

cer al hijo (1).” Por nuestra parte, debemos decir que el anterior argumento no persuade sino de una cosa, es á saber: que para que el reconocimiento de que tratamos pueda oponerse al marido, es necesario que esté exento de error y sea hecho con perfecto conocimiento de causa. Ahora bien, aplicándose esto, no solo al reconocimiento verificado entre el matrimonio y el nacimiento del hijo, sino tambien al que tiene lugar antes del primero ó despues del segundo, no nos parece que sea buena en derecho la razon invocada para impugnar aquel, como excepcion y solo aceptar estos con tal carácter (2).

50. Establecido que nuestros Códigos han formulado, entre los casos de excepcion en contra del desconocimiento del hijo prematuramente nacido, el reconocimiento expreso del marido, y que este principio, á pesar de no encontrarse en el Código de Napoleon, ha sido siempre seguido por los intérpretes y por la jurisprudencia, debemos entrar al exámen de una cuestion que es el complemento de la anterior. ¿En qué forma debe constar el reconocimiento expreso para que pueda oponerse como excepcion al desconocimiento del marido? Los comentadores del Código francés á una enseñan que cualquier acto, cualquier documento aun privado, y por lo mismo, aun una simple carta, bastaria para dar la prueba á este respecto (3). ¿Qué decidir sobre este particular respecto á nuestra legislacion nacional? Desde luego conviene alejar una objecion que sale al paso en este punto y que no se funda sino en razones de analogía. Todos nuestros Códigos, como lo exponemos en su oportunidad, establecen que el reconocimiento de un hijo na-

(1) Dalloz, “Paternité et filiation” num. 76

(2) Laurent, tom. 3 num. 381

(3) Laurent, tom. 3, num. 381—Demolombe, tom. 5 num. 75—Marcadé, tom. 2, num. 14, II—Dalloz, “Paternité et filiation” num. 76—Duranton, tom. 2, num. 32

tural sólo producirá efectos legales, si se hiciere en el acta de nacimiento, ó en acta especial, ó en escritura pública, ó en testamento, ó en confesion judicial directa y expresa. Podria, pues, decirse: si esto ha prescrito la ley para el reconocimiento de un hijo natural, se sigue que igual prescripcion *a fortiori* debe regir en orden al reconocimiento del hijo legítimo. Pero no se trata en el presente caso de reconocimiento sino de la prueba de una confesion. Por el hecho de nacer bajo la sombra del matrimonio, el hijo posee ya un estado, y el reconocimiento del marido aquí tiene por objeto, no conferir al hijo lo que ya le pertenece, sino asegurárselo y confirmárselo. Esto supuesto, hay que establecer que la prueba de que se trata entra bajo el imperio del derecho comun, respecto á lo cual no puede dudarse que ese haya sido el pensamiento del legislador, desde el momento en que no se encuentra ninguna prescripcion especial, que determine esta ó aquella forma de prueba.

51. Hay otra excepcion en contra del desconocimiento del hijo por parte del marido, y es la que consiste en que aquel no haya nacido viable. La evidencia de esta excepcion ha sido causa de que algunos legisladores la hayan omitido, pues desde que el recién nacido no ha de vivir sino unas breves horas, carece ya de objeto la accion de desconocimiento, y por otra parte, si el nacimiento prematuro del niño es la causa del desconocimiento del marido, en el presente caso, es ya imposible establecer, si el recién nacido alcanza ó no el desarrollo completo. “Cuando el hijo no es declarado viable, decia Bigot-Préameneu, no hay ya certidumbre de que sea un parto natural, precedido del tiempo ordinario de la preñez. Toda investigacion de parte del marido seria escandalosa y sin objeto. ¿Cuál podria proponerse aquel, desconociendo al hijo que no debe vivir, si no es atentar á la reputacion de la muger con quien se

ha unido? El marido no puede tener ni aun el interes del divorcio por causa de adulterio, puesto que se supone que la falta es anterior al matrimonio. Los tribunales no deben escucharle en su ciego resentimiento." Conforme con esta razonable y fundadísima doctrina ha sido redactado el inciso 3º del art. 314 del Código de Napoleon, con el cual concuerdan en este punto todos nuestros Códigos en el inciso 4º de los artículos ya citados, formando una excepcion el de Tlaxcala, que guarda completo silencio sobre el particular, por haber tal vez, creído sus autores, de acuerdo en esto con algunos tratadistas, según lo ya indicado, de obvia evidencia tal excepcion y por lo mismo inútil consignarla (1).

