

El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil

I N D I C E

I.—DELIMITACIÓN DEL TEMA.

- 1) El concepto de la viabilidad.
- 2) ¿Viabilidad propia o impropia?

II.—¿EXIGE NUESTRO CÓDIGO CIVIL EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD EN EL NACIDO?

- 1) No puede dudarse que el Código civil exige dicho requisito.
 - a) Referencias del Código civil a la viabilidad.
 - b) Opinión de la doctrina.
 - c) La tradición jurídica española.
- 2) Problemas que al exigir la viabilidad plantea nuestro Código civil.
 - a) En qué precepto del sistema se formula esencialmente el requisito de la viabilidad.
 - b) En el artículo 30 está exigida la viabilidad.
 - c) En qué condiciones de las varias requeridas por el artículo 30 se exige la viabilidad.

III.—EL DERECHO ROMANO Y LA VIABILIDAD.

- a) Doctrina de Savigni.
- b) Doctrina de Bächter.
- c) Doctrina de Isnardi.
- d) Interpretación del requisito de la figura humana.

IV.—LA VIABILIDAD EN EL DERECHO BÁRBARO.

- a) Concepto de la viabilidad.
- b) Su influencia sobre las demás legislaciones.

V.—LA COMPILACIÓN FRANCESA Y LA VIABILIDAD.

- a) La falsa interpretación de los textos romanos.
- b) La reacción de la doctrina.

VI.—LA VIABILIDAD EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO.

- a) El fuero juzgo.
- b) Los fueros municipales.
- c) El fuero real.
- d) Las leyes de Toro.
- e) La Novísima Recopilación.
- f) Antecedentes inmediatos del Código civil vigente.

RESUMEN.

DELIMITACIÓN DEL TEMA.

Algunos sistemas positivos, entre otros (1), nuestro Código civil, mantiene todavía la exigencia de la viabilidad en jerarquía de *conditio iuris* del nacimiento determinante de la personalidad jurídica (2).

El nacido no viable, deja de recibir la investidura formal de la personalidad. Sólo el ser viable es sujeto de Derecho.

Ahora bien; cuando aquellos sistemas jurídicos han establecido dicha exigencia, formulándola en términos de acentuada imprecisión técnica, la interpretación se ve enfrentada con problemas diluidos y difíciles, que por lo que se refiere a nuestro Derecho, no han merecido quizás la meditación necesaria (3).

(1) Francia e Italia y Costa Rica exigen la viabilidad. El Código suizo, en su artículo 31, sólo exige que el recién nacido nazca vivo. El Código alemán, en su artículo primero, se conforma, a los efectos de personalidad, con que la criatura nazca viva. Portugal, de la combinación de sus artículos 6.º, 110, 1.479 y 1.776, sólo exige el nacimiento con vida y la figura humana. Tal precepto ha sido muy combatido por Correa Telles en su *Digesto Português*, II, art. 353, y por Coelho da Rocha en sus *Instituições*, I, cap. 56.

Tampoco exigen el requisito de viabilidad los Códigos de Argentina, Guatemala, Perú y Brasil.

(2) Se confunde con frecuencia los problemas de origen y fundamento de la personalidad: los de origen están referidos a determinar el momento en que la personalidad comienza y los de fundamento tienen por objeto explicar el porqué de esta concesión o reconocimiento de personalidad. Ejemplo de confusión le presenta D'Aguanno, al considerar la personalidad como el atributo jurídico que corresponde a la actuación consciente del sujeto.

(3) Manresa y Mucius y demás comentaristas.

Entre otros hay dos que suscitan preferentemente nuestra atención. El uno consiste en deslindar definitivamente el precepto de nuestro Código civil, en el que se formula el requisito de la viabilidad como exigencia legal. El otro consiste en investigar la construcción útil y adecuada al sistema positivo, para dirigir certeramente la aplicación de aquel principio.

Para presentar en su propia amplitud ambos problemas, resolviendo el primero mientras el segundo queda para un ulterior estudio, es imprescindible delimitar el concepto de viabilidad en la posición del Código civil, fijando al efecto a guisa de introducción algunas observaciones generales en torno a la sustancia del asunto.

