



# LA FECHA LEGAL DE LA CONCEPCION

POR

TOMAS RAMÍREZ FRIAS

Profesor de la Universidad de Chile

(Estudio presentado al Congreso Científico Internacional Americano  
de Buenos Aires, de Julio 10-25 de 1910)

## I

El Código Civil chileno dice, en su art. 74, que la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, siendo éste, por consiguiente, el punto de partida para la adquisición i goce de los derechos civiles i de las responsabilidades consiguientes. El principio apuntado ha sido universal en las legislaciones, encontrándose consagrado en todas desde el Derecho Romano hasta el presente.

Pero al referirse las legislaciones a una existencia que califican de *legal*, manifiestan que hai, contrapuesta a ella, otra existencia que no empieza tan sólo desde el nacimiento: es la existencia *natural o biológica* del sér humano, que data, en el vientre materno, desde el instante mismo de la concep-

cion; i si bien es cierto que, en tésis jeneral, el hombre no es sujeto de derecho sino desde el nacimiento, la verdad es que, universalmente tambien, las legislaciones han considerado con existencia jurídica al no-nato, desde la fecha de la concepcion, no tan solo para los efectos de salvaguardar su salud i su vida, impidiendo o castigando los atentados de que puede ser víctima, sino para el efecto mismo de la adquisicion de los derechos civiles. Los derechos que se deferirian a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, dice el citado Código (art. 77), estarán en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe: si naciendo, no reúne los requisitos exigidos para que sea contada como persona civil, se reputará no haber existido jamas, i pasarán esos derechos a las personas a quienes corresponda; pero si reúne tales requisitos, entónces entra al goce de ellos i se reputa que los ha tenido desde el momento de la concepcion. Este es otro principio que, con mayor o menor amplitud, han consagrado universalmente las legislaciones. Así, pues, una herencia, un legado, una donacion que se destinen a una criatura que legalmente aun no existe, se retiene en su espera, desde luego, con tal que esté actualmente concebida en el vientre materno.

Pero no solo para estos efectos patrimoniales consideran las leyes el momento de la concepcion, sino tambien, i mui especialmente, para el derecho de familia, para la filiacion lejitima o ilejitima, con todas las consecuencias que de una u otra derivan. El viejo aforismo romano *is pater est quem justae nuptiae demonstrant* ha permanecido invariable en las legislaciones cultas a traves de los siglos, i constituye, hoi como antaño, la base de la filiacion lejitima: si el hijo ha sido concebido dentro de matrimonio, es lejitimo i tiene por padre al marido de la madre i gozará de su nombre, de su posicion social, de su asistencia, de su herencia; en caso contrario, es ilejitimo i arrastrará la miserable condicion que nuestras sociedades deparan al bastardo, envolviendo tambien en su ignominia a la que le dió el sér.

Es, pues, de la mayor trascendencia jurídica i social la determinacion del momento preciso en que la concepcion se ha verificado.

Desgraciadamente este es un hecho que hasta hoy escapa a toda verificacion práctica. La observacion científica contemporánea, tan formidable como es, se encuentra al respecto no mucho mas allá del punto a que llegaron los conocimientos greco-latinos de hace mas de dos mil años, siendo hasta la fecha los fenómenos de la fecundacion i de la jestion de los mas maravillosos i oscuros de la biología.

A la ordinaria imposibilidad de conocer el momento exacto de una conexion sexual únense las siguientes circunstancias:

1.º Aun conocido el momento de la cópula, éste puede no coincidir con el de la fecundacion, o sea, con la fusion de las células macho i hembra que constituyen el jérmen de la criatura, pudiendo tal fusion verificarse despues, ya que los espermatozoides, que juegan el rol activo en el fenómeno, son susceptibles de permanecer en estado útil durante varios dias en los órganos de la mujer, produciendo fecundacion si encuentran intertanto un óvulo apto;

2.º Cada mujer es un *specimen* respecto del tiempo que tarda en la jestion de sus hijos, no habiendo talvez dos que coincidan exactamente;

3.º Una misma mujer suele tardar tiempos distintos en diversas jestionaciones;

4.º En las cuestiones jurídicas existe el inconveniente especial de que los datos de que ordinariamente se parte para fijar el dia de la concepcion, o son ocultados, o falseados por los intereses en lucha; de modo que prácticamente el problema se hace mas difícil aun.

Infiérese de esto que aun cuando se conozcan los momentos precisos del parto i de las relaciones sexuales, jamas puede fijarse una fecha matemática para la concepcion, constituyendo este un problema de solucion mas o ménos incierta o aproximativa, dentro de un máximum i de un mínimum de duracion posibles.

Esta dificultad, por una parte, i la capital importancia de las cuestiones jurídicas con ella relacionadas, han decidido a ciertos lejisladores, desde la antigüedad, a dar por sí una solución fija al negocio, estableciendo cuál es ante la lei la época de la concepcion.

Para ello han tomado como base el hecho tanjible i perfectamente comprobable del parto, i señalado a la jestion un máximum i un mínimum que fluctúan alrededor de unos mismos guarismos.

En las leyes de las Doce Tablas encontramos ya ese plazo legal de la concepcion, fijado en diez meses como máximum (1). Justiniano lo consignó en su *Dijestos*, así como el de seis meses para el mínimum (2); i las mas importantes lejislaciones de la Edad Media, como las de España i Francia, siguieron la tradicion (3), siendo tambien aceptada en jeneral por los musulmanes (4). Las lejislaciones modernas, en jeneral, han consultado análoga disposicion. El Código Civil Frances fija el plazo mínimum en 180 dias i el máximum en 300 (art. 312); lo mismo el de Italia (art. 160), el de Portugal (art. 101), el de España (arts. 110 i 111), el de Rumania (art. 286) (5) etc.; el de Austria seis i diez meses respectivamente (art. 120); el de Prusia, 210 i 302 dias (Parte II, Tit. II, § II); el moderno Código Civil del Imperio Aleman señala 181 i 302 dias (arts. 1592 i 1717). Los Códigos Americanos han hecho otro tanto. El de Chile establece 180 i 300 dias cabales, contados hácia atras desde la media noche en que principia el dia del nacimiento (art. 76); lo mismo el de Arjentina (art. 77), el de

(1) Pothier, *Pandectes de Justinien*, Paris 1818, tomo I, pájs. 387 i 405. —Palanca i Contreras, *Compendio Histórico de la Lejislacion Romana*, Valencia, 1836, páj. 36.

(2) Pothier, loc. cit., páj. 407; *ibid.*, t. 15, páj. 435 437.

(3) Lei IV, tít. XXIII, Partido IV. Pothier *Oeuvres Complètes*, Paris, 1890, t. VII, paj. 522.

(4) Langland *Leçon de Droit Musulman*. Pondichéry, 1887, páj. 164.

(5) Alexandresco, *Droit Ancien et moderne de la Roumanie* Paris-Buckarest, 1898, páj. 7.

Uruguai (arts. 191 i 195), el de Méjico (art. 1314), el de Guatemala (art. 200); el Venezuela (art. 188), el de Colombia (art. 92), etc. Freitas, en su proyecto de Código Civil para el Brasil, señala seis i diez meses respectivamente (art. 230); el Código del Perú, 183 i 305 dias respectivamente (arts. 4, 5 i 222) etc.