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por *viabile* para los efectos de los artículos que acabamos de citar? Teniendo este punto forzoso y necesario enlace con muchas cuestiones del derecho civil; ya que se nos presenta tan oportuna ocasion y con el deseo de no repetirnos, al tratar posteriormente de aquellas, vamos á exponer en este lugar de la manera más completa que nos sea posible, sin mengua de ser breves, la doctrina médico-legal acerca de la *viabilidad*, haciendo un resúmen de sus orígenes históricos y poniendo de manifiesto los fundamentos filosóficos y legales en que descansan los preceptos de nuestros Códigos, relativos á este asunto, y que son de tanta trascendencia en lo que toca á nuestras relaciones civiles.

Las leyes romanas aunque minuciosas, no dieron al concepto jurídico de la *viabilidad*, la importancia que se nota en

(1) Laurent, tom. 3 num. 380—Demolombe, tom. 5, num. 72—Marcadé, tom. 2 num. 15.—Demante, tom. 2, num. 41, III—Duranton, tom. 2, num. 34—Dalloz, "Paternité et filiation" num. 77, Merlin, *Repert.*, "Legit" sect. 2. § 5. num. 6.—Proudhon, tom. 2 pág. 12.

las legislaciones modernas. Bastaba para los efectos legales que el hijo hubiese nacido, aunque al momento muriese, con tal de que tuviera figura humana. *Qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.—Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerabitur.—Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etsi exsecto ventre editus sit; nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. §1 Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit (1).* Los emperadores Diocleciano y Maximiano preceptuaron sobre esta materia en el mismo sentido. *Uxoris abortu, dicen, testamentum mariti non solvi: posthumo vero præterito, quamvis natus illico decesserit non restitui ruptum, juris evidentissimi est.* Habiéndose dividido, como en otros puntos del derecho, las dos famosas escuelas de Sabinianos y Proculeyanos, con respecto á la prueba necesaria para que el hijo se considerara como nacido, Justiniano se decidió por la opinion de los primeros, según la cual bastaba presuncion, legal de vida, para que el hijo fuese reputado como nacido, sin más condicion que la de salir del seno materno, íntegro y perfectamente vivo, y no ser monstruo ó prodigio. *Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si posthumus in hunc*

(1) *Dig.* lib. 50, tit. 16, l. 129—*Id.* lib. 1. tit. 5, l. 14—*Id.* lib. 28, tit. 2, l. 12.

quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce substractus est, dubitabatur si is posthumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset: et si vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque quod et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam: et sancimus, si vivus perfecte natus est: licet illico postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium (1). Como se ve, segun la legislacion romana, la viabilidad no consistía sino en el hecho del nacimiento con figura humana, no importando nada que el nacido muriese al instante, pues las palabras: *quamvis natus illico decesserit* no dejan lugar á duda.

Es el Fuero Juzgo, monumento imperecedero de la sabiduría goda, el primero que reunió al concepto de viabilidad las dos ideas importantísimas de duracion de la vida y anotacion del nacimiento en los registros parroquiales mediante el Sacramento del Bautismo. “E porque los padres, dice el Rey Flavio Rescindo, puedan aver la buena de tal fijo, e que la vida del ninno sea tal que cuemo puede aver la vida celestial, assi haya la vida terrenal: establecemos que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres, fueras, si despues que fuere nascido rescibiese baptismo, e visquiese X dias, que tod omme que cubdicia ganar la buena del padre ó de la madre por este ninno, se esfuerce este de ganarle ante la vida celestial por el baptismo; e asi aquel que finca despues dél, haya la buena. E quando el ninno a la tierra por heredad, e las cosas celestiales que son apareiadas, sus herederos hayan las te-

(1) *Cod.* lib. 6 tit. 29, l. 1. 2 y 3.

