

# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Marzo de 1928

Núm. 39

## El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil

### IV.—LA VIABILIDAD EN EL DERECHO BÁRBARO (a).

Casi todos los autores modernos aseguran (1) que el origen de la exigencia del requisito de la viabilidad se encuentra en el Derecho bárbaro.

El antiguo Derecho germánico exigía que viviera diez días el recién nacido para considerarlo persona; la ley Vestrogótica pedía que el niño fuese bautizado; la Alemánica, que la criatura viviese una hora después de abrir los ojos.

Basta la reseña expuesta, para comprender que el Derecho bárbaro no se conformaba con el parto y la vida, pues si discutible sería la exigencia del bautismo de la ley Vestrogótica, no pueden serlo las circunstancias requeridas por las otras leyes citadas. La hora, bajo el pueril pretexto de que la criatura viese (2) el cielo y las paredes de su casa, el plazo de diez días, significan un período de tiempo que, al ser vivido, implica la aptitud para poder continuar la vida extrauterina.

Es, pues, el concepto amplio de la viabilidad el exigido por el Derecho bárbaro: la viabilidad impropia, en la que se encuentra contenida la viabilidad propia.

La influencia del criterio bárbaro en punto a viabilidad, fué decisiva sobre el Derecho feudal, sobre el Derecho canónico, a

(a) V. el número anterior de esta REVISTA.

(1) Ferrara: Ob. cap. cit.

(2) Isnardi: Ob. cit., págs. 53 y sigs.

pesar de su apego al Derecho romano, y ocasiona en Francia la revisión crítica del concepto que de la viabilidad, apoyada en tales interpretaciones de textos romanos, forjaron los compiladores.

El Derecho italiano acepta casi textualmente la obra de los compiladores, pero su interpretación es idéntica a la elaborada en Francia por los autores que siguieron las inspiraciones del Derecho bárbaro.

La jurisprudencia francesa revela también la influencia del Derecho bárbaro. Así, el Parlamento de Burdeos, recordado por Ferrare (1), siente la constante exigencia del requisito de la viabilidad.

Dicho lo que antecede como precedente inexcusable, veamos la influencia que en la elaboración del concepto de viabilidad tienen la falsa interpretación de los textos romanos y los principios del Derecho bárbaro, que, por lo que se refiere a nuestra patria, ostenta su más rancia representación en el Fuero Juzgo.

#### V.—LA COMPILACIÓN FRANCESA Y LA VIABILIDAD.

Ya queda dicho que el requisito de la viabilidad, considerado como exigencia del Derecho romano, fué idea dominante entre los jurisconsultos del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Tal tendencia había de repercutir, con lamentables consecuencias, en las obras de éstos y en las compilaciones que bajo su dirección se formaron.

Siguiendo un orden lógico, es punto de partida obligado la Compilación francesa, por dos razones fundamentales: Se inspiraron sus autores en el Derecho romano, y no en vano de su veneno se nutrieron en gran parte las legislaciones de países que, como España e Italia, afrontan sin intermitencias el grave problema de la viabilidad.

Parece natural que los jurisconsultos franceses, al tratar de compilar su Derecho, hubiesen dedicado uno de los primeros lugares, quizá en la parte general, al problema de la viabilidad; pero, lejos de cumplir esta exigencia de la técnica, esperan al mo-

(1) Ob. y cap. cit.

mento de la legitimación para explicar el falso concepto que de aquella institución atribuían al Derecho romano y las oportunidades que les brindaban los capítulos relativos a donación y sucesiones, para hacer una mera referencia a aquel término, en algunos momentos dándole conceptualización contrapuesta al significado concedido en el capítulo de paternidad y filiación.