Cabe preguntar qué oríjen tienen estas cifras fundamentales de 180 i 300 dias i cuál es su valor científico.

El derecho Romano las tomó, sin duda alguna de Hipócrates, que vivió en 460 A. de J. C. El dijesto lo dice espresamente:

«Segun Hipócrates, cuya opinion ha sido confirmada por el emperador Adriano en un rescripto dirigido a los pontífices, el niño nacido el dia 182º despues de la muerte de su padre es lejítimo» (1).

Las Leyes de Partida son igualmente esplicitas:

«Ipocras fué un filósofo en arte de la física, e dixo que lo mas que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre son diez meses. E por ende, si desde el dia de la muerte de su marido fasta diez meses pariesse su muger, lejítima seria la criatura que nasciere; e se entiende que es de su marido maguer en tal tiempo sea nascida solo que ella viviese con su marido a la sazón que finó. Otrosi dixo este filósofo que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga su nacimiento un dia del seteno mes, que es complida i vividera, e debe ser tenida tal criatura por lejítima, del padre e de la madre, que eran casados e bivien en uno a la sazón que la concibió. Esso mismo deve ser judgado de la que nasce fasta en los nueve meses. E este cuento es mas usado que los otros. Mas si la nascencia de la criatura tañe un dia del onzeno despues de la muerte del padre, non deve ser contado por su fijo...» (L. 4.º, tít. 23, Partida IV).

Digamos, sin embargo, desde luego, que Hipócrates fué mal interpretado por los legisladores romanos i españoles;

(1) Pothier, *Pandectes*, t. 15, páj. 37.

pues lo que él dijo fué que en las tres primeras cuaresmas (espacio de cuarenta dias) se formaba la criatura, que la cuarta es favorable a ella, i que en la quinta ya podía vivir.

Cuando se trató de legislar sobre este punto en el derecho nuevo francés, se pidió informe al naturalista Fourcroy. Basándose principalmente en la opinion de Zacchias, célebre médico lejista del siglo XVII ante el Tribunal de la Santa Rota, Fourcroy, propuso al Consejo de Estado 186 dias como minimum i 286 como maximum, que eran los términos estre-mos aceptados por aquél. Los lejisladores, para favorecer la lejitimidad, retrocedieron, no obstante, estos extremos, acatando la opinion del Primer Cónsul, i quedaron nuevamente en seis i diez meses, es decir, 180 i 300 dias respectivamente, con arreglo al calendario republicano usado entónces, cuyos meses eran todos de treinta dias.

Tales son las fuentes de estas prescripciones legales. Como se vé, ellas señalan en jeneral como límite maximum el término de 300 dias contados desde la concepción, o bien, hácia atras desde el dia del parto.

Pero en el hecho los tribunales de todos los tiempos, así como los hombres o corporaciones científicas, han admitido la lejitimidad de partos posteriores al dia 300.

El Pretor Papirio reconoció como lejítimo a uno de trece meses. Adriano declaró tal a otro de once (1).

«Fodéré ha recojido trece sentencias dadas por diversos tribunales en años diferentes desde 1570 hasta 1808, en Francia; seis declararon lejítimo al hijo; otras seis ilejítimo. Podríamos tambien citar fallos de tribunales españoles que, a pesar de la Lei de Partidas, han declarado lejítimos niños de once i doce meses despues de la muerte de su padre» (2).

«Alberti, citado por Casper, habla de una mujer que parió a los once meses i quince dias despues de haberse marchado

(1) Pothier, *Pandectes*, t. I. páj. 405.

(2) Mata, *Tratado teórico i práctico de Medicina Legal i Toxicología*. Madrid 1903, t. I., páj. 650.

su esposo. La Facultad de Halle declaró posible esa preñez i lejítimo el hijo, fundada en casos análogos aunque raros» (1).

«Una mujer que perdió su marido mui debilitado, parió a los diez meses 23 días de viuda. La Facultad de Halle declaró natural el parto i lejítima la criatura, fundándose en que Pedro Aponense dice de sí mismo que nació a los once meses; en que Caldano cita a su padre que nació a los trece; en que Sennesto habla de un feto cuyo vajido uterino se oyó a los once meses i nació a los doce, i en que la misma Facultad conocía un caso de diecisiete meses» (2).

«Ziltrue cita a una mujer, cuyo marido viajaba, que parió a los doce meses. La Facultad de Leipzig lo declaró lejítimo» (3).

Al lado de estos casos, que aun cuando estraños, no parecen, como veremos, absolutamente inverosímiles, cuéntase otros que lo son en mas alto grado.

«Juan Dortoman, profesor de la Escuela de Montpellier, citado por Gozendo en la vida Peresc, asistió a una mujer en Bancaire, que habia tenido preñeces de doce, catorce, dieciocho i veinte meses». «La Facultad de Leipzig los admitió de dos años».

«Petit insertó en las Memorias de la Academia de Ciencias de Paris un caso de preñez de tres años».

«En la historia de la Academia de Ciencias i los comentarios de Van Swieten se lee la historia de una mujer que tuvo dos embarazos, uno de tres i otro de cinco años».

«Otra de Dale, Franco Condado, los conservó quince años».

«Francisco Bayle, médico de Tolosa, describe un caso de permanencia de feto por 25 años en el seno de su madre».

«Una mujer de Jeus, ciudad de Francia a la derecha de Yona, retuvo su feto por espacio de 28 años» (4).

Veamos ahora lo que nos dice la observacion científica contemporánea.

(1) Ibid., pág. 658.

(2) Ibid., pág. 458.

(3) Ibid., pág. 458.

(4) Ibid., pág. 610.

Las investigaciones mas concienzudas manifiestan que el dato de la esperiencia vulgar, que asigna como período ordinario de la jéstacion *al rededor* de nueve meses o doscientos setenta dias, que es tambien *el cuento mas usado* de la Lei de Partidas, es confirmado en la inmensa mayoría de los casos.

«En 1825 i 1826 se ajitó en Londres en la Cámara de los Lores esta cuestion. Fueron llamados 25 médicos; diecisiete dieron por término al embarazo doscientos setenta o bien doscientos ochenta dias. Algunos pensaron que Isabel Alderley, mujer de Lord Hyade Gardner, habia podido parir a los 287 dias (1).

El tratadista inglés Taylor, de reputacion universal dice:

«Segun el testimonio de los parteros esperimentados, su término medio (el de la jestación) en la mujer, está comprendido entre las 38 i 40 semanas despues de la concepcion. Hechos numerosos manifiestan que la mayor parte de los niños vienen al mundo naturalmente entre esas dos épocas. En los 186 casos relatados por el doctor Murphy el mayor número de nacimientos tuvo lugar el día 285; pero su opinion es que la duracion media de la jestacion debe ser fijada en 301 dias. El doctor Blundell la consideraria como siendo de 274 dias. Sir J. Simpson, en el negocio Bromwich contra Waters (assisse de Chester, sesion de la cuaresma de 1863), ha indicado la cifra de 277 dias, es decir, nueve meses del calendario i una semana; i otros parteros de reputacion, 280 dias. Sobre 500 casos observados por el doctor Reid, habia 283 en los cuales la jestacion no habia durado mas de 280 dias, i 217 en los cuales habia sobrepasado este límite. El doctor Duncan, agrupando 46 casos, ha encontrado que el intervalo medio entre lo que él llama la inseminacion (el coito) i el nacimiento, ha sido de 275 dias, i que el mayor número de casos relativos a un dia determinado caia en el 274» (2).