rrenales, y este gane las cosas que defallen. E que si el muerto non puede usar las cosas terrenales, derecho es que si al que non, que pueda ganar las cosas celestiales (1).” El Fuero Real repite la condicion del bautismo y guarda silencio sobre la del tiempo, la cual, sin embargo, en opinion de algunos críticos, debe presumirse, tratándose de un Código que, como éste, fué modelado en su mayor parte sobre el Fuero Juzgo (2). El Código Alfonsino viene á robustecer todavía más esa duda con respecto á la circunstancia de tiempo y en orden á la viabilidad. La filiacion romana de este Código se manifiesta en muy pocas materias más que en la presente: “Non deuen ser contados por fijos, los que nascen de la mujer, e non son figurados como omes; assi como si ouiessen cabeza o otros miembros de bestia..... Mas si la criatura que nasce, a figura de ome, maguer aya miembros sobejanos, o menguados, nol empesce &c.—E estonce, si el fijo o la fija nasciere viuo, el aura la heredad, e los bienes del padre (3).” Se vé, pues, que, como la legislacion romana, este Código no habla, al tratar de la viabilidad, sino de dos condiciones: el nacimiento y la figura humana. ¿No serán ya necesarias, como lo declarara el Fuero Juzgo, las circunstancias de tiempo y bautismo? Para aclarar estas dudas, que no fueron desvanecidas ni en los Fueros patrios, subsiguientes al Código de las Partidas, fué promulgada la ley 13 de Toro, repetida despues en la Recopilacion y en la Novísima (4), y cuyo texto es el siguiente: “Por evitar muchas dubdas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó si

(1) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tit. 2, l. 18.

(2) Gomez de la Serna y Montalban, *Derecho civil y penal de España*, tom. 1, pág. 104—*Fuero real*, lib. 3, tit. 6, l. 3.

(3) *Partida* 4.ª, tit. 23, l. 5—*Id.*, 6, tit. 6, l. 16.

(4) *Recop.* lib. 5, tit. 8, l. 2—*Nov.*, lib. 5, tit. 1, l. 2.

son abortivos. Ordenamos e mandamos que el tal fijo se diga que naturalmente es nacido, e que no es abortivo cuando nació vivo todo, e que á lo menos despues de nacido vivió veinte é cuatro horas naturales, é fué bautizado antes que muriese, é si de otra manera nacido murió dentro del dicho término, ó no fué bautizado, mandamos que el tal fijo sea habido por abortivo, é que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes; pero si por el ausencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podia vivir naturalmente, mandamos que aunque concurren en el dicho fijo las calidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo." A no pocas controversias ha dado, sin embargo, lugar la anterior disposicion, versando ellas principalmente sobre lo que debia entenderse por las palabras *vivo todo*, pues, segun unos, el hijo habia de nacer *todo* y nacer *vivo*, y segun otros, dicha frase significa que la criatura ha de vivir completamente desprendida del seno materno, en cuyo segundo sentido es fuera de duda que ha sido interpretada la ley taurina por el art. 60 de la ley española de 18 de Junio de 1870, la cual reprodujo al pié de la letra el art. 107 del Proyecto de Código Civil español del Sr. Goyena.

Al discutirse el Código de Napoleon y con motivo del inciso 3º ya citado del art. 314 de ese Código, el Consejo de Estado adoptó, como condicion constitutiva de la viabilidad, la supervivencia del hijo durante diez dias desde su nacimiento; pero al pasar este proyecto de ley al Tribunado, tal condicion fué suprimida, quedando el artículo referido en la forma antes expuesta. Escuchemos á Duveyrier en la relacion hecha en nombre del Tribunado ante el Cuerpo legislativo: "Se ha procurado evitar las investigaciones, las declaraciones de *viabilidad* y todas las dificultades y procesos que podria engendrar el estado físico de un hijo, á quien dos intereses opuestos juzga-