¿Qué significa la viabilidad para la Compilación francesa? (1). Trouchet contesta en forma categórica: La intención del proyecto es considerar viable al niño que ha nacido a término. Estas palabras de Trouchet son de una singular importancia; contra ellas no pueden las argumentaciones de autores que, como Marcadé, Demolombe, Laurent, etc., pretenden dar una distinta interpretación a la intención de los compiladores. Las palabras de Trouchet significan el reconocimiento de la tesis que defendiera Wachter, es decir, que Trouchet, en representación de la Comisión compiladora, contestaba a Napoleón resolviendo el problema, al igual que, según ellos, hizo el Derecho romano, o sea con el concepto de viabilidad en el llamado sentido propio: el nacido vivo de una gestación a término. Y claro es que tal solución en labios de los compiladores, planteaba la interminable serie de problemas, y aun más que los ocurridos en tema de legitimación del Derecho romano, operándose la confusión de instituciones: legitimación y viabilidad, que tanto critican desfavorablemente los autores modernos (2).

¿Qué se entiende, según los compiladores, por nacido a término? Otra vez nos responde Trouchet en las sesiones del Consejo de Estado: Los naturalistas exigen un plazo mínimo de siete meses, y quien nace antes no puede ser desconocido por el padre. Vuelve con esta segunda contestación un eco hipocrático; el maleficio de los itálicos aun sigue en vigor, y con él, la legislación romana que los reconoció a pesar de las enormes dudas que su falta de precisión ofrecía. Pero era necesario pensar en la posibilidad de que pudiese sobrevivir al nacimiento un niño que viniera antes del plazo de ciento ochenta y seis días, que se fijó en el pro-

(1) Locre: *Legislación civil común y criminal*.

(2) Pacifici-Mazzoni: *Istituzioni de Diritto Civile Italiano* Florencia, año 1914; 5.<sup>a</sup> edic. Cap. I, tit. II, págs. 30 y sigs.

yecto como término normal, y Boulay busca remedio en defensa del padre, como antes lo hiciera, aunque por conducto distinto, la legislación romana, proponiendo que si el niño nace antes de los ciento ochenta y seis días consecutivos al del matrimonio, y vive diez días después de separado del seno materno, puede ser desconocido por el padre. Razones de moral o desconfianza en la justicia que administraban los Tribunales, decidieron al Consejo de Estado a formular un texto por el que se autorizaba al supuesto padre el ejercicio de acciones de desconocimiento del niño que nacía antes de los ciento ochenta y seis días siguientes al de su matrimonio. Este texto pasa con el número tres a la segunda redacción del Proyecto de compilación, abriéndose amplia discusión sobre el mismo tema al incluirle en el tercer Proyecto que presentó Rigot Prèameneu, sin que las razones aducidas nuevamente por los impugnadores hicieran rectificar su redacción. No obstante, en la discusión previa a la definitiva redacción del Código de Napoleón, pasa a constituir el artículo 314, expresándose así: El niño nacido antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, no podrá ser desconocido por el padre en los casos siguientes... 3.º Si el niño no ha sido declarado viable. A pesar de la crítica hecha a este precepto, contraponiéndose que deja un dilema para la madre entre su honor y la comisión de un delito o la ingeniosa teoría del descuido involuntario, para, produciendo la muerte del niño antes de los diez días, mostrar a la sociedad que fué concebido en tiempo. El citado texto pasó íntegro al Código de Napoleón en su Título VII.

Por lo que se refiere a sucesiones, la L. 3 C. de *post hered inst.* «si vivus perfecte natus est», expresa en opinión de los compiladores por boca de Chabot (De L'Allier), que el recién nacido era producto de una gestación a término, viabilidad propia, e igual interpretación les merece la L. 2 del mismo título, y la L. 3 de *suis et legit hered.* Y aun cometieron nuevas omisiones en sucesión testada e intestada y en materia de donación al olvidarse dar el concepto de qué entendían por sér no vital.

Como complemento de esta reseña, citemos a Pothier en su Pandectarum recordado por Isnardi, que, interpretando la L. 2. C. de *post inst.*, dice: «El nacimiento de un póstumo no rompe el testamento no siendo perfecto», añadiendo que se entiende por

nacimiento perfecto el del hijo que ha nacido vivo entre el número de meses requerido para un parto perfecto. Y con referencia a la L. 2, § 9, D. de *suis et leg. hered.*, añade: «Aquel que estaba en el útero no es admitido a la herencia, sino cuando a continuación haya nacido y además haya nacido en el término legal.» Y en su trabajo sobre Sucesiones, vuelve a afirmar: «Es necesario, para tener la capacidad de suceder, haber nacido a término.» Por lo demás, para esto basta nacer en el séptimo mes, según la Constitución de Antonino Pío y la opinión de Hipócrates. Tal era el ambiente en que se desenvolvía la Compilación.