EL CONCEPTO DE LA VIABILIDAD.

Con la palabra viabilidad se define la aptitud de las criaturas recién nacidas para la vida extrauterina.

Que el nacido sea viable, y en tal concepto titular de capacidad jurídica, es tema no exento de contradicción lógica.

Si la capacidad jurídica es el medio de procurar al hombre el goce de los derechos con los cuales satisface necesidades de la vida, cuando precisamente es ésta la que de modo irremisible falta, no tiene razón de ser la concesión o reconocimiento de personalidad a un ente fugaz que no es más que una apariencia de vida.

Contrariamente, si la capacidad jurídica en la cultura actual es un atributo inherente a la existencia del ser humano, no se puede privar a ninguno de la personalidad, aunque se tratara de una vida vacilante y efímera.

Que el nacido tenga aptitud para vivir, fué el principio dominante en las legislaciones bárbaras y en el Derecho feudal. De esta tradición quedaron gérmenes suficientes en el Derecho francés, y así el Parlamento de Burdeos mantuvo constante su jurisprudencia de exigir al nacido la condición de viabilidad (1).

Extensamente se propagó la doctrina entre los jurisconsultos franceses, y Pothier exige al niño, para que sea capaz de suceder, que haya nacido en tiempo.

(1) Ferrara: *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, Parte general, cap. XI, «La persona fidei».

Los conceptos dominantes en los escritores juristas del siglo XVIII y principios del XIX tuvieron su estampación en los cuerpos de leyes, y así los compiladores franceses debatieron en forma prolija el requisito de la viabilidad (1), a propósito del tema de legitimación, concluyendo por exigir al recién nacido el requisito de la viabilidad, si bien entendieron por criatura viable la nacida a término, haciendo de esta suerte equivalente criatura viable y no abortiva.

La doctrina francesa posterior discute sobre si a las criaturas con vicios orgánicos que imposibiliten la vida debe negárseles la personalidad, y los partidarios de la nueva concepción se arraigan y vencen (2).

La obra de los compiladores franceses pasa textualmente al Código Albertino en Italia, y sus intérpretes y comentaristas, con escasas excepciones, aceptan la viabilidad en un concepto amplio (3).

He aquí, por tanto, dos clases o especies de viabilidad: propia e impropia.

Es viabilidad propia la que presenta el recién nacido a término, es decir: el que después de una gestación normal nace, pudiendo, por tal motivo, continuar su vida extrauterina.

Es viabilidad impropia la que posee el nacido vivo sin vicio orgánico esencial que le imposibilita continuar su existencia independiente.

Como se ve, el significado de viabilidad impropia es mucho más amplio que el de viabilidad propia, ya que éste queda recogido en el contenido de aquél.

Ahora bien; cuando un sistema positivo exige la condición de viabilidad, ¿qué ha de comprenderse bajo esta exigencia? ¿Solamente la viabilidad propia? ¿También la impropia? Opina Wach-

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

(2) Partidarios de la primera tendencia (viabilidad propia) fueron en Francia: Troplong *des donations*, núm. 601, Zachariæ; *Cours de droit civil*, s. 8 r., Chavot. Comentaristas al artículo 726, Frenier; *Des Donations*, I, núm. 100, Aubry et Rau, ss. Defienden la segunda tendencia (viabilidad impropia) Demolombe, Marcadé, Mouslon, Laurent, etc.

(3) El concepto amplio de viabilidad (viabilidad impropia) ha sido aceptado en Italia y continúa aceptándose, con las excepciones de Pacifici, Mazzoni y Serafini.

ter (1) que debe considerarse como tal viabilidad sólo la propia, porque cuando la gestación es normal, el único obstáculo que se opone al reconocimiento de la personalidad del feto es su unión intrauterina con la madre, enlace que, una vez roto, determina la capacidad y sería violento que si, después de nacido, muere por consecuencia fatal de un defecto orgánico, se le quite retroactivamente la personalidad que se le había concedido desde el momento mismo de su nacimiento, hasta que su muerte venga a poner de manifiesto su falta de viabilidad.