---

(1) Ibid., páj. 659.

(2) Taylor, *Traité de Médecine Legale*, traduccion francesa, Paris, 1881, páj. 732.



«En tres casos de coito único, perteneciente al doctor Rigby, el trabajo sobrevino al 260, al 264 i al 276 día, lo que hace una diferencia de 16 días entre los tres hechos. En otros tres casos que me han sido comunicados mui especialmente por el doctor S. W. J. Merrieman, el trabajo comenzó 281, 283 i 286 días despues de un solo coito; i en un caso semejante observado por el doctor Reid no se produjo sino al cabo de 293 días. En otro caso observado con mucho cuidado que me ha sido comunicado en Marzo de 1865, la jestion duró 281 días. . . En dos casos que debo a M. Carrington las mujeres desembarazaron 249 i 260 días despues de una sola conexion sexual, i en un tercer caso, en que el embarazo fué consecutivo a una violacion, hubo un intervalo de 261 días entre el atentado i el parto» (1).

El mismo autor cita despues nueve casos fluctuantes entre 266 i 285 días, observando que en tres de ellos pertenecientes a una misma mujer, el embarazo duró en dos 280 días i en uno 281; i agrega:

«M. Devilliers tambien ha publicado los detalles de nueve casos en los cuales se habia determinado cuidadosamente el intervalo con un coito único. El parto sobrevino en las épocas siguiente: 229, 246, 257, 267, 301, 276, 281, 278, 283, 270, 266 i 272 días, lo que hace una diferencia extrema de 49 días entre las épocas mas precoces i las mas tardías. Otro autor, el doctor Ahlfend, ha hecho observaciones en 415 mujeres cuyos niños parecian a termino, i calculando segun el día de la concepcion, ha encontrado que la duracion media de la jestion era de 269.9 días. En treinta casos reunidos por él, consecutivos a coitos únicos o bien determinados, la jestion ha variado de 233 a 313 días (en un solo caso). La media jeneral era de 269.17 días, lo que corresponde exactamente a la duracion obtenida por otros medios de observacion. Las tablas Hecker dan una media 273.5 días. Segun una autoridad obstétrica mas reciente, el doctor Hadtfeldt (de Copennahue), la dura-

(1) Ibid., páj. 733.

cion media de 65 embarazos observados por él ha sido de 271.8, i este período ha variado de 250 a 293 dias» (1).

Datos análogos suministran otros hombres de ciencia, como Hofman (2), Brouardel (3), Lacassagne (4), Morache (5); Mata (6), Veyga (7) etc.

Este último autor, despues de referirse a numerosas estadísticas, cita 112 observaciones de Devilliers en que la jestion fluctúa entre 250 i 310 dias, ocho de la primera cifra i 9 de la última, siendo 39 fluctuantes entre 270 i 280 dias, i 31 entre 280 i 290; i agrega:

«Simpson, de su parte, trae observaciones propias i de otros autores que darian todavía una cifra mayor a la duracion del embarazo; en un caso de los suyos llegó a 332, i en otro, a 336; en uno de Young alcanzó a 324».

«El caso mas corto que se ha conocido parece ser de 210 dias, pero no lo hemos encontrado bien fidedigno; suponemos que se haya tratado más bien de un parto prematuro, en que la criatura no era de término» (8).

De estas observaciones resulta:

1.º Que la inmensa mayoría de los partos se verifican de 270 a 280 dias despues de la concepcion (249 veces en los 925 que cita el doctor Veyga);

2.º Que el dia mas favorecido es el 274;

3.º Que especialmente tambien hai partos tardíos que alcanzan hasta el dia 332 o 336 (25 casos de los 925 que aduce el señor Veyga).

(1) Ibid., páj. 634.

(2) Hofmann, *Elements de Médecine Legale*, trad. francesa, Paris, 1881, páj. 119.

(3) Brouardel, *Le Mariage*, Paris 1900, páj. 171.

(4) Lacassagne, *Les actes de l'état civil*, Lyon, 1887, páj. 42.

(5) Morache, loc. cit., páj. 645.

(6) Mata, loc. cit., páj. 645.

(7) Veyga, *Estudios medico-legales sobre el código civil Argentino*, Buenos Aires, 1900, páj. 106.

8) Ibid., pájs. 113, 114.

Algun márgen de error puede haber, sin duda, en estos datos; pero no será considerable por el cuidado puesto en las observaciones, que se deben a hombres eminentes i de riguroso espíritu científico; por haber sido hechas jeneralmente en las clínicas particulares o de beneficencia pública, en donde no existe el interes de engañar al médico, como ocurre en los asuntos judiciales; i porque, habiéndose verificado las observaciones con sujecion a diversos métodos o bases, los resultados han sido análogos: sobre todo en la media jeneral del dia 270 al 280 i en la afirmacion de que se presentan partos que sobrepasan notablemente el dia trescientos mientras que jamas se ha notado uno anterior al dia 210 o 220.

La causa de las variaciones es puramente fisiológica. Es un fenómeno que se observa en todas las especies animales, como lo prueban las observaciones hechas sobre muchas de ellas (1), i «no habria razon», como dice mui bien Simpson, «para que este proceso tenga un plazo de evolucion matemáticamente fijo; cuando todos los demas de carácter periódico como la denticion, la pubertad, la menstruacion, la aparicion de los movimientos activos del feto, son susceptibles de variaciones considerables». (2)

Pero quedan todavía algunas observaciones biológicas de importancia que hacer para completar el concepto en esta materia.

La primera es que no siempre el tiempo trascurrido entre la concepcion i el nacimiento corresponde precisamente a la jestacion de la criatura; pues hai casos en que, acabada su evolucion intra-uterina i debiendo producirse el nacimiento, éste es retardado, sin embargo; mas o ménos considerablemente, por las condiciones orgánicas de la madre o por irregularidades de la preñez, que pueden llegar hasta imposibi-

---

(1) Estas esperiencias se han repetido desde Buffon, especialmente sobre vacas, yeguas i aves domésticas, demostrándose la misma variabilidad al rededor de una media jeneral.

(2) Veyga, loc. cit., páj. 114.

litar la espulsion de la criatura por las vias o por los medios naturales. Son los partos difíciles, que suelen ser mortales para la madre, para el niño o para ámbos. En tales casos la criatura de hecho nacerá despues del plazo que estaba señalado a su jstacion, i que ha podido ser de 270, 280, 300 o mas dias.

En todos los tratadistas se encuentra esta posibilidad; se citan casos concretos, i es probable que muchos nacimientos tardíos no reconozcan otra causa.

Otras veces se trata de embriones o fetos que no alcanzaron a desarrollarse i murieron en el vientre materno, para ser espulsados o no al cabo de algun tiempo o dar origen a operaciones obstétricas. El doctor Mata recuerda un caso publicado en 1870, en que un médico estrajo en tales condiciones a una criatura de cinco meses i medio de edad a los once i medio meses de sentirse embarazada la mujer (1). Es evidente que en estos casos tampoco cabe hablar de jstacion prolongada; pero debe tenerse en cuenta que la espulsion o estraccion del producto de la concepcion se ha verificado con gran retardo sobre la época regular.