Con lo dicho, queda hecho un suficiente acopio de muestras sintomáticas de la falaz interpretación de los textos romanos.

Una crítica-resumen de lo dicho, puede ofrecernos las siguientes conclusiones:

A) Se habla de viabilidad en confusión con otros temas: legitimación, donación, sucesión testada e intestada. El método empleado por los jurisconsultos romanos, aligeró a los compiladores franceses de la carga que supone reflexionar unos instantes sobre lo que es elemental previsión exegetica.

B) Se concibe la viabilidad en su sentido propio, como nacimiento a término, imposibilitándose para estructurar un concepto más extensivo y necesario de dicha institución, sin que valga contra esta afirmación, que es la de Trouchet, las formas retóricas de un Bigot Prèameneu al decir que sería viable el niño que está en condiciones de proseguir la senda de la vida, o la expresión de Chabot refiriéndose al no vital: «El que nace para morir», o Duveyrier, exigiendo que el niño nazca provisto de todas las facultades de la vida. Se observa en todas estas expresiones la superación de forma, o la nota patética que se adecúa a momentos como aquél en que se discute sobre el amor materno y su honor, en lucha, bajo el imperativo mandato de un texto legal. Pero no tendrán fuerza para convencer que la intención del Proyecto de Compilación nos quisiese dar con el término viable la significación de los dos sentidos en que se estudia: propia e impropia.

Ya lo decía, sin ningún género de ambages, Trouchet, a requerimientos del primer Cónsul en el Consejo de Estado: es viable el que ha nacido a término.

C) Confunden, como en Derecho romano se hizo, los proble-

mas de legitimación y viabilidad, y en esta confusión llegan los compiladores a extravíos injustificados: Interpretan mal y olvidan la significación de la L. 5 D. de *in ius voce*, y aun más 'a L. 12 D. de *statu hom.*

Recordemos que el primero de estos textos era la afirmación de la máxima «*pater is est quem demonstrant*», y que ante tal vaguedad, el legislador romano, arrepentido de las enormes consecuencias que en el orden moral y sucesorio podía traer la imputación al padre de todos los hijos que diera a luz su mujer, puso un límite en la L. 12 D. *statu hom.*, prescribiendo que el marido es considerado padre de los hijos que diera a luz su mujer en el séptimo mes de matrimonio, y esta disposición, que conformaba con los datos suministrados por la ciencia médica, y que se proponía en forma eficaz, alentada por un doble interés, el del padre y el de la moral social, se traduce por los compiladores en forma ineficaz, como precepto muerto, al decir que no podrá ser desconocido por el padre el niño que nazca antes del plazo legal de los ciento ochenta y dos días después de la celebración del matrimonio. ¿Qué interés anima el derecho concedido al padre? ¿Necesita alimentos quien nace en tales condiciones? ¿Hereda el hijo al padre estando éste vivo, o, caso de haber muerto, le impide a sus herederos ejercitar las acciones de ilegitimidad?

D) En materia de sucesiones, el cuadro es verdaderamente desolador. Chabot de L'Allier, el que había dado interpretaciones equivocadas a la L. 3 C. de *post hered iust.*, a la L. 2 del mismo título y a la L. 3 de *suis et legit hered.*, decía pomposamente en una sesión legislativa pro-Compilación (1): «Hay una regla general en dicha materia, por la que es necesario existir para tener la capacidad de suceder; de aquí la consecuencia de que es incapaz de suceder aquel que no ha nacido vital. Cuando el infante no ha nacido vital, se reputa no haber vivido nunca con relación a la sucesión; en este caso, es igual que el infante haya muerto o que nazca para morir.»

Conforme a estos fundamentos parece que quiere interpretarse la Compilación, pero ¿qué es nacer para morir? Trozo altisonante de Chabot, que bien pudiéramos aplicar a un octogenario;

(1) Isnardi: Ob. cit., pág. 62.

