

Núm. 3. *Del hijo que no es viable.*

545. El art. 525 dice que el hijo que no ha nacido viable es incapaz de suceder; y la ley da la razón, porque para suceder se necesita existir en el instante de la apertura de la sucesión. Así es que el hijo no viable se considera por la ley como que nunca ha existido. Esta es una teoría general del código: el art. 314 decide que el niño nacido el día 180 del matrimonio no podrá ser desconocido por el marido, si no es declarado viable, porque, no siendo viable, no se le considera como persona. ¿Qué se entiende por viable? y por qué la viabilidad es una condición del ejercicio de todo derecho?

Estas cuestiones no carecen de dificultades. El texto de la ley no define la viabilidad, y los trabajos preparatorios no nos dan bastantes luces. Se lee en el dictamen de Chabot: "Cuando el niño no nace viable, se reputa que jamás vivió, al menos en lo que respecta á la capacidad para suceder: en este caso, es lo mismo que el niño haya muerto ó que nazca para morir." Luego el hijo no viable es el que nace para morir. Pero ¿cuándo puede decirse que el niño nace para morir? Chabot contesta que, según las leyes romanas, el niño debe haber llegado al termino en el cual es posible que viva. Esto no responde á nuestra pregunta. ¿Cuál es este término? Chabot explica por qué el código no fija reglas acerca de la época de la viabilidad; no podría darlas seguras y preciosas porque los secretos de la naturaleza son impenetrables. El legislador ha preferido dejar las dificultades que puedan surgir sobre esta materia al buen criterio de los tribunales, quienes se decidirán según los hechos y las circunstancias particulares (1). Hasta aquí no sabemos todavía lo que es un niño no viable. Las decisiones de los autores no aventajan en precisión. Según Du-

1 Chabot, Dictamen, núm: 14 (Loché, t 5º, p, 188).

ranton, la viabilidad es la aptitud para vivir: el niño, dice él, es viable cuando tiene las condiciones para vivir; no es viable cuando al verle puede decirse que su conformación es tal, que ha nacido para morir á poco y no para vivir (1). Esto es muy vago. Un niño nace vivo, y muere pocos instantes despues de haber nacido: ¿es capaz de suceder? Sí, si es viable; nó, si no es viable. Así, pues, la viabilidad es cosa distinta de la vida. ¿Pero cuáles son los caractéres en que puede reconocerse la viabilidad? En el silencio del código, el juez debe decidir conforme á los hechos y á las circunstancias, sin duda que sí; pero necesita reglas, y las pide en vano. Demolombe desarrolla la definición de Duranton, y al desarrollarla hace patente toda su incertidumbre. "La viabilidad, dice él, es la aptitud para vivir durante el curso de una vida de duración media; luego debe considerarse como no viable al niño que no nace, *en cierto modo*, sino para morir *casi inmediatamente*, porque la naturaleza le ha rehusado las condiciones necesarias para vivir" (2). Los *en cierto modo* y los *casi* no servirán de gran cosa al juez. Cuando el niño nace con vida y muere casi inmediatamente, ¿será esto una prueba de que no nació viable? En la teoría del código nó, supuesto que distingue entre la vida y la viabilidad. Así, pues, nuestra perplejidad subsiste. Hé aquí dos niños que mueren pocos momentos después de su nacimiento: uno de ellos sucederá porque es viable, y el otro no sucederá porque no es viable. Y ¿cómo saben si el niño es ó no es viable? Una sola respuesta puede darse. Los hombres de ciencia resolverán. ¿Y si no hay peritos?

546. Insistimos en esta cuestión, porque, á nuestro juicio, es falsa la teoría del código. Esta es la opinión de Domat y de Savigny. En el antiguo derecho se admitía que

1 Duranton, t. 6º, p 95, núm. 75.

2 Demolombe, t. 12, p. 250, núm. 180.

los hijos nacidos en término eran capaces de suceder, por más que fuesen incapaces de vivir, sea por efecto del parto cuyo trabajo los privaba de la vida, sea por alguna enfermedad ó defecto de conformación ú otra causa que les hiciese imposible la vida, ellos no dejaban de suceder, por que bastaba que hubiesen nacido con vida. Domat sostiene que debería ser lo mismo de los niños nacidos antes de término, supuesto que había la misma razón para decidir; y esto es de toda evidencia. Oponíanse ciertas leyes romanas que parecen exigir la viabilidad como una condición distinta de la vida. Nosotros seguiremos á Domat en la discusión de estos textos; bástenos decir que Savigny le ha concedido la razón (1). El derecho romano no exige más que una condición, la vida; en donde hay vida, hay un sér humano, luego hay una persona y una capacidad jurídica. Exigir más que la vida es una cosa muy arbitraria, porque esto viene á parar en reconocer á uno el derecho de suceder y rehusarlo á otro, sin que haya un signo cierto de diferencia. Uno y otro nacen para morir; ninguno de ellos tiene necesidad de los bienes de la vida. Luego se deberían declarar incapaces á ambos. Esto sería injusto bajo el punto de vista del derecho, y de hecho la iniquidad es mucho mayor. Como lo expresa Domat, no es el interés de los niños el que entra en juego, porque ellos nacen para morir. Pero tienen un padre, una madre: ¿no exige la equidad que los parientes sucedan de preferencia á los herederos más remotos? Domat insiste en esta consideración de equidad, y en efecto, es decisiva. Luego el código ha innovado en esta materia; se ha separado de la doctrina de Domat, su guía habitual, sin que sepamos los motivos.