Es asimismo necesario recordar que existen preñeces i partos múltiples i que a propósito de ellos se suscita en biología el problema tan debatido de la *superfecundacion* i de la *supefetacion*, o sea, de si los diversos jérmenes han sido fecundados dentro de un mismo período de ovulacion o menstruacion, es decir, con pocos dias de diferencia (superfecundacion) hecho que es uniformemente admitido i que puede producirse a consecuencia de una o mas cópulas con un mismo o con distintos hombres (dentro de este período); o de si han sido fecundados en distintos períodos de ovulacion (supefetacion) hecho negado por el comun de los tratadistas como fenómeno regularmente posible, pero que es admitido para condiciones excepcionales. I debe recordarse que los casos ordinarios de nacimientos sucesivos distanciados de momentos, dias, sema-

(1) Mata, loc. cit., páj. 658, t. I.— Véase tambien Veyga, loc. cit., páj. 116.

nas o meses, que suelen presentarse en una misma mujer, los esplican estos tratadistas, suponiendo que los jérmenes han sido fecundados dentro de un mismo período de ovulacion, pero uno se ha desarrollado de una manera mas favorable que el otro u otros i ha detenido o impedido el desarrollo de los demas, los que solo pueden llegar a ser maduros despues de libertarse de aquél, viéndose asi su jestation prolongada. En casos como estos cabe, pues, en el estado actual de las ciencias, una doble hipótesis: la de que niños nacidos de una misma madre con dias o meses de diferencia, han podido ser concebidos a virtud de una misma o sola cópula; i la contraria de que pueden efectivamente ser el fruto de relaciones distintas con un solo hombre o con hombres diferentes.

Es de advertir igualmente que, al hablar de plazo de jestation, se alude a todo el tiempo necesario para que el feto concluya completamente su evolucion orgánica intra-uterina, siendo entonces el nacimiento el hecho fisiológico que viene como término natural de esa evolucion para que el individuo comience nueva vida en el medio exterior. Esta evolucion es la que tiene los diversos plazos de que hemos hablado. Cuando cae en el término medio jeneral de 270 a 280 dias, el nacimiento se llama *nacimiento ordinario o normal*; cuando se ha efectuado en ménos tiempo, se llama *precoz*; cuando en mas, nacimiento *tardío*. Pero en todos estos casos hai nacimiento *a término*, es decir, la criatura sale a luz despues de concluida su evolucion intra-uterina.

En contraposicion a esto pueden producirse un *aborto* o un *nacimiento prematuro*. Llámase aborto en medicina la espulsion del producto de la concepcion en época en que no tiene posibilidad de sobrevivir fuera del vientre materno, a causa de encontrarse aun mui incipiente su desarrollo. Se llama nacimiento prematuro la espulsion verificada en época en que ya puede el feto, aunque con mayores o menores dificultades, sobrellevar la vida extra-uterina.

La embriología ha seguido una a una las fases del desarrollo intra-uterino del sér humano, que de huevo se transforma

en embrion i de embrion en feto, presentando sucesivamente forma de los seres inferiores de la escala zoológica (lei *ontojénica*), de manera que es como un resumen de la evolucion jeneral que se supone habida en los seres (*philogenia*). Existen desde casi un siglo, tablas o calendarios de la jestation, que se han venido completando dia a dia hasta ser minuciosas, sobre todo en lo que concierne a los siete primeros meses del desarrollo fetal. Todos los tratadistas de Medicina Legal las reproducen.

De estas investigaciones resulta que solo despues del sexto mes, o sea despues de cumplidos 180 dias, el feto comienza a tener un desarrollo orgánico que puede permitirle vivir en el medio exterior. La ciencia avanza diariamente en este terreno; en los paises mas adelantados existen hoi verdaderas incubadoras de seres humanos mediante cuyos ausilios se consigue conservar un treinta por ciento de los niños de seis meses, que perecian totalmente ántes, como perecian tambien en un 63.6% los de siete meses i en un 85.7% los de ocho meses. (1)

Este desarrollo que ya permite a los órganos un cierto funcionamiento, unido a una conformacion que no sea incompatible con la vida, i a un estado de buena salud jeneral, es lo que la embriología llama *viabilidad* o aptitud para la vida exterior. Lo fundamental es, pues, el desarrollo o madurez suficiente, i de aquí es que por estension o antonomasia se llama *viable* al niño que ha alcanzado ese grado de madurez.

Pero nótese mui bien que el hecho de que la existencia haya entrado en ese grado de desarrollo, o viabilidad, no significa, en manera alguna, que ya está en aptitud de nacer, pues aun le faltan semanas o meses para su completa formacion intra-uterina. Si sale a luz no se trata de nacimiento a término; sino de un aborto o de un nacimiento prematuro.

No puede, pues, ni debe confundirse un aborto o un naci-

1) Veyga, obra cit., páj. 175.

miento prematuro con un nacimiento precoz: éste es a término, cuando la evolución intra-uterina está concluida, acelerándose a virtud de circunstancias excepcionalmente favorables; en aquellos el feto es inmaduro, i la salida a luz, estemporánea.

Por último, fluye de lo que acabamos de espresar i de lo que le precede, la observacion importante de que tampoco debe confundirse ni aun el nacimiento tardío con la madurez completa de la criatura, pues una criatura de desarrollo incompleto puede morir en el vientre materno i ser espulsada o estraída, ya en la época normal del nacimiento, ya despues como en el caso citado por el doctor Mata, de un feto de cinco meses extraído muerto a los once i medio meses del embarazo de su madre, i como otros que refieren los tratadistas. A veces la extraccion de la criatura ha ocurrido muchos años mas tarde a consecuencia de una autopsia verificada en la madre (1): se trataba de una preñez irregular, en las cuales de preferencia pueden producirse estos fenómenos.

## II

Volvamos ahora al punto de vista jurídico.

Dos sistemas de lejislacion existen en la actualidad sobre esta materia: uno que no establece regla alguna, dejando entregadas las cuestiones que se susciten a la prueba que se produzca en cada caso; otro que determina espresamente en la lei los plazos máximos i mínimos de la jestacion: es el de la jeneralidad de los países cultos, i cuenta en su apoyo con la tradicion romana desde las Doce Tablas, conservada i robustecida a traves de las lejislaciones medioevales.

Dentro de este segundo sistema hai todavía dos distintas soluciones que distinguir: un grupo de lejislaciones establece esos plazos con los caractéres de presuncion *juris et de jure*, de modo que, fijada la fecha del nacimiento, queda absoluta

---

(1) Morache, obra cit., pájs. 163 i sig.

e inamoviblemente fijada tambien la de la concepcion, sin que se admita prueba alguna en contrario: tales son las legislaciones de Francia, Italia, Rumania, Chile, Argentina, Perú, Méjico, etc.; otro grupo admite prueba en contrario, aunque solo en beneficio de la legitimidad: tales son las legislaciones de Alemania, España, Guatemala i algunas otras, el menor número. (1)

Una presuncion de la lei en estas materias i en los términos actualmente fijados nos parece errónea bajo el punto de vista científico, i ocasionada a notorios i graves inconvenientes jurídicos que pasan a ser otras tantas irreparables injusticias si la presuncion es *juris et de jure*.