¿Qué plazo de vida tiene quien nace para morir? ¿Qué signos acreditan la vida verdad? ¿Qué consecuencias jurídicas trae la muerte del niño, según el momento en que se produzca? ¿Es vida la convulsión refleja del feto que acaba de desprenderse del seno materno? ¿Qué se dice acerca de la muerte del recién nacido, ocasionada por defectos orgánicos o por trastornos funcionales consecutivos a ausencias o deformación de órganos esenciales de la vida?

Dentro de la *Compilación* no puede contestarse a estas preguntas. Los compiladores no supieron resolver los problemas de la viabilidad, y es natural que así sucediera.

Los jurisconsultos romanos no la exigieron, y la ausencia de tal instituto originó dificultades; los compiladores franceses, en tema de romanistas convencidos, crearon de tal requisito un verdadero «abortus» de lo que en buena técnica debió ser una «aptitud» para la vida extrauterina y una expectativa para llegar a ser hombre en la vida de relación.

---

La postura de los compiladores franceses con referencia a la viabilidad, origina una gran escisión entre los jurisconsultos. De una parte, sustentan la opinión de los compiladores, Troplop, Chabot, Frenier, Aubry, Rau, etc. En contra de esta tendencia, atribuyendo a la *Compilación* que la viabilidad por ella exigida era la impropia, se hallan civilistas de autoridad, como Demolombe, Mourlon Laurent, etc.

Esta segunda tendencia siguiendo la inspiración germánica, hace una falsa imputación a los compiladores, pero tiene la virtud de ir elaborando la buena doctrina que en su justo fundamento llevaba el éxito.

La nueva doctrina expuesta por Demolombe se concretó a una fórmula ya reseñada: es incoherente que el legislador considere no vital a la criatura nacida viva, pero incapaz de seguir viviendo por prematura, y no de igual tratamiento a aquella que ha nacido viva después de una gestación normal, pero afectada de vicios orgánicos que irremediablemente la llevan a la muerte.

La influencia del Derecho bárbaro triunfó en Francia. Códigos

e intérpretes siguieron sus huellas. Autores juristas del momento actual, como Planiol (1), siguen definiendo la viabilidad como «aptitud para vivir, *vitae habilis*», y Capitant (2), dice: «Cuando nace con los órganos necesarios para la vida, cuando está de tal suerte conformado que puede vivir.» El Código francés vigente se manifiesta, según dijimos, en idéntico sentido.

Italia, en sus Códigos y jurisprudencias, sigue las huellas del Derecho francés, pero del Derecho francés perfeccionado por la revisión que inicia Demolombe. Como única excepción de la doctrina italiana, merece citarse a Pacifici y Mazzoni y Serafini, que sigue el cauce de los compiladores concibiendo sólo la viabilidad propia.

La influencia bárbara sigue rigiendo entre los autores italianos modernos. Así, Ferrara (3): «es la aptitud para seguir viviendo, cuando esta aptitud falta, bien por parto prematuro, bien por defecto orgánico esencial, la viabilidad no existe»; Chironi y Abellia (4): «que sea de conformación capaz de vida independiente»; Barassi (5): «la criatura provista de una integridad orgánica que le permita continuar la vida», y Dussi (6): «el que no contenga deficiencia de órganos esenciales a la vida». En igual sentido se manifiesta el Código civil vigente en Italia, según tenemos indicado.

## VI.—LA VIABILIDAD EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO.

El Fuero Juzgo, representación genuina del Derecho bárbaro, nos brinda la exigencia de la viabilidad. Su influencia fué decisiva en el ulterior desarrollo del Derecho español. Hoy mismo, en nuestro Código civil vigente, retoña la savia del Código godo.

En efecto: las leyes 18 y 19, título 2.º libro IV del Fuero Juzgo dicen, respectivamente: «Establecermos que aquél que nasse non

(1) Planiot: *Traité de Droit Civil*, pág. 145, t. I.

(2) Capitant: *Introduction a l'étude du Droit Civil*, 4.ª édit., pág. 138.