547. ¿Quién debe probar la no viabilidad? Con excep-

1 Savigny, "System de römischen Rechts," t. 2°, ps. 355 y siguientes (anexo III).

ción del disentimiento de Durantón y de Malpel, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decidir que la viabilidad se presume mientras que, en la opinión general, la vida no se presume. En esto, á nuestro juicio, hay inconsecuencia á la vez que error. La inconsecuencia es palpable. ¿Por qué el que reclama una sucesión, á nombre del niño, debe probar que éste ha vivido? Porque esta es la condición con la cual el niño ha sucedido. Ahora bien, no basta que el niño nazca con vida para que recoja los bienes, se necesita también que nazca viable. Una sola y misma disposición es la que prescribe esta doble condición; según los términos del art. 725, es incapaz de suceder "el niño que no nace *viable*." El texto pone la viabilidad en la misma línea que la vida, no distingue, y ni había motivo para distinguir. Sin duda que la vida y la viabilidad son la regla, pero esta no es una razón para presumirlas, cuando el niño muere después del parto: la probabilidad, en este caso, está contra la vida y la viabilidad. ¿Por qué, pues, el legislador había de presumir la viabilidad, cuando no presume la vida? Si ha de decirse la verdad, él no presume ni una ni otra. ¿Hay que repetir que no hay presunción sin texto? El silencio de la ley es suficiente para apartar las presunciones que los autores imaginan. Se objeta que la no viabilidad es una excepción, y que la viabilidad es la regla; y en términos más generales, que la incapacidad para suceder es una excepción y que la capacidad es la regla. Ahora bien, se dice que el que invoca la ley nada tiene que probar; al que alega la incapacidad es á quien corresponde rendir la prueba. Nosotros contestamos con el art. 1315 que al actor le corresponde probar el fundamento de su demanda; ¿y cuál es este fundamento, en el caso actual? La capacidad del niño. ¿Y en qué consiste dicha capacidad? En estar vivo y ser

viable; luego el actor debe probar la vida y la viabilidad (1).

548. ¿Cómo se prueba la viabilidad y la no viabilidad? Como el código nada dice acerca de este punto, habría debido inferirse que se atiene al derecho común. Esto, por otra parte, es lo que dice el relator del Tribunado en el pasaje que antes hemos citado (núm. 545). No es esa la opinión de los autores. La mayor parte recurren á las presunciones que el código establece en materia de filiación. Esta opinión tiene algún fundamento en la tradición, pero en esta materia la tradición en vez de ilustrar extravía. Así, Bourjon asienta como principio que el niño que nace antes del séptimo mes de embarazo no se reputa viable; de aquí infiere que ese niño no recoge ni transmite á otros ninguna sucesión: "él jamás ha sido la verdadera esperanza de un hombre, puesto que conforme á su naturaleza, esta esperanza jamás podía realizarse" (2). También según el código, el niño que nace el 180º día del matrimonio se presume que es ilegítimo, lo que hace decir á Toullier y á los autores que lo han seguido, que el código considera como viable al niño que nace el día 180º de su concepción y que si nace antes de ese término la ley no lo considera viable. A la verdad podría decirse que ese niño fué concebido antes del matrimonio, y que por consiguiente, es bastardo; pero la honra de la madre y la moral pública exigen que se le declare no viable más bien que ilegítimo (3).

1 Durantón, t. 6º, p. 100, núm. 78; Malpel, p. 66, núm. 25. En sentido contrario, Demolombe, t. 13, p. 269, núm. 187, y los autores que él cita. Sentencias de Burdeos de 8 de Febrero de 1830, y Limoges, 12 de Enero de 1813. Dalloz, "Sucesión," núm. 97, 2º y 3º.

2 Bourjon, "El derecho común de Francia," tit. XVII, 1ª parte, cap. III, sec. I, núms. 7 y 9 (tit. I, p. 687).

3 Toullier, t. 2º, 2, ps. 59 y siguientes, núms. 97 y 98. Chabot t. 1º, p. 48 (art. 725, núm. 11). Compárese Merlin, "Repertorio," en la palabra *vjda*, y "Questiones de derecho," en la palabra *vjda*, pfo. I.