Respecto del plazo mínimo, que fluctúa entre 180 i 183 dias, es manifiesto el error biológico en que se incurre, pues a esa edad sólo puede producirse un aborto, jamas un nacimiento a término, por mas precoz que se le suponga. Como lo observan Mata, Veyga, Yáñez i otros tratadistas, la lei ha confundido aquí lamentablemente dos cosas enteramente distintas: el comienzo de la viabilidad del feto con el nacimiento precoz, suponiendo que éste puede producirse por el hecho de que aquella ha comenzado a despuntar. La confusion aparece patente volviendo a leer el texto de la lei de Partidas i del Derecho Romano, basados ámbos en la autoridad de Hipócrates, pues allí donde éste dijo que a las cinco cuaresmas, o sea doscientos dias, la criatura tiene condicio-

---

(1) El Código Civil portugues (art. 104) dice que la presuncion de que el niño nacido despues de 300 dias de la separacion de los esposos no tiene por padre al marido, puede ser destruida probando que este niño tiene realmente por padre al marido; pero la jurisprudencia ha entendido que este precepto es aplicable solo al caso en que, estando de hecho producida la separacion, haya habido, sin embargo, relaciones sexuales entre los cónyuges; de modo que el artículo, en realidad deja en pié, con el carácter de *juris et de jure*, la presuncion de que la concepcion ha precedido al nacimiento no mas de 300 dias.

El art. 195 del Código Civil Uruguayo consigna una regla i una excepcion análogas a las del Código portugues. Suponemos que su interpretacion será en el mismo sentido.



nes de vida, el legislador entendió que ya era *cumplida*, es decir, de término, i consiguientemente, que podian nacer. «Pero, dice el doctor Mata, (1) «no es ésta la cuestion que aquí debe debatirse. Aquí no debe tratarse de viabilidad... Cuando se presenta en el foro esta cuestion, no se ha de investigar si el feto tiene o nó aptitud para vivir, sino si su desarrollo, si su edad intra-uterina está en relacion con el tiempo en que se efectuó la cópula de que es producto».

Solo merced a esta confusion o error de interpretacion es que la lei ha podido creer que puede producirse un nacimiento a los 180 dias despues de la concepcion, justamente en los momentos en que el organismo de la criatura apenas comienza a tener un desarrollo que le da solo una débil esperanza de poder sobrevivir si por algun accidente sale a luz.

Veamos las consecuencias legales de este error.

a) La mas grave de ellas es la otra presuncion que establecen esas legislaciones declarando que la criatura que nazca 180, 181, 182 o 183 dias despues del matrimonio se reputa concebida en él i tiene por padre al marido. El marido no puede sacudirse de esta paternidad sino probando que, en el intervalo entre la celebracion del matrimonio i el principio de ese período, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a su mujer, prueba ordinariamente imposible de producir. En defecto de ella, el hijo tomará el apellido de la familia i su posicion social, i tendrá los derechos de alimento, sucesion hereditaria i demas anexos al estado civil de hijo lejítimo. No obstante, el exámen biológico de la criatura podría demostrar de la manera mas palmaria que era de término i que su concepcion data, por consiguiente, de mas de 183 dias, o sea, que ha sido concebida ántes del matrimonio i que no le corresponden ni el nombre ni la posicion, ni los derechos que pretende, habiendo sido el marido víctima de un sangriento ultraje. Sin embargo, éste deberá resignarse i no podrá ni desconocer esa paternidad, ni deducir accion de divorcio contra la mujer.

(1) Mata, obra cit., t. I, páj. 652.

Dentro de las legislaciones solo en los casos de probarse adulterio de la mujer en los momentos o dias que caigan dentro del período legal de la concepcion, puede ser admitido el marido a acreditar otros hechos que su absoluta imposibilidad física de cohabitar con ella, pudiendo entónces tener cabida una investigacion biológica sobre la criatura. Lo mismo ocurre en los casos de violacion, estupro, raptó. Pero son casos tan excepcionales i colocados en términos tan estrechos por los lejisladóres, que, prácticamente, pueden considerarse como ilusorios.

La condicion del marido resulta aun mas triste en los casos de superfetacion, en que estando ya en cinta de otro hombre la mujer, al casarse, concibe tambien, a consecuencia de cohabitacion con su marido, i al cabo de 240 dias, por ejemplo, da a luz un niño de término, el ilejítimo, i dias o semanas despues el lejítimo: uno i otro, sin embargo, serían de derecho lejítimos i el marido tendrá que conformarse con los parabienes que reciba por su éxito conyugal, no obstante de que científicamente le sería posible establecer la verdad de las cosas.

b) Este mismo plazo, presenta tambien inconvenientes, a la inversa, para la madre i para el hijo lejítimos.

Si dentro de este plazo la mujer da a luz una criatura, el marido podrá desconocer la lejitimidad del hijo i atentar contra la honra de su mujer i la integridad del matrimonio, puesto que el embarazo, segun la lei, data desde ántes de su celebracion. No obstante, el exámen biológico podria demostrar que es un simple aborto de una criatura que debia haber nacido en el período normal i que, a causa de circunstancias desgraciadas, ha venido al mundo intempestivamente.

Algunas legislaciones, como las de Francia (art. 314), Austria (art. 156), Italia (art. 161), Méjico (art. 318), Uruguai (art. 192) i otras, han salvado esta situacion, estableciendo espresamente que el marido no podrá desconocer la lejitimidad del hijo nacido ántes del minimum legal si este hijo no

es viable, fórmula inadecuada e incorrecta, pero que revela el pensamiento del legislador. Mas, otras legislaciones, como las de Chile, Argentina, Perú, etc., no contienen la reparadora salvedad, i llegado el caso, se necesitaría de toda la buena voluntad de los tribunales, que no es mucha en estas materias, para lograr hacerlos admitir pruebas que demostraran la verdad de las cosas i el fundamento de la lei a fin de no darle una interpretacion tan irracional.

Son, pues, mui exactas las palabras de Mata, criticando el precepto de la lei de Partidas: «Resulta . . . de todo lo dicho, que en cuanto a los partos precoces, la lei cuarta, tít. XXIII de la Partida IV no está al nivel de la ciencia, consigna un error gravísimo, i establece una mala base, que puede dar lugar a terribles injusticias i desórdenes i a legitimar hijos adulterinos, i puesto que ha fijado la legitimidad a los seis meses i un dia por ser viables las criaturas a esa edad, lo cual hemos visto que no es cierto, está, mal fijado ese tiempo». (1)

Pero aun son mas serios los inconvenientes del plazo máximo:

a) Establece la ilejitimidad de todo niño nacido despues del término legal, siendo que con arreglo a los principios biológicos, la criatura puede ser lejitima. En consecuencia, le priva de su nombre i posicion social i de sus derechos de alimentos i de herencia, dejándole en la triste condicion que la lei i la sociedad reservan al bastardo, i al mismo tiempo lanza el sambenito de la deshonra sobre una mujer honrada, la cual queda espuesta a las sanciones civiles que la lei pronuncia contra ella, así como se hacia acreedora a la pena que por su falta de castidad le señalaban en ciertos casos legislaciones de otros tiempos, como la romana i la española.

Todo esto es una monstruosidad moral i jurídica, i creemos que basta la posibilidad de que ocurra un solo caso para que se rechace un precepto que puede conducir hasta allá.

(1) Mata, obra cit., pág. 654.