(3) Ob. cit.

(4) *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Porte prai., pág. 175.

(5) *Instituzioni di Diritto Civile*.

(6) *Instituzioni di Diritto Civile*.



debe aver la buena de los padres, fueras si despues que fue nascido recibiere baptismo e vizquiere X días» (1); «el padre muerto si el fijo o la fija *visquieren* diez días o más o menos, o fuera baptizado quanto que pertenecía de la buena del padre todo lo deve aver la madre» (2).

En tales preceptos, el requisito de la viabilidad existe, y se exige señalando plazos de vida complementados por el bautismo. Se ha dicho que los citados textos sufrieron alteración al ser traducidos al castellano, pero, hasta el presente, tai modificación no está suficientemente acreditada, al par que—como dice Gutiérrez—esta cuestión no nos pertenece, y que el hecho es que tales textos existen (3).

(1) Ley 18: La cosa que es dubdosa, si non fuere de partida por razón muchas veces cae en yerro. Ca muchos omnes suelen contender, si el ninno que es nascido e muere ayna, si puede aver la buena del padre. E a esta entención queremos nos poner tal término. La razón de natura tal es, que aquel que nasce non puede prender ninguna cosa ante que si mismo, que es fecho de tiniebras. Doneas ¿en qual manera puede prender heredad sobre la tierra qui non puede prender el empezamiento de la luz de este mundo? ¿Equi non puede usar de los elementos de los cuales era fecho, ¿cuemo podrá aver las cosas que no dexaron ver, e cuemo aora partida de las cosas de este mundo en su muerte, que lo deciera aver si vis quies, e cuemo será contado en os bivos al cual fué más allegada la muerte que la vida?, e asi en medio de la luz es luego muerto y es entrado en las tiniebras. E porque los padres suelen aver la buena de tal fijo, a que la vida del innoro sea tal que cuemo puede aver la vida celestial así aya la vida terrenal; establecemos que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres fueras si despues que fuere nascido recibiere baptismo e vizquiere x días, que tal omne que cubdicia ganar la buena del padre de la madre por este nimno, se esfuerce este de ganarle ante la vida celestial por el baptismo; e asi aquel que finca despues del, aya la buena. E quando el nimno a la tierra por heredad e las cosas celestiales que son apareiadas, sus herederos ayan los terrenales, y este gane las cosas que defallen. E que si el muerto non puede usar las cosas terrenales, derecho es que si el que non, que pueda ganar las cosas celestiales.

(2) Ley 19 dice: Cuemo deven los padres ganar la heredad de los ninos. El padre muerto el fiio o la fiia visquieren diez dias, o más o menos e fuere baptizado, quanto quel pertenisís de la buena del padre todo lo deve aver la madre, e si la madre muriese, otro si el padre non puede aver la buena que avis aver del fiio o de la fiia de parte de la madre fueras si mostrare que el fiio o la fiia visquio diez dias o más o menos e fué baptizado.

(3) Gutiérrez, en su obra *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*.

Los textos del Fuero Juzgo en materia de viabilidad incitan a plantear algunos problemas: ¿Qué causas motivaron entre los bárbaros la exigencia de la viabilidad? Para contestar a esta pregunta, precisa, a nuestro entender, enfocar el campo del Derecho público. La intervención de la autoridad al objeto de conservar las buenas costumbres del pueblo germano, tan alabadas por Tácito, es un hecho constante en el desarrollo de la vida social bárbara, y claro es que tal requisito de la viabilidad, como premisa esencial en problemas de legitimación, donaciones, sucesiones, etcétera, había de ser declarado y regulado en sus cuerpos de leyes.

¿La ley 18 merece una crítica favorable? Sea cualesquiera el concepto que tengamos de la viabilidad, hemos de reconocer que el legislador godo tuvo el acierto de llevar a la ley lo que corrientemente ya se conocía y comprendía, o sea la necesidad de tener en cuenta la actitud para la vida extrauterina del recién nacido, al objeto de reconocerle personalidad. De forma, que pidió el hecho físico del parto, o sea el desprendimiento completo de la criatura del seno de su madre, estableció el plazo de diez días de vida para considerarle viable, y por último, exigió el bautismo.

