocimiento cuando se manifiesten al unísono los caracteres configuradores del instituto. Sin embargo, la exégesis de la voluntad del testador puede llevarnos por derroteros diversos. Si bien es cierto que la hermenéutica testamentaria no debe ser flexible hasta el extremo de poner en boca del testador aquello que no quiso expresar, tampoco debe ser tan rígida que recuerde las fórmulas rituales romanas del arcaico derecho, sin las cuales no había testamento válido. La redacción del artículo 571, inciso c *in fine*, del Código Civil argentino vigente refuerza esta idea cuando; sorprendentemente, preceptúa: “La paternidad por reconocimiento del hijo resulta, de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.”

²⁰ El Tribunal Supremo de España, en sentencia del 22 de diciembre de 1964, RJ 5906, ratifica la tesis anteriormente expuesta, al admitir validez y eficacia de un testamento donde la única disposición era el reconocimiento de hijo extramatrimonial. *Vid.* Artículo 741 del citado Código civil español.

²¹ *Vid.* Artículos 203 y ss del Código de Familia nicaragüense.

El otro aspecto notablemente polémico en cuanto a la admisión del reconocimiento filiatorio como contenido atípico del testamento gira en torno a la posible ineficacia sobrevenida de aquel. Siendo el testamento un acto esencialmente revocable, todas las disposiciones contenidas en él deberían seguir, en principio, tal suerte tras la manifestación del autor de la sucesión de declarar su ineffectuación. De igual forma, cabría preguntarse si las restantes manifestaciones de la ineffectuación del testamento –nulidad y caducidad– afectan al reconocimiento de la filiación contenido en éste. La doctrina mayoritaria es conteste en afirmar que la ineffectuación del testamento no afecta al reconocimiento de la filiación contenido en éste,²² toda vez que el acto de reconocimiento es, por propia naturaleza, irrevocable.²³

Pese a la ausencia de consagración normativa específica del particular, nada obsta, por tanto, para admitir la posibilidad de reconocer a un hijo en testamento en el derecho cubano.²⁴ De igual forma, el reconocimiento puede estar contenido en otro documento público, en todo caso en una escritura, por tratarse de un acto jurídico. En este último supuesto, la eficacia del reconocimiento no depende de la muerte del sujeto reconocosciente, sino que, tras el nacimiento con vida del concebido, el otro progenitor podrá presentar al registrador del estado civil la copia de la escritura pública en cuestión, la cual surtirá plenos efectos para la constitución de la relación paterno-filial entre el reconocosciente y el neonato.

Aunque la figura puede tener otras tantas aristas no contempladas por el autor de este breve comentario, aportaré algunas ideas que pueden resultar de utilidad en la instrumentación del reconocimiento filiatorio en documento público notarial. En primer lugar, creo necesario que el compareciente acredite la certeza de la gestación. Sin que esto comporte una vuelta a las previsiones que el derecho romano tomaba cuando la viuda quedaba encinta y que el moderno derecho ha soslayado, la certeza de la existencia del concebido resulta

²² El artículo 741 del Código Civil español preceptúa: "El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere". El artículo 212 del Código de Familia de Nicaragua establece al respecto: "Cuando el reconocimiento del hijo o hija se hiciere en testamento, se procederá a su inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas, presentando el documento testamentario. Este reconocimiento es válido, aunque se reforme el testamento en que se hizo o se declararen nulas las demás disposiciones testamentarias".

²³ *Vid.*, ÁLVAREZ LATA, N. *Algunas cuestiones...*, *Op. cit.*, p. 120.

²⁴ Pérez Gallardo afirma: "Las normas reguladoras del testamento en el Código Civil no mencionan en absoluto la posibilidad de un reconocimiento filiatorio como contenido del testamento, lo cual no priva de que ello pudiera acontecer, pues el contenido de tal acto no puede quedar reducido al dispositivo patrimonial del testador. Al ser el testamento el reservorio de las más disímiles manifestaciones de voluntad nada priva que en él puedan estar contenidas declaraciones de voluntad que no sean típicamente testamentarias como el reconocimiento de un hijo que en nuestro caso, ni tan siquiera se prevé en normas jurídicas distintas al Código de Familia". Cfr. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. "Luces y sombras...", *Op. cit.*, p. 20.

un *prius* para la autorización de la escritura pública de reconocimiento. Tal previsión puede atenuarse sustancialmente en el testamento, sobre todo cuando se otorgue en circunstancias especiales.

Otro particular por tomar en cuenta es la aportación de datos necesarios para la correcta inscripción del nacido y que habitualmente no se consignan en la comparecencia de los instrumentos públicos. Así, los particulares relativos a los nombres completos de los padres del compareciente, lugar de nacimiento, entre otros, deberán consignarse tomando en cuenta los requerimientos que se exigirán a la hora de practicar la inscripción.

Por último, la posibilidad de que se verifiquen partos múltiples o el error en la apreciación por medios técnicos (imagenología) del sexo del concebido, aconsejan que el reconocimiento se realice especificando que el mismo se extiende a todos los nacidos con vida, con independencia del número y sexo.

El Código de Familia nicaragüense –Ley 870, del 24 de junio de 2014– admite de forma expresa el reconocimiento filiatorio del concebido no nacido, pues el artículo 209 del citado cuerpo normativo preceptúa: “El reconocimiento del hijo o hija concebido puede hacerse en instrumento público por el padre o madre de éste, dicho reconocimiento deberá ser inscrito en el Registro del Estado Civil de las Personas competente, una vez producido el nacimiento”.