Dice Pacifici-Mazzoni (2): Abundando en la tesis de Wachter que si un niño adquiere gestación perfecta, manifiestamente ha alcanzado el desarrollo orgánico, según las leyes fisiológicas, para vivir la vida propia. Podrá ser muy débil el organismo del recién nacido, pero la debilidad no excluye la viabilidad. La viabilidad presupone necesariamente la vida, y la deficiencia orgánica esencial imposibilita aquélla, por la que es inútil tratar de la no viabilidad dependiente de semejantes vicios.

No puede influir la cantidad de tiempo que viva la criatura ni la calidad del motivo ocasionante de la muerte, o si existía o no antes del nacimiento o sobrevino después; basta que el feto haya traspasado el estado embrionario y tenga vida independiente, largo o breve.

Inexactamente, dice este autor, propone Savigny que existe incongruencia en admitir la falta de viabilidad por lo precoz del parto y no admitirla por una imperfección orgánica que haga imposible toda vida ulterior. Se trata, por el contrario, de dos cuestiones distintas: el feto unido al seno de la madre en estado de embrión, no ha adquirido la capacidad de vida independiente. Puede nacer muerto o morir durante el parto, y puede suceder que naciendo vivo, viva algún tiempo después del parto. Pero esta vida no debe ser confundida con la vida independiente del seno materno, necesaria para obtener la capacidad jurídica (3).

(1) *De partu vivo non vitali*.

(2) *Instituzioni di Diritto civile italiano*, vol. II, parte general, páginas 32 y siguientes, 5.ª edic., Florencia, 1914, y en el *Trattato delle Successioni*, I, 66.

(3) Notas de Venci a las *Inst.* de Pacifici, vol. 36; la VII del vol. II, 2.ª edic. cit.

En contraposición a la tesis anterior, defendiendo, por tanto, que debe comprenderse la viabilidad en su sentido impropio, se aducen los siguientes argumentos:

Si el legislador diera personalidad al nacido, pero inhábil para vivir por inmadurez de gestación, por lógica consecuencia debiera también negar personalidad al que naciendo vivo y de gestación normal no puede, sin embargo, continuar la vida por deficiencia orgánica esencial (1).

El derecho como institución social debe regular relaciones duraderas entre los hombres, y su objetivo debe ser lógico y práctico.

No teniendo el recién nacido viabilidad, venga este defecto de donde viniere, no se debe reconocer la capacidad, sin que el legislador pierda tiempo en investigar motivos que la realidad, sin esfuerzo alguno, ya le brinda.

Aceptando la teoría de Wachter, ¿no aparece más claro, para dejar de reconocer la capacidad, el hecho de que a la criatura le falten órganos esenciales para la vida? ¿Le parece más natural a Wachter que sea considerado como capaz un feto falto de cabeza y que dé sólo reflejos de vida, que la de un recién nacido, sin otra imperfección que la de ser demasiado endeble por haber nacido prematuramente? El argumento de Wachter se vuelve contra su propia tesis, pues si la criatura nace viva, aunque producto de una gestación inmadura, ¿por qué se le va a negar retroactivamente la personalidad por el hecho de la muerte posterior? (2).

Ante la viva discusión de los autores, de la que sólo hemos recogido aspectos, se han situado muy diferentemente los Códigos vigentes, pero a nuestro propósito basta decir que la viabilidad, en su concepto impropio, se ha salvado y es exigida por los de Francia e Italia, rechazando la concesión de la personalidad a la criatura abortiva y al feto nacido con defectos orgánicos o funcionales que hagan certeramente imposible la vida, pues sólo significan una quebrada esperanza de vida humana.

(1) Demolombe y demás defensores ya citados de la viabilidad impropia.

(2) Francesco Isnardi: *Principio a termine della personalità dell'individuo*. Torino, 1898.