Un examen detenido de las exigencias de esta ley, nos lleva a una crítica favorable. Quienes le miren a través del concepto que actualmente vamos construyendo de la viabilidad, podrían objetar al plazo de diez días, a su fundamento, o sea al ánimo de tenencia que puerilmente le atribuye el legislador godo al niño antes y después de los diez días, y una confusión exacerbada de conceptos celestiales y terrenos. Para quien no caiga en anacronismo, la ley 18 significa un avance serio en la construcción de la viabilidad. Por primera vez, se exige en la legislación patria, bajo condición de diez días de vida a partir del hecho del nacimiento, y como complemento esencial, el requisito del bautismo. El plazo de diez días señalado indica con claridad que con él se buscaba la actitud para la vida extrauterina del recién nacido, sin distingo de inmadurez de parto o defectos orgánicos esenciales. Fué el plazo señalado una concreción legal, basado seguramente en una creencia producto de la observación, o regla fija dada por el legislador para evitar incertidumbres. Sea uno u otro el fundamento, merece la consideración de los estudiosos, aunque sólo fuera por el influjo que ha ejercido en el Derecho nacional, pues con pequeñas mo-

dificaciones, el plazo es exigido, con la salvedad del Fuero Real y las Partidas, en todos los cuerpos legales que han regido incluso es preceptivo en el artículo 30 del Código civil vigente.

Preocupaciones de la época y una decisiva influencia religiosa, sirven de fundamento al plazo y reclaman el bautismo. Por último, debe encontrarse natural la confusión de expresiones celestiales y terrenas en aquella legislación, ya que el origen de la personalidad tiene en su contenido algo de divino y mucho de humano.

¿Merece igual crítica favorable la ley 19? Indudablemente, no. La regla fija que nos había dado la ley 18, de los diez días de vida para la existencia de la viabilidad, desapareció bajo la expresión «más o menos» que usa la ley 19 que comentamos. Y como no señaló plazos mínimo y máximo, la incertidumbre surgió, como surge siempre que el legislador abandona a los intérpretes lo que puede ser tasado en la ley. ¿Sería la rectificación de un exceso de reglamentación que supone la ley 18? No lo creemos, atendido que más lógico y posible hubiese sido una nueva redacción de la ley 18, pues tratándose de leyes redactadas en una misma época, los avances de la Medicina y del Derecho en el tiempo que medió entre la redacción de una y otra no pudieron hacer cambiar el pensamiento del legislador. El natural temor a encerrar en límites fijos lo que por naturaleza es desconocido, tal vez hiciera al legislador buscar una fórmula más útil, olvidándose de las palabras de la ley 18 y del objeto bondadoso que perseguía.

### EL FUERO REAL.

La ley 3.<sup>a</sup>, título 6.<sup>o</sup>, libro III del Fuero Real (1), se preocupa del origen de la personalidad.

Comparando este texto con los ya dichos del Fuero Juzgo, se

(1) Como deben ser excriptos los bienes del difunto quando la muguer quedare preñada, o no hubiere otros fijos del marido.

Si el que muriere dexare su muger preñada, e no hoviere otros fijos, los parientes más propinquos del muerto en uno con la muguer escriban los bienes del muerto ante el alcante; e tengalos la muguer e si despues naciere fijo o hija, e fuere baptizado haya todos los bienes del padre: e porque no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo o de la hija al alcalde con los

notan diferencias notables: el Fuero Real sólo exige los requisitos de nacer, nacer con vida y ser bautizado, sin señalar, por consecuencia, plazo alguno que acredite la viabilidad. Pacheco (1) critica favorablemente la decisión del Fuero Real no exigiendo plazo, y Gutiérrez dice (2) que tratándose de un Código basado en el Fuero Juzgo, parece presumible que siguiera rigiendo el plazo señalado por éste, aunque después se rectifica afirmando que un comentarista explica el espíritu de una ley, pero no puede ponerle apéndice. Reflexionando sobre esta cuestión, nos parece exagerada la postura de Gutiérrez. No significa ponerle apéndice a una ley investigar si una laguna que su redacción deja, puede ser llenada por otra anterior disposición, cuya vigencia sea dudosa, mucho más obligado el comentarista en el presente caso, puesto que, como veremos en seguida, es posible que de la vigencia o no del citado plazo penda resolver sobre si el Fuero Real exigió o no el requisito de la viabilidad.