rian bien ó mal constituido. Se ha creido que un hijo traia por sí mismo al nacer, y debia presentar en el curso más ó ménos limitado de su existencia, la prueba de su perfecta ó imperfecta constitucion. Se pensó, en consecuencia, que fijando el término más largo de la existencia que podia recorrer un niño imperfectamente organizado, se obtendria una decision más pronta y segura, lográndose en este sentido establecer que el desconocimiento del marido no seria admitido, si el hijo moria dentro de los diez dias de su nacimiento. Pero con esto se establecia una lucha muy peligrosa entre la vida del niño y el honor de la madre. Era preciso que el hijo muriese en los diez dias, para que su madre viviera sin deshonor y sin reproche. De aquí el temor ingenioso, pero razonable de que una negligencia afectada ó medios más culpables tal vez, viniesen á suplir á la imperfeccion supuesta de la naturaleza y á ejercer una influencia fatal sobre el hijo cuya vida debia ser el oprobio de su madre y el título de su condenacion. Este sentimiento era bien digno de conmover á hombres virtuosos, y ellos sin vacilar prefirieron, á riesgo de algunas contestaciones inevitables, el partido adoptado en el proyecto de ley." La legislacion francesa, pues, sin fijarse para establecer su viabilidad en las condiciones de tiempo, figura humana y anotacion del nacimiento en el Registro del estado civil, abandona por completo en cada caso esta cuestion á los tribunales, quienes tienen que sujetarse á la consulta de los médicos. No basta, en consecuencia, que el hijo haya vivido aun durante el tiempo máximo fijado en otras legislaciones para que sea considerado viable, si segun el dictámen facultativo está destinado á morir por defectuosa constitucion. Al contrario, el hijo puede ser viable, aun cuando muera á las pocas horas de su nacimiento, si, al decir de la ciencia, no presenta en su conformacion física las cau-

sas de su efímera vida (1). Las dificultades inherentes á este sistema no se han ocultado en Francia ni aun á los mismos médicos, que han sentido la necesidad de completar aquella legislación con un cierto número de artículos adicionales, como el único medio posible de terminar y aun prevenir discusiones en que se interesan grandemente el órden social y la quietud de las familias. ¿Cómo demostrar, en efecto, la relacion necesaria que debe exigirse entre la muerte de la criatura y su estado congénito, cuando la vida dura algun tiempo, y cómo declarar, en muchos casos, no viable al hijo, porque, hecha la autopsia de su cadáver, se haya encontrado la lesion de un órgano indispensable para la vida, cuando no es imposible que aquella surja despues de muchos dias de nacimiento, tras del desarrollo más perfecto y en medio de la más completa salud? Esto hizo al doctor Chaussier presentar en 1826 al Ministro de Justicia en Francia una memoria médico-legal sobre la viabilidad, con el intento de completar la legislación civil en este punto y señalar á los médicos legistas un derrotero para sus investigaciones y estudios. En esta memoria, que es ampliamente discutida por el célebre Orfila (1), despues de consignarse las enfermedades que como la hidrocefalia, la espina bífida, la anacefalia y otras por el estilo, cuando son congénitas, hacen imposible la vida, se rinde tributo en lo esencial á las disposiciones de la ley 13 de Toro, ántes citada, reconociéndose que para la viabilidad son necesarios, aparte de la conformacion física, los dos requisitos de tiempo y de presentacion ante el Registro del estado civil.

Veamos ahora cómo se ha manifestado nuestra legislación

(1) Demolombe, tom. 5, núm. 72—Marcadé, tom. 2, num. 15—Laurent, tom. 3, num. 380—Merlin, *Repert.* "Legitimité," sect. 2, §1, VI.

(1) Orfila, *Medecine légale*, tom. 1, pág. 299.

nacional sobre esta importante materia. "No se reputará *vividero*, decia en su art. 25, inciso 2 la ley de 10 de Agosto de 1857, al que naciere con lesion ó defecto orgánico, que le impida vivir, ni al que naciere antes de 180 dias contados desde el de la concepcion, *sea cual fuere el tiempo que aquel y este vivan*. Fuera de estos bastará para que la criatura herede, que viva un solo instante." Desde luego nos parece que la presente ley hace depender la viabilidad, en alguno de los casos que menciona, de un dato que la naturaleza ha envuelto en el misterio más impenetrable. ¿Cómo, en efecto, saber la fecha precisa en que ha empezado la concepcion, para contar esos 180 dias de que se habla? Si el punto de partida para este cálculo es el matrimonio, se corre riesgo de declarar muerto al hijo que en estado de perfecto desarrollo hubiera sido engendrado ántes de aquel. Por otra parte, rigurosamente interpretada la definicion que esta ley hace de la viabilidad, resulta que será no viable el hijo que viviere, desprendido del seno materno, tres ó más años, pues sólo exige para tal efecto que la criatura presente lesion ó defecto orgánico que le impida vivir, pero sin determinar cuánto tiempo, ó que nazca ántes de ciento ochenta dias, á contar de un momento tan oscuro é incomprensible como el de la concepcion.