II.—¿EXIGE NUESTRO CÓDIGO CIVIL EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD EN EL NACIDO?

1) No puede dudarse que el Código civil exige dichos requisitos. Pero mientras los Códigos de Italia y Francia (1) exigen expresamente el requisito de la viabilidad, nuestro Código, en cambio, si bien lo menciona varias veces, como término ya concretado y conocido, del cual depende la verificación de determinados efectos jurídicos, no llega, sin embargo, a su formulación general y expresa como *conditio iuris* del nacimiento.

Así, al reglamentar las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, nos dice en su artículo 960: «... Para evitar la suposición del parto o que la criatura que nazca pase por *viable* no siéndolo en realidad»; en el artículo 964 de la misma sección, dice: «... Habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciere y fuere *viable*», y, por último, en el apartado primero del artículo 745, dice: «Son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales, las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30.»

El artículo 30 aludido, dice así: «Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.»

Muy variadas son las referencias indirectas que en el Código existen al problema de la viabilidad, pero tratándose de prevenciones reguladoras de otras materias como legitimación, concepción, etc., hacemos caso omiso de ellas (2).

La simple lectura de los textos citados acreditan que la viabilidad está exigida.

Tal es la opinión de los autores españoles, sin excepción al-

(1) *Cód. Italiano*: Arts. 161, 724, 764, 1.053 y 1.088.

Cód. Francés: Arts. 314-30, 715-20 y 906 al final.

(2) Sobre presunción y doctrina de legitimidad de los hijos y postumidad en su sentido especial: Arts. 108, 109, 110, 111, 112 y 113.

Sobre precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta: Arts. 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966 y 967.

Sobre influencia legal de la concepción y sus aplicaciones: Arts. 627, 644, 745 y 814.

guna (1). Todos dirigen sus actividades en este punto a estudios críticos del artículo 30 del Código: los unos justificando sus apartados en razones de conveniencia, los otros formulando juicios desfavorables por creerlos en contradicción con postulados de la ciencia, pero todos, absolutamente todos, reconocen que el artículo citado exige el requisito de la viabilidad.

La tradición jurídica española constituye también clara justificación de nuestro aserto.

Podemos afirmar, sin ningún género de dudas, que no existe pueblo que en su legislación ni en literatura antigua, nos aventaje en reglamentación y estudios sobre viabilidad (2).

El Fuero Juzgo, en sus leyes 18 y 19, tít. II, libro XIV; la ley tercera, tít. VI, libro III del Fuero Real; la ley 16, título VI, Partida VI; ley 4.^a, tít. XXIII, Partida IV, y la ley 5.^a, tít. XXIII, Partida IV del *C. del Rey Don Alfonso*; la ley XIII de las de Toro; la ley 2.^a, tít. V, libro X de la Novísima Recopilación.

Los Fueros municipales exigen unánimemente el nacimiento vivo y un tiempo variable de vida bajo la condición del bautismo y plazos que oscilan desde las veinticuatro horas hasta los diez días. El *Proyecto de C. c. de 1851*, en su artículo 107, y la *Ley del Matrimonio civil de 1870*, en su artículo 60, que con mejor re-

(1) Navarro Amandi: *Cód. civil reformado*. Madrid, 1889. Dice que el requisito de la viabilidad está exigido en la condición que se previene en el art. 30, «que viva veinticuatro horas». Pedregal, en *Texto y comentarios al C. c. español*, Madrid, 1889, págs. 96 y siguientes, encuentra exigida la viabilidad en calidad de presunción, «juris et de jure», en el requisito de las veinticuatro horas de vida que previene el art. 30. Falcón, en su *Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral*, Barcelona, 1893, págs. 110 y siguientes, afirma que el requisito de la viabilidad es pedido por el Código bajo la fórmula de «que viva veinticuatro horas». Mucius Scaevola, en sus *Comentarios al Código civil*, opina que la viabilidad está requerida en la condición de «que viva veinticuatro horas», del art. 30. Igual opinión sustenta Manresa en sus *Comentarios al C. c. español*. Sánchez Román, en sus *Estudios de Derecho civil español común y foral*, segunda edición, Madrid, 1911, t. II, págs. 174 y 175. Valverde, en su *Tratado de Derecho civil español*, t. I, pág. 131, ed. 1909, Valladolid. De Diego, en su *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, t. II, pág. 89, y Castán, en su *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1924, t. I, pág. 47, etc., etc.