El hecho no interrumpido de haber exigido un plazo de vida más o menos largo nuestros cuerpos legales, con excepción de las Partidas (representación genuina del Derecho romano), hace presumir que el factor tiempo de vida extrauterina seguía exigiéndose a pesar de silenciarlo la ley 3.<sup>a</sup> del Fuero Real. No olvidemos tampoco que el precedente señalado por el Fuero Juzgo era muy reciente; que el Fuero Real se inspiró en aquel cuerpo legal, y que en el tiempo que medió entre la publicación de uno y otro, la evolución de la ciencia médica no fué capaz de producir el cambio. Indirectamente, la exigencia del bautismo prueba que la criatura para ser persona había de vivir algún tiempo fuera del seno materno.

En contraposición a estas conjeturas, surgen motivos de conparientes sobredichos pongan dos mugueres buenas, al menos que estén delante de la nascencia con lumbré; y no entre otra muguer a aquella hora fuera aquella que la hobiese a servir a la parición: y esta sea bien cargada, que no pueda facer engaño: e si la cruatura muriere antes de ser baptizada, hereden su buena los parientes más propinquos del padre, e no de la madre e si despues que fuere baptizada muriere heredelo la madre.

(1) Francisco Pacheco, tomo primero de su *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las leyes de Toro*, págs. 203 y sigs.

(2) *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, por el Dr. D. Benito Gutiérrez, T. II, pág. 160 y sigs. Madrid, 1868.

sideración: el texto de la ley 3.<sup>a</sup>, que comentamos, no se refiere a plazos, y si hubiere querido exigirlos muchos más, si les consideraba requisito esencial, les hubiera exigido expresamente; el supuesto lógico de que era la ley 3.<sup>a</sup> la única vigente en la materia después de la publicación del Fuero Real; que si bien la ciencia médica en su desenvolvimiento no estimuló el cambio de parecer, la Religión, cada día ejerciendo mayor influencia, hizo que el legislador sólo se preocupase de salvar el alma, imprimiendo carácter a quien ante el Derecho quisiera suponerse instrumento transmisor de patrimonios, y, en definitiva, que no definiéndose el concepto de vida y señalándose los signos de la misma, podía pasar por vivo el que nació muerto. Con relación a este último punto, no debemos olvidar que en todo tiempo, los movimientos mecánicos pueden darse en el cuerpo del hijo muerto y que esto sería suficiente para el conocido bautismo de socorro, sin que pudiera tener eficacia la prueba pedida por la ley 3.<sup>a</sup>, pues con plena conciencia, las recatadas mujeres que fueron testigos del parto dirían que con el auxilio de la luz del día (ya que es necesario suponer que algunas mujeres parieran de día), o con el de la lumbre, vieron moverse a la criatura y que en tal acto se le administró el bautismo. Confirmando lo que dejamos dicho, recogemos de Pacheco la opinión de que se ve, con arreglo a este Código, que aun la vida instantánea era suficiente con tal de que la santificara el bautismo.

No podía aquella sociedad consentir que fuera heredero de un cristiano otro que no lo era (1). Y así, la preocupación religiosa o social hacen que el legislador olvide otros detalles que se elevan a la categoría de condiciones sustantivas en cuanto al requisito de la viabilidad se refiere.

De lo expuesto, tomando un temperamento de imparcialidad, hay que concluir que el Fuero Real, en su ley 3.<sup>a</sup> citada, deja dudas acerca de si exigió o no el requisito de la viabilidad, siendo lo más seguro opinar por la negativa.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.

Doctor en Derecho.

(Se continuará.)

(1) Llamas Molina: *Comentario Crítico Jurídico literal a las leyes d' Toro*. Segunda edición. Madrid, 1852, págs. 127 y sigs.