52. Despues de haber recorrido las distintas legislaciones que quedan expuestas, se comprenderá que existen dos sistemas para establecer la viabilidad: uno que consiste en fijar un tiempo determinado de duracion á la vida, mas allá del cual se considere como nacido al hijo, sean cuales fueren sus condiciones orgánicas, y otro que, atendiendo á las condiciones congénitas, deduce de su falta la no-viabilidad, cuando ellas son incompatibles con la vida, ó la muerte se produce como consecuencia fatal y necesaria de aquellas. Ambos sistemas tienen, sin duda, graves inconvenientes, ya porque pequen muchas veces contra

la realidad de las cosas como el primero, ya porque den origen á interminables disputas como el segundo.

53 ¿Cómo han resuelto este punto los varios Códigos de la República? Conoscamos ántes la exposicion hecha por el legislador del Distrito Federal de 1870: "Unos autores declaran que basta un momento de vida y otros exigen mas ó ménos tiempo, que se ha exajerado hasta el de diez dias. Si la cuestion se examina bajo el punto de vista material, no hay duda en que basta un instante de vida; puesto que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento (1). Pero como es tan difícil señalar ese instante; y como muy frecuentemente la muerte de los niños acabados de nacer depende de la dificultad del parto, es muy probable que concentrada la atencion de la familia en el peligro de la madre, no pueda fijarse debidamente el momento que vivió el niño. Y como en estos casos se atraviesan cuestiones entre los colaterales y extraños, son muy fáciles el abuso, el cohecho y aun otros delitos. Pareció, pues, á la comision muy prudente el término señalado en las leyes de Toro; porque durante veinticuatro horas, disminuyen extraordinariamente los peligros indicados. Y deseando limitar más el término y fijar una base enteramente auténtica, añadió: que si dentro de veinticuatro horas, el niño es presentado vivo al registro civil, se tendra por nacido para los efectos legales" Como consecuencia de estos principios fué redactado en la forma que sigue el art. 327 de este Código, el cual rige en la mayoría de los Estados de la República: "Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales. Si dentro de este período de tiempo fuere presentado vivo al registro civil, se tendrá como nacido." Segun este artículo la

(1) Véase tomo I. de esta obra, núms. 94 y sigts.

viabilidad consiste en la reunion de las cuatro condiciones que se indican. Pero habiendo sido sujeto á revision este Código, el punto que nos ocupa fué reformado, quedando el artículo que es hoy el 303 del Código que comentamos, redactado en los términos siguientes: «Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y que, ó vive veinticuatro horas naturales, ó es presentado vivo al registro civil» Ya no es, pues, necesario el concurso de todos los requisitos expresados en el art. 327 del Código de 1870. Nuestro ilustrado compañero el Sr. M. Macedo, Secretario de la comision encargada de las reformas, expresa así el carácter y los motivos de la que nos ocupa: "La mente del artículo reformado es que se reputa nacido el feto que nace con figura humana y vive veinticuatro horas, aun cuando no sea presentado vivo al registro civil, ó bien que es presentado, aunque no llegue á vivir las veinticuatro horas. En este sentido fué reformado el artículo.... Lo importante es comprobar que el niño ha vivido, que ha tenido existencia como sér diverso é independiente de la madre, y que por lo mismo ha sido una persona jurídica; esta comprobacion se obtiene ya por la sola presentacion del niño vivo al registro, ya por el solo hecho de vivir veinticuatro horas, término suficiente para que si el niño lo ha vivido, no pueda dudarse de que ha tenido vida extrauterina, vida propia (1)." Al Código que comentamos sigue al pié de la letra el de Tlaxcala en su art. 216. Los Códigos de Veracruz (arts. 286 y 919, inciso 2) y del Estado de México (arts. 235 y 66) siguen á la ley de 10 de Agosto de 1857, ántes citada.

(1) Lic. Miguel S. Macedo, *Datos para el estudio del nuevo Código civil*