(2) Manresa: *Comentarios al C. c. español*, art. 30.

dacción gramatical pasa al artículo 30 de nuestro vigente Código civil.

Las notas que anteceden significan una constante preocupación del legislador a través de siglos, exigiendo el requisito de la viabilidad bajo diferentes condiciones y pretextos: unas veces pidiendo que, para ser persona, la criatura viva diverso número de días, otras veces horas, o que sea bautizada; como complemento, que no sea monstruo o prodigio, o bajo la fórmula más suave de que tenga figura humana.

Los nombres de Antonio Gómez, Nolasco de Llano, Alfonso de Aguila, Llamas Molina, Pacheco Gutiérrez, etc., significan una continuación estimadísima en la literatura de la viabilidad al comentar este problema en los Cuerpos legales (1).

La conclusión a que nos llevan los antecedentes anotados, es la de aceptar como un hecho indudable que nuestro Código civil exige la viabilidad como requisito esencial para el reconocimiento de la personalidad.

2) Problemas que al exigir la viabilidad plantea nuestro Código civil:

¿En qué precepto del sistema se formula esencialmente el requisito de la viabilidad?

Recordemos a este efecto los diversos artículos en los que se hace referencia a la viabilidad: El artículo 960, incluido en la sección primera del capítulo V del título III, libro III del Código civil, bajo la rúbrica «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», se refiere a las peticiones que los interesados pueden hacer al Juez competente, al objeto de evitar la suposición del parto o que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Como se deduce de su simple lectura, el requisito de la viabilidad, se exige a los efectos sucesorios, pero no se define ni se expresa cuál sea la circunstancia o circunstancias que delatan su

(1) Antonio Gómez: *Comentarios*. Nolasco de Llano: *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez*. Alfonso de Aguila: *Adiciones a don Hermenegildo de Rojas*. Llamas Molina: *Comentario crítico jurídico literal a las 83 leyes de Toro*. Pacheco: *Comentario histórico-crítico y jurídico a las leyes de Toro*. Gutiérrez: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, etc., etc.

existencia. El término viabilidad está usado como concepción ya conocida sobre la que se siguen elaborando reglas.

Iguales comentarios nos sugiere el texto del artículo 964, incluido en el mismo capítulo y sección.

Relativamente al artículo 745, referido a señalar cuáles son las personas incapaces de suceder, nos muestra como tales las abortivas, y al definir las en forma negativa, se remite al artículo 30, indicando que aquellas en quienes concurren las circunstancias prevenidas en el mencionado texto tienen concepción opuesta a las abortivas, o sea, calificación de viables.

Por consecuencia de la revisión a que obliga este artículo, así como con objeto de agotar en la investigación planteada todos y cada uno de los textos en los que nuestro Código civil se refiere a la viabilidad, es preciso entrar en el estudio del artículo 30.

La lectura de este texto, ya reseñado, descubre su finalidad: Prevenir las circunstancias que han de concurrir en el feto para adquirir la categoría de persona jurídica. El Código civil, con este pretexto, tiende a resolver el discutido tema del origen de la personalidad.

Con los apartados de este artículo se nos da el conocimiento de las circunstancias que revelan la existencia de la personalidad y, por tanto, elementos de juicio para formular una definición legal: Es persona el feto que, desprendido completamente del seno materno, vive veinticuatro horas y tiene figura humana.

Si a tal fin nos conduce el artículo 30, a diferencia de la de enseñanza que obtuvimos al analizar el resto de los artículos del Código que hacen referencia a la viabilidad, y si, por último, reiteramos la opinión unánime de los autores españoles de encontrar la exigencia de la viabilidad en el artículo 30, creemos queda suficientemente probada la afirmación que encabeza este apartado.