Téngase aun presente que, atendiendo como atiende la lei al nacimiento, o sea, a la completa separacion de la criatura del vientre de su madre, para determinar el plazo, no importa que éste sea excedido a consecuencia de un parto difícil i prolongado, que se habria efectuado ántes de ese vencimiento a no ser por obstáculos materiales a la salida de la criatura, o por cualquier otro hecho que nada tiene que ver con su jestation oportunamente concluida.

Téngase asimismo presente que la concepcion puede haberse producido algunos dias despues de la cohabitacion efectiva con el marido premuerto o divorciado, alargándose de esta manera, en la apariencia, una o dos semanas la jestation de la criatura, sin que por esto pudiera científicamente sostenerse que no ha sido enjendada por obra del marido. No obstante, la lei arrebataria su estado civil i sus derechos patrimoniales al hijo porque su nacimiento, de hecho, habria acontecido mas allá del plazo legal.

b) Por el contrario, aplicando a todos los casos la misma regla, la lei favorece en ocasiones la delincuencia de la madre, en perjuicio de la familia lejitima.

En efecto, los partos tardios, que pasan del dia 285, existen, pero son escepcionales; mientras tanto, la lei ampara con su ampliacion todo nacimiento, i por consiguiente, los que deriven de relaciones ilícitas de la madre despues de viuda o de anulado el matrimonio o de producido el divorcio. Los interesados no podrian aducir sino las pruebas que ántes hemos mencionado, i entre ellas no figura la de mas peso, quizás la única decisiva, la investigacion científica del hecho. Esto puede aun agravarse con la circunstancia de que la criatura dada a luz a los 300 o mas dias sea un aborto de cinco o seis meses o de que se trate de un parto prematuro, que hacen biológicamente indiscutible que la concepcion data de mucho despues de disuelto el matrimonio o de producido el divorcio. Será inútil, sin embargo, demostrar todo esto con la claridad meridiana, porque se estrellaria con la pre-

suncion *juris et de jure* de la lei, i no habrá sino que considerar como lejítimo al hijo.

c) Lo mismo será, no ya respecto de la legitimidad, sino con relacion a la capacidad de adquirir una donacion, herencia o legado que se deja a una criatura por nacer, en la intelijencia de que ya está concebida en el vientre de su madre a la fecha de la delacion. Bastaria que esta fecha cayese dentro de un solo dia del plazo máximo de la lei para que el niño adquiriese esos derechos si nace vivo, a pesar de que pudiera demostrarse que es uno de los casos precedentes, i por lo tanto, que aun no estaba concebida a la fecha de la delacion. El plazo legal de la concepcion aprovecha en su totalidad al niño, no estando éste obligado a probar en qué momento dentro de él se ha verificado efectivamente su concepcion, pues el objeto de la lei ha sido precisamente eludir esta controversia.

En cambio, podrá una criatura perder todo derecho a herencias, donaciones o legados, si su nacimiento, por causas como las apuntadas, sobrepasa un minuto siquiera el máximo legal, sin embargo de que en justicia debieran corresponderle.

Estos resultados, de orden exclusivamente patrimonial, no revisten, sin duda, la gravedad que los apuntados sobre el estado civil, pero no por eso son ménos injustos e irritantes.

### III

Los inconvenientes mencionados, que no son todos los que en la práctica pueden presentarse, nos parece que justifican de sobra una reconsideracion del sistema legal de las presunciones de derecho en esta materia.

La lei no puede, en presencia de hechos tan esencialmente continjentes, pretender de infabilidad sin esponerse a cho-cantes aberraciones.

Por lo demas, el sistema de las presunciones *juris et de*

*jure* no es el que ha prevalecido en otras épocas del derecho.

Las leyes de las Doce Tablas consignaban su regla con este carácter restrictivo: «pero Aulo Gelio testimifica que esta lei esperimentó cambios en el trascurso de su aplicacion en la práctica, i que las circunstancias hicieron juzgar ilejítimos niños nacidos mas de diez meses despues de la muerte de su padre» (1). Hemos recordado mas arriba los casos fallados por el emperador Adriano i por el pretor L. Papyrino, aducidos por el mismo Aulo Gelio. Pero Justiniano en el Derecho Nuevo reaccionó, volviendo a la severidad de las Doce Tablas (2).

Sobre la antigua lejislacion española dice Escriche, coincidiendo con Mata, citado mas arriba: «Aunque la lei (la de Partidas) parece haber cerrado la puerta a toda interpretacion, aunque los partos lejítimos posteriores a los diez meses, si es que los hai, serán mucho mas raros que las fláquezas de las mujeres, suelen los tribunales mostrarse algun tanto induljentes a favor de los hijos ultra diez-mesinos, admitiendo pruebas contra la presuncion de su ilejitimidad i tomando en cuenta la conducta de la madre, el estado de su salud i las causas internas o esternas que hubiesen podido influir en que la jestation se haya prolongado mas allá del término ordinario (3).»

En la antigua lejislacion francesa parece haber ocurrido otro tanto, a estarnos a la esposicion de motivos del Código de Napoleon, hecha sobre el particular por Bigot-Preaume-neu (11 de Marzo de 1803): «El nacimiento del hombre», dice, «está precedido del tiempo en que se forma en el seno de su madre. Este tiempo es ordinariamente de nueve meses. Se ven ejemplos harto frecuentes de que este término

---

(1) Pothier, *Pandèctes*, t. I, páj. 405.

(2) *Ibid.*, páj. 407.

(3) Escriche, *Diccionario razonado de Lejislacion i Jurisprudencia*, edicion de Madrid, 1877, páj. 774.

se adelanta o se retarda; pero es mui raro que un niño nazca antes de trascurridos seis meses de gestacion, o de que permanezca en el seno de su madre mas de diez meses o trescientos dias. Los nacimientos acelerados o tardíos han sido materia de procesos célebres. Siempre se ha reconocido que la fisiología no tiene medio alguno de descubrir la verdad relativamente al niño que es objeto de la contestacion. Estos debates no versaban sino sobre investigaciones mas o ménos escandalosas que de una u otra parte se alegaban a menudo sin pruebas. Los jueces no podian recibir ninguna luz sobre el hecho particular i cada tribunal se formaba un sistema diferente mas bien que una jurisprudencia diferente. Era necesario salir de este estado. No era una verdad absoluta lo que tenian que descubrir los redactores de la lei; les bastaba dar a los jueces una regla que fijase su incertidumbre, i debian tomar esta regla de la marcha de la naturaleza, que es de tal manera uniforme, que apénas pueden oponérseles algunas escepciones.

El doctor Morache (1) trae el siguiente caso que confirma ese estado de la legislacion francesa anterior al Código: «En 1763, dice, se orijinó una gran discusion a propósito de un caso especial, en el cual conforme a una consulta hecha a Petit i a Lébas, el abogado Garbier proponia la lejitimidad de un niño de 320 dias. Louis i Bouvard sostuvieron una opinion contraria. La mayor parte de los médicos conocidos tomaron partido en la cuestion».

El Código Civil frances inició, pues, una reaccion violenta en esta materia, estableciendo, conforme a los deseos de Napoleon, la presuncion *juris et de jure* de su artículo 312, que ha sido seguida por la mayor parte de las legislaciones cultas de Europa i América.

I estableció esta presuncion, a pesar de no escaparse a sus redactores que existen excepciones en la naturaleza, i de que tampoco podian ocultárseles los demas inconvenientes a que

(1) G. Morache, obr. cit.

podia dar origen. Las razones fueron el temor al escándalo de los procesos i la incertidumbre de la prueba.