Creemos que esto es confundir dos órdenes de ideas diametralmente distintas, la legitimidad y la viabilidad. Para que el hijo sea legítimo se necesita que haya sido concebido dentro del matrimonio; pero aun cuando esto fuese cierto, no por eso se deduciría que el niño es viable. El niño que nace diez meses después de la celebración del matrimonio, ciertamente que fué concebido durante el matrimonio, y no obstante, puede ser que no sea viable. Del mismo modo, el niño puede ser viable, aunque naciera en menos de 180 días después del matrimonio. Reputarlo no viable para salvar la honra de la madre, es establecer una presunción que la ley ignora. Hay más, se comprende que la ley cree presunciones para determinar la concepción del niño, y en consecuencia, su legitimidad; pero no se comprende que la viabilidad se establezca por vía de presunción. En efecto, la viabilidad no depende exclusivamente de la duración de la preñez, sino que depende de la conformación del niño, y es absurdo establecer la conformación del niño por medio de presunciones. A veces, es cierto, la no viabilidad será el resultado del nacimiento prematuro del niño, y el nacimiento prematuro puede también tener por consecuencia su ilegitimidad. Este enlace accidental entre la legitimidad y la viabilidad es lo que ha hecho caer en el error á los antiguos autores, y la confusión se ha venido perpetuando hasta el código civil. Los principios no dejan duda alguna; sólo hay dificultad para la prueba; ¿debe repetirse que esta diferencia no autoriza al intérprete á crear presunciones?

Podría decirse que los autores del código Napoleón, al consagrar la teoría de la viabilidad, han reproducido el error de los antiguos intérpretes, y por consiguiente, la confusión de la viabilidad y de la legitimidad. Esto es cierto, pero no prueba que deban aplicarse á la viabilidad las presunciones que establece la ley para probar la

legitimidad. Así, pues, la cuestión de viabilidad ha dado margen á discusiones bastante prolongadas en el seno del consejo de Estado, con motivo del art. 314. Vamos á resumirlas; en ellas se ve á cada paso esta confusión entre la viabilidad y la legitimidad que acabamos de indicar: pero también se ve que el legislador no pretendió resolver la viabilidad por medio de presunciones. El primer cónsul, que gustaba de las ideas claras y precisas, pidió que se definiera lo que se entendía por *viable*, y en qué signos se reconocía la viabilidad. Bérenger contestó que un niño no viable era un aborto, y no un niño. Esto era limitar la no-viabilidad al nacimiento antes de término, como se hacía en el antiguo derecho; pero el niño puede también no ser viable, por más que haya nacido á término. Tronchet dijo que la mente del proyecto era que el niño nacido á término es viable. Definid ahora, replicó el primer cónsul, cuál es el niño que se tiene por nacido á término. Tronchet repuso, quedándose dentro de las ideas del antiguo derecho, que un niño no es viable á los siete meses. La cuestión cambió de aspecto por una proposición de Bouley.

Según él, el hijo es viable cuando ha vivido el tiempo necesario para que sea claro que está conformado para vivir. Propone que se declare que el hijo nacido el 180.^o día del matrimonio, y que vive diez días, puede ser desconocido. El primer cónsul aprobó dicha resolución, porque establecía una regla fija. Insistióse de nuevo sobre el plazo de diez días que se quería reducir á uno solo; el plazo de diez días se mantuvo (1). El Tribunado pidió la supresión de todo plazo por ser peligroso; en efecto, la madre, para no verse deshonrada, tenía interés en la muerte de su hijo. Se suprimió el plazo. ¿Qué resuelve de esto? Que la viabilidad se prueba, no por hecho de presunción, sino por el

(1) Observaciones del Tribunado, núm. 6 (Loché, t. 3.^o, p. 71); Discurso de Duverger, núm. 16 (Loché, t. 3.^o, p. 128).

testimonio de los médicos, y á falta de éstos, por el de las personas que asistieron al parto ó que vieron al niño. Esto es lo que dice Bigot-Préameneu, el orador del gobierno (1).

§ II.—DE LOS EXTRANJEROS.

Núm. 1. *El antiguo derecho y la nueva legislación.*

549. En el antiguo derecho, los extranjeros cargaban con una doble incapacidad. Se partía del principio de que para transmitir una sucesión y para recoger una herencia, se necesitaba gozar del estado civil y de los derechos de ciudadano. Como los extranjeros, dice Pothier, no tienen el derecho de ciudadano, no tienen tampoco el derecho de transmitir su sucesión: sus bienes van al poder del rey por un derecho que se llama derecho de *aubaine* (derecho del fisco regio en la sucesión de extranjeros). Por el mismo motivo, los extranjeros no eran capaces de recoger una sucesión (2). Domat aprueba esta incapacidad, que se funda, dice él, no sólo en el derecho romano, sino en el orden natural que distingue la sociedad de los hombres en diversos Estados, reinos ó repúblicas. Porque es una consecuencia natural de esta distinción que cada nación arregle por sus leyes propias lo que puede haber en las sucesiones y en el comercio de los bienes que depende de leyes arbitrarias. Los extranjeros no heredan á nadie y nadie los hereda, así como están excluidos de los cargos públicos (3). Domat confunde el orden civil y el orden político; la división de la humanidad en naciones tiene una influencia

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos del título de la "Paternidad," núm. 11 (Loché, t. 3.^o, p. 87).

2 Pothier, "Costumbres de Orleans," Introduccion al título de las "Sucesiones," núms. 3 y 10; "Tratado de las sucesiones, cap. I, sección I, pfo. 1.^o

3 Domat, "De las leyes civiles," 2.^a parte, tit. I, Pref. número 13, p. 330.