Ahora bien; ¿en qué condición de las varias requeridas por el artículo 30 está exigida la viabilidad?

Los apartados que constituyen este artículo en calidad de exigencia conjunta y esencial para que a los efectos civiles se repunte nacida una criatura, son: a) Separación completa del seno materno; b) Que nazca viva; c) Que tenga figura humana; y d) Que viva veinticuatro horas.

El requisito de la separación completa del seno de la madre

indica el efecto natural del parto, pero nada supone en relación con el hecho de la vida. En la separación puede producirse un ser muerto. Si nada supone con relación al hecho de la vida, menos supondrá aún, si cabe, respecto a la «aptitud» para la vida, que es sustancia de la viabilidad.

Exige el artículo 30 el requisito de nacer vivo. Ello constituye un presupuesto esencial para que exista la viabilidad, pero no la viabilidad misma: La vida supone un presente, una situación fisiológica actual. La viabilidad supone una aptitud para continuar esa misma vida, define una situación de futuro.

Los últimos requisitos exige el artículo 30: Que viva veinticuatro horas y que tenga figura humana. La primera supone un plazo que ha de sobrepasar quien nazca vivo, una existencia independiente que sigue desarrollándose. En ella fijan la viabilidad todos nuestros jurisconsultos.

La figura humana implica una identidad o similitud orgánica y morfológica con el patrón humano, pudiendo estar referida a deficiencias orgánicas esenciales.

De lo expuesto se deduce que la viabilidad es exigida por el Código civil en su artículo 30 y que la exigencia se encontrará establecida en el apartado de las veinticuatro horas o en el de la figura humana o en ambos conjuntamente.

El estudio de estas exigencias, de indudable origen bárbaro y románico, respectivamente, nos incita, como sucede siempre que se trata de instituciones de abolengo, a plantear una investigación histórica. Con ella no sólo aspiramos a concretar definitivamente cuál sea la condición o condiciones que en nuestro artículo 30 exigen la viabilidad, sino, además, como conjunto de conocimientos necesarios para poder desarrollar la segunda parte de este trabajo.

Recordemos a este propósito lo que se indicó en las líneas preliminares de este trabajo, con referencia a los problemas que en punto a viabilidad nos inquietaban: «El uno consiste en delimitar definitivamente el precepto de nuestro Código civil, en el que se formula el requisito de la viabilidad. El otro, consiste en investigar la construcción útil y adecuada al sistema positivo, para dirigir certeramente la aplicación de aquel principio». Y, en efecto, la evolución histórica de la exigencia de las veinticuatro horas y el requisito de la figura humana nos dará el presupuesto de co-

nocimientos necesarios para emprender la segunda parte de nuestro estudio.

Sólo a título de anticipo expondremos en breves líneas algunas de las consideraciones sobre que va a versar la futura labor :

Aceptada y demostrada la exigencia de la viabilidad en las prevenciones indicadas, ¿consiste la viabilidad del nacido en vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno? ¿Ha de ser tal requisito categóricamente definidor, de tal suerte que el nacido que muera antes de las veinticuatro horas no es viable, cualesquiera que sea su perfecta gestación? Y, del mismo modo, ¿el feto antes de término propiamente abortivo o con deficiencias orgánicas fundamentales es viable, a pesar de todo, por sólo el hecho de haber vivido las veinticuatro horas cumplidas? ¿Significará este plazo un signo de viabilidad, susceptible de prueba en contrario?

En cada uno de los supuestos planteados hemos de barajar los conceptos : de definición, con sus significados de representación formal de un concepto ; de presunción *iure et de iure*, como suposición absolutamente cierta de una realidad probable, pero no probada ; la presunción *iure tantum*, como supuesto que admite prueba en contrario ; las formas positivas y negativas de estas mismas presunciones ; la ficción, etc., etc.

Basta lo dicho para comprender la justificación del estudio histórico que emplazamos como complemento necesario de este trabajo y precedente indispensable del que sigue.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.

Doctor en Derecho.