La primera razon no es, no puede ser tal. Como dice el jurisconsulto Planiol (1), esta es una consideración que no cabe atender en materias legales, i que no es de mas peso en estos negocios que en los procesos por adulterio, impotencia, violacion i otros que ocupan a diario a los tribunales. Por un temor semejante ¿podria talvez llegar a denegarse justicia precisamente en asuntos en que hai mas necesidad moral i social de hacerla amplia?

La incertidumbre de la prueba—incertidumbre no absoluta, sino relativa—existe, es verdad, en esta materia, i sobre todo existió ántes de ahora; pero, por una parte, seria difícil encontrar muchas materias judiciales en que sea posible producir una prueba matemática, de modo que este argumento dice tambien demasiado; i, por otra parte, las ciencias biológicas han avanzado tanto hoi dia, que se encuentran en situacion de habilitar a los tribunales para dar fallos mucho mas conformes con la verdad natural i con la justicia, que los que les permite la errónea presuncion de la lei. La Medicina Legal podria impedir hoi dia a un juez declarar lejítima a una criatura venida a luz 180 dias despues de celebrado el matrimonio; i podria tambien señalarle los casos en que seria razonable aceptar la lejitimidad de un niño nacido mas allá de 270 dias de la disolucion de un matrimonio. El estado actual de las ciencias, la calidad de los hombres que se dedican a su estudio, i la opinion jeneral, formada ya sobre estas cuestiones, son suficiente garantía para cualquier tribunal del mundo. Es curioso que se tema en estos asuntos su veredicto i no se trepide en entregarles otros de mucha mayor trascendencia, como son los relacionados con la capacidad civil i la responsabilidad penal de los individuos.

Por lo demas, hai un hecho de capital importancia que

---

(1) Planiol, *Traité Élémentaire de Droit civil française*, Paris, 1905, t. I, páj. 220.



sirve para apreciar hasta qué punto pueden tener razon los que temen a la incertidumbre de la prueba i aun los que estiman indispensable que la legislacion fije reglas sobre estas materias invocando el interes social, el órden de las familias: es el de que existen muchos millones de hombres de los mas civilizados del mundo, que viven tambien en sociedad i bajo el imperio del derecho, i que, sin embargo, no han sentido hasta ahora la necesidad de tales reglas ni los inconvenientes de la prueba en los casos que ofrece la práctica. Tal es la situacion de las cosas en el Derecho Civil ingles, que no consigna ningun precepto sobre el particular; i al decir legislacion inglesa, decimos tambien, en jeneral, la de Estados Unidos i la del Canadá, Australia i demas posesiones inglesas, cuyo derecho comun es el mismo Derecho ingles. Tal es igualmente el estado de cosas en Suecia, en Noruega i en Dinamarca, cuyas legislaciones tampoco fijan reglas sobre esta materia.

He aquí cómo se espresa Taylor:

«Todo niño nacido, sea en lejítimo matrimonio, sea en un plazo concordante con la duracion de un embarazo despues de la muerte del marido, es considerado por la lei inglesa como hijo del esposo, a ménos que se establezca claramente lo contrario, sea por una prueba médica, sea por una prueba moral, sea por ámbas a la vez. Aquí no nos incumbe considerar esta materia sino con relacion a la prueba médica; pero raro será el caso de esta especie que pueda ser resuelto por esta prueba esclusivamente. Hai circunstancias jenerales que muestran que un niño cuya legitimidad es contestada es el fruto del adulterio, a pesar de que los hechos médicos se concilien perfectamente con la suposicion de que puede ser hijo del marido. Estos casos, en consecuencia, han sido resueltos muchas veces con la sola prueba moral, ya que la prueba médica acerca de la duracion del embarazo i de la capacidad física de las partes dejaba campo a la duda. He aquí cuál parece ser el estado actual de la lei inglesa sobre esta materia: un niño nacido durante el matrimonio es mirado como

ilejítimo cuando las pruebas médicas establecen que ha sido *imposible* al marido ser su padre, ya porque este último no ha llegado a la edad de la pubertad, ya porque esté afectado de una imposibilidad física proveniente de la edad o de una enfermedad natural, ya porque la ausencia o la muerte le han impedido cohabitar con la madre desde cierto tiempo. Cuando la cuestion rueda sobre alguna de estas condiciones, es llamada a resolver la ciencia médica, i las partes escojen generalmente peritos médicos especialistas en la materia. En cuanto a la prueba de la ausencia de la cohabitacion del marido o de la inmoralidad de parte de la mujer, circunstancias tan importantes en estas ocasiones, ella no corresponde absolutamente al médico lejista. En los casos de lejitimidad contestada, la lei inglesa no mira absolutamente la fecha de la *concepcion*, que no puede ser fijada, sino la del *nacimiento*, que puede determinarse. El testimonio del médico recae entónces: 1.º sobre la duracion del período de la jestation en el caso de que se trata, período que será a veces bastante corto o bastante largo para que resulte médicamente imposible que el esposo sea el padre; 2.º sobre la incapacidad física para la procreacion que puede existir en el marido, demasiado viejo o demasiado jóven, o afectado de algun defecto físico que haga imposible su paternidad; 3.º sobre la esterilidad e incapacidad para la procreacion en la mujer, que haga imposible que el niño sea el fruto de una persona determinada, o en otros términos, que demuestre que se trata de un niño supuesto (1).

El doctor Morache, confirmando lo mismo, dice: «Los juristas anglo-sajones no han fijado ningun período mas acá o mas allá del cual un niño, nacido en el matrimonio, pueda ser declarado ilejítimo. En caso de controversia, el tribunal se ilustra con la opinion de peritos, i se decide por las circunstancias del hecho» (2).

(1) Taylor, loc. cit., páj. 731.

(2) Morache, obr. cit., páj. 161.

Nada, pues, aquí de plazos de 180 ni de 300 días para toda gestación, sin excepción alguna. Estas cuestiones, como de hecho que son, se entregan a la prueba de los hechos. Así fué como se resolvió en 1825 i 1826 por la Cámara de los Lores en el ruidoso litigio si lady Arderley habia dado a luz un hijo cuya gestación habia durado 287 días. Merced a este sistema, no podrá tampoco presentarse en Inglaterra la decisión absurda de la Corte de Tolosa en Francia, que, basándose en las presunciones de la lei, declaró lejítimo en 1827 un niño nacido despues de diez años de estar ausente el marido de la mujer que lo habia dado a luz.

Respecto de los países escandinavos, dice M. Lehr (1): «Son lejítimos, en los tres Estados escandinavos, los niños concebidos o nacidos en lejítimo matrimonio: pero la lei no precisa aquí cuántos días o semanas deben nacer despues de la celebración del matrimonio o de su disolución, para gozar de su presunción legal. En los casos dudosos se resuelve segun los informes de peritos médicos, sin atenderse de una manera sacramental a las cifras consagradas por las otras lejislaciones europeas como correspondientes a los dictados de la ciencia».

No dicen Lehr, respecto de Suecia, Noruega i Dinamarca, ni Taylor, respecto de Inglaterra, que estas leyes hayan producido allí el desórden en las familias que alegan los partidarios de los principios inflexibles en lejislación; no tenemos motivo para creer que el hogar i las familias sean mas relajados en estos países que en aquellos en que están amparados por las presunciones legales. Existen, al contrario, antecedentes para creer que la constitución i vinculación moral de las familias en algunos, a lo ménos, de esos países de libertad lejislativa, pueden presentarse como un modelo a otros de la mas estricta reglamentación legal.