La norma bajo comentario regula expresamente el reconocimiento a favor del *nasciturus*, de modo que se excluye toda posible duda sobre la admisión como esfera de tutela legal en el derecho nicaragüense. Sin embargo, la formulación normativa se realiza en ocasión de regular el reconocimiento en instrumento público, rubro con el cual encabeza dicho precepto. Podría objetarse, desde el punto de vista estrictamente formal, que el legislador se refiera de modo casi tangencial al reconocimiento y se ocupe del continente de la declaración –el instrumento público–, alusión que resulta ociosa si se atiende a lo dispuesto en el artículo 203 del propio cuerpo legal, que regula el modo en que procede el reconocimiento voluntario del hijo o hija.

La regulación del reconocimiento filiatorio a favor del concebido en el derecho nicaragüense sigue la tendencia predominante en la doctrina y las legislaciones en relación con el reservorio de tal manifestación de voluntad. En este orden de cosas, el artículo 209 del Código de Familia circscribe, en el plano documental, al del instrumento público y, con mayor precisión, puede colegirse, del artículo 203 del mismo cuerpo legal, que el reconocimiento voluntario estaría contenido en escritura pública o en testamento. El reconocimiento sólo surtirá plenos efectos jurídicos –y consecuentemente será objeto de inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas competente– tras

el nacimiento con vida del *nasciturus*, supuesto que resulta congruente con la regulación que sobre la persona por nacer establece el Código Civil.²⁵

La forma documental pública adoptada –testamento o escritura– dota a la manifestación de voluntad de la eficacia que se deriva del instrumento notarial y se exige en la legislación nicaragüense *ad solemnitatem*, toda vez que el documento privado no podría desplegar *per se* la eficacia del reconocimiento de la paternidad o la maternidad. Las pautas instrumentales deberán vertebrarse de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 22 y siguientes de la Ley del Notariado. Se exceptúa lo relativo a la posibilidad de la representación voluntaria, no admitida en el negocio jurídico testamentario²⁶ ni en el reconocimiento filiatorio, arquetipos de los actos personalísimos.

Respecto al contenido de la escritura pública reservorio del reconocimiento filiatorio, se atenderá a lo dispuesto el artículo 26 de la Ley del Notariado. En ausencia de una consagración expresa en el Código de Familia de los caracteres que presiden el reconocimiento de la filiación, se ha de guardar especial atención a la letra del artículo 205 del citado cuerpo normativo, según el cual el reconocimiento de la paternidad no podrá estar sujeto a condición o plazo alguno.

En cuanto a las advertencias legales, que la Ley del Notariado parece circunscribir a las “las renuncias que en concreto hagan o las cláusulas que envuelvan renuncias o estipulaciones implícitas” ex artículo 28, la más importante versa sobre la eficacia del reconocimiento, la cual se encuentra diferida hasta que se verifique el nacimiento con vida del sujeto reconocido. De este modo, sólo después que se patentice el fin exitoso de la gestación procedería la inscripción del nacido con la correspondiente constitución de la relación paterno-filial.

El reconocimiento de la filiación contenido en testamento, más allá de la visión eminentemente patrimonialista que se desprende de la lectura atenta del artículo 945 del Código Civil, resulta una aplicación directa del espíritu y de la letra de los artículos 203, inciso c, y 209, ambos del Código de Familia. El Código de Familia, ex artículo 212, se refiere al reconocimiento filiatorio²⁷

²⁵ Establece el artículo 5 del Código Civil: “La existencia legal de toda persona principia al nacer”. Véanse, además, los artículos 20 y 21 del citado Código, para mayor abundamiento.

²⁶ Preceptúa el artículo 946, en su primer párrafo, del Código Civil: “El testamento es un acto personal que no puede hacerse por procurador o delegado, ni dejarse al arbitrio de otra persona ni por lo que toca a la institución de herederos y legatarios, ni al objeto de la herencia, ni, finalmente, al cumplimiento del testamento”.

²⁷ Dice textualmente el citado precepto: “Cuando el reconocimiento del hijo o hija se hiciere en testamento, se procedrá a su inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas, presentando el documento testamentario. Este reconocimiento es válido, aunque se reforme el testamento en que se hizo o se declararen nulas las demás disposiciones testamentarias”.

contenido en testamento, aunque de la interpretación de la norma se colige que se trata de una reglamentación general no referida, de modo particular, al concebido.

Una de las virtudes evidentes en la redacción de ese precepto es la concreta alusión a la eficacia del reconocimiento, a pesar de que sobrevenga una causal de ineeficacia del acto de última voluntad. Sin embargo, una de las flaquezas advertidas en la redacción del precepto es la aparente eficacia *ante mortem* que podría inferirse de postulados imprecisos como la presentación del documento en el registro correspondiente, a los efectos de la inscripción. En el sentido apuntado, tal particular sólo podría verificarse tras la muerte del autor de la sucesión.²⁸

La figura del concebido –clásica y a veces entrañable para el estudioso o el investigador–, por la fugacidad de la gestación, pareciera estar destinada a vivir eternamente en los manuales, junto con otras instituciones de muy difícil verificación práctica. Pero la realidad nos despierta, en ocasiones, de nuestro cómodo sueño para decírnos que toda previsión es poca y que basta la existencia de un pequeño espacio carente de tutela para que deba desplegarse todo el andamiaje conceptual y técnico de la ciencia del derecho, *ars boni et aequi*. Esa es, en definitiva, nuestra vocación de juristas.

²⁸ Cfr. Artículo 934 del Código Civil.