Pero existe aun otro hecho que manifiesta que no es tan serio el temor que pueden inspirar las pruebas en estas materias i que la presunción bio-legal se encuentra un poco

(1) E. Lehr, *Eléments de Droit Civil Scandinave*, Paris, 1901, páj. 330.

vacilante: es el de que algunas legislaciones actuales han rechazado la presuncion *juris et de jure* con el carácter de absoluta i admitido una simplemente *juris* para ciertos casos. Me refiero en especial al Código Civil Aleman, vijente desde 1900 i que es considerado como una obra maestra de ciencia jurídica. El artículo 1592 de este Código dice: «Se reputará época de la concepcion el período que media entre los ciento ochenta i uno i trescientos dos dias inclusive ántes del en que se verifique el nacimiento. Si se probase que el hijo ha sido concebido durante un período anterior a los trescientos dos dias que preceden al nacimiento, se reputará este período época de la concepcion en favor de la lejitimidad del hijo».

En esta disposicion se deja tambien sentir el peso de las opiniones científicas consultadas; pero sólo importa una transaccion entre ellas i las arraigadas ideas de los juristas, como bien lo manifiesta la esposicion de motivos sobre esta materia: «En cuanto a la época de la concepcion»—dice este documento—«se ha preferido señalarla de acuerdo con los datos de la esperiencia, a dejar su determinacion al fallo judicial auxiliado de los peritos; i si bien coincide mas con los resultados científicos la fecha que señala el Derecho prusiano (entre los 210 i 302 dias), la mayoría de las leyes, mirando al honor de la mujer, a la situacion del hijo i a la tranquilidad de la familia, han estendido los plazos, de suerte que abarquen hasta los raros casos en que un niño nazca al principio del sétimo mes, o se retrase el nacimiento hasta despues del décimo. De aquí la regla del artículo 1592, cuyo párrafo segundo previene en favor de la lejitimidad los casos que la esperiencia facultativa admite, posteriores a los trescientos dos dias» (1).

He aquí un golpe formidable que recibe la presuncion *juris et de jure* i un homenaje, aunque parcial, a los dictados de la ciencia. Ella será en primer término, la llamada a re-

---

(1) *Texto i Comentarios al Código Civil del Imperio Aleman*, Madrid, 1897, páj. 310.

solver los casos del inciso segundo de ese artículo como en Inglaterra i Escandinavia. Pero debemos concluir, de acuerdo con la crítica que ya hemos hecho, que dados los plazos extremos fijados uniformemente para todos los casos por aquel precepto, él deja en pié la casi totalidad de esa crítica. La inflexibilidad del principio no es relajada sino respecto al máximo i sólo *en beneficio de la legitimidad*, de modo que la presuncion sigue siendo *juris et de jure*: 1.º en cuanto al plazo mínimo; 2.º en cuanto al plazo máximo, siempre que se trate de impugnar la legitimidad; 3.º en todos los casos relativos al puro derecho patrimonial, sin excepcion.

#### IV

Los antecedentes espuestos nos llevan, repetimos, a considerar la conveniencia de una reforma de la lejislacion civil en esta materia.

Esta reforma podria tener dos grados, subsidiario uno de otro.

El primero seria suprimir toda regla legal al respecto, dejando la cuestion sometida a la condicion de todas las de hecho, como en Inglaterra i demas paises que hemos citado.

Esa reforma no seria repugnante en absoluto, ni aun en las lejislaciones de presuncion *juris et de jure*.

En efecto, el Código Civil Chileno, por ejemplo, se entrega a esa solucion en el caso de confusion de paternidades, mal llamado por los tratadistas *confusion de partos*, a consecuencia de haberse contraido matrimonio por una viuda, prescindiendo total o parcialmente del plazo denominado *año de luto o de viudedad*, o a consecuencia de ciertos casos de bigamia. El artículo 200 de este Código dice: «Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo i se invocare una decision judicial, el juez decidirá tomando en consideracion las

circunstancias, i oyendo ademas el dictámen de facultativos, si lo creyere conveniente».

En este caso, como se vé, no existe la regla de los 180 dias i de los 300 dias, ni como presuncion de *juris et de jure*, ni en otra forma alguna: no hai sino la prueba del hecho.

Si la reforma en el sentido indicado parece demasiado radical, dada la tradicion ya existente en la jeneralidad de los paises, entónces podria mantenerse el sistema de las presunciones, pero no con el carácter de *juris et de jure*, ni tampoco con los plazos actuales. Nos pareceria aceptable una regla que dijese que se reputa que la concepcion ha precedido al nacimiento no ménos de 260 ni mas de 285 dias cabales, contados hácia atras desde la media noche en que principia el dia del alumbramiento, pero que se admitirá prueba en contrario.

Una disposicion semejante consultaria los datos científicos i evitaria en cuanto es posible los múltiples inconvenientes jurídicos que hemos anotado mas arriba, tanto para el derecho patrimonial como para el derecho de familia.

Esta regla debe colocarse entre los principios jenerales de lejislacion, para que domine todos los casos en que naturalmente tiene aplicacion.

En esta solucion, en lo sustancial al ménos, estamos de acuerdo con un distinguido hombre de ciencia arjentino, el doctor Francisco de Veyga. En su interesante obra, citada en el curso de este trabajo, propone un temperamento análogo: una presuncion que estableceria el plazo mínimo de 250 o de 180 dias i el máximo de 300, pero admitiendo en uno i otro caso prueba en contrario, aunque restringida tan solo a los casos de filiacion (1).

No estamos de acuerdo en los plazos extremos, por las razones que tenemos dadas; ni en que se restrinja la prueba contraria solo al caso de filiacion lejítima, porque las demas cuestiones jurídicas ligadas a la fecha de la concepcion tam-

(1) Veyga, obr. cit., páj. 117.

bien revisten considerable importancia, i porque, contrariamente a la opinion por él manifestada, estimamos que la prueba no presenta mas dificultades en estos otros casos que en aquel, como quiera que en todos ellos se trata de averiguar cuál es la fecha cierta o probable de la concepcion, i esto no se facilita o entorpece por el hecho de que haya de por medio un matrimonio. Precisamente, la prueba médica deberá pronunciarse con prescindencia del hecho del matrimonio, puesto que se trata de fijar en absoluto cuál es aquella fecha, lo mismo que en el caso del derecho patrimonial i demas que contempla la lei. Establecida en absoluto esa fecha, viene la comparacion o confrontacion de ella, ya con el matrimonio, ya con la violacion, el estupro, el rapto, etc., ya con la delacion de una herencia, legado o donacion, para deducir las consecuencias legales correspondientes.

Por estos motivos presentamos al Honorable Congreso Científico las dos proposiciones siguientes, que dejan libertad de criterio en lo que estimamos que pueda haberla:

1.º Deben revisarse las disposiciones legales relativas a la fecha de la concepcion de una criatura, a fin de adoptar un sistema que consulte en la mejor forma posible los datos de la ciencia i las conveniencias jurídicas i sociales.

2.º Son inadmisibles en esta materia las presunciones *jurts et de jure*.

