

100 07  
53

Carmen Gamboa Silva.

# Cuestiones de Antropología Jurídica.

MEMORIA DE PRUEBA  
para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.

BO. DONATO DEL PROFESOR  
BIBLIOTECA SC. G. & DOMIN. CHET. A  
UNIVERSIDAD DE CHILE DERECHO

.DER  
ca

VALPARAÍSO  
IMPRESA DE LA ARMADA

1924

1-403743

WELDER  
L192ca  
1924  
C.1

Carmen Gamboa Silva.

# Cuestiones de Antropología Jurídica.

MEMORIA DE PRUEBA  
para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes  
y Ciencias Políticas  
de la Universidad de Chile.



VALPARAÍSO  
IMPRENTA DE LA ARMADA  
—  
1924

22293

INTRODUCCIÓN

La evolución constante y progresiva de la civilización, el enorme adelanto que ha adquirido la ciencia en general con los nuevos métodos y especulaciones científicas, y en especial las ciencias biológicas ayudadas por las ciencias físicas y químicas, nos hacen pensar en la importancia que ellas tienen en el Derecho, ya que éste mira directamente al individuo y a la sociedad en que actúa y, por lo tanto, debe considerarle como ser orgánico que nace, vive, se reproduce y muere.

Con los conocimientos que poco a poco han ido haciéndose sobre el hombre, considerando primero al individuo aisladamente, y después anexando a ésto, estudios antes desconocidos, algunos que hoy forman verdaderas ciencias, como la antropología, la demografía y la etnografía, o sea las ciencias que estudian al hombre, a los pueblos y a las sociedades, se ha llegado, hoy por hoy, (por medio de la observación y el estudio detenido de las ciencias antropológicas) a transformar las leyes, ideas y costumbres sociales, ilustrando la opinión pública y, por lo tanto, mejorando las condiciones de vida.

La acción lenta de los años, la acumulación incesante de caracteres comunes adquiridos por una larga serie de generaciones que han ido legando a sus descendientes las experiencias adquiridas, y la aglomera-

ción de grupos de individuos con aspiraciones e intereses comunes, han obligado a las naciones y, en especial a los hombres de ciencias, a pensar en la solución de problemas colectivos que se relacionan con la vida del hombre en sociedad.

Por eso, la antropología, que considera al hombre en su aspecto orgánico, tiene en el derecho una aplicación importantísima y de día en día creciente, junto con el estudio de su aspecto moral, religioso, económico y social.

Antiguamente sólo se consideraba el aspecto religioso y era éste casi el único que venía a dar pautas al derecho; poco después la moral pasó a dar reglas jurídicas, con sus sostenedores que fueron sacerdotes de diversas religiones; así también, con el adelanto en general y sobre todo con el estudio de las ciencias jurídicas que miran la actuación del individuo en sus relaciones con los hombres, necesariamente tuvo la ciencia que preocuparse de la antropología que es la que estudia al hombre bajo su aspecto material, como organismo que vive, nace, se reproduce y muere. Es entonces indudable la relación que ella tiene con el Derecho, y que va aumentando con el progreso de la ciencia experimental.

La palabra antropología, viene de dos voces griegas: *antropos*, que significa hombre, y *logos* que significa discurso o estudio.

Algunos autores la definen diciendo que es "la ciencia del hombre considerado física y moralmente en su organización personal y en sus relaciones con los demás seres que lo rodean". Como se ve, esta definición es demasiado amplia, pues comprende, además

de las ciencias biológicas, las ciencias sociales, como ser: Derecho, Economía Política, Sociología, etc.

Otros autores, como Lacassagne, la definen como “el estudio de la evolución de la humanidad, según el examen de los hechos biológicos o sociales que sucesivamente han obrado modificando y perfeccionando el sistema nervioso del hombre”; en una palabra, esta definición indica de una manera general la síntesis filosófica a que pueden conducir los estudios antropológicos.

El distinguido ex-profesor de Medicina Legal de nuestra Universidad, don Tomás Ramírez Frías, toma la palabra antropología en el sentido de “conjunto de ciencias que tratan del estudio del hombre bajo sus aspectos orgánico y mental”, comprendiendo, por consiguiente, la embriología, la anatomía, la fisiología, la psicología experimental, etc.

De estas razones se desprende que el Derecho tiene que basar sus principios en esta ciencia y marchar de acuerdo con ellos en sus estudios y adelantos, no sólo para la elaboración de leyes, sino en las cuestiones prácticas que se susciten en la “administración ordinaria de justicia”.

Son innumerables los casos en que la ley reconoce estos principios antropológicos y físicos, pues, en el sujeto de derechos que es el *hombre*, es necesario tomar en cuenta que con el sólo hecho de venir a la vida se cumple, entre otros, un fin biológico del cual nos sería imposible desentendernos.

Si se mira directamente nuestra legislación positiva actual, veremos, por ejemplo, en *Derecho Civil*, que allí reglamenta, minuciosa y sabiamente la constitución de la personalidad natural, que trataremos

en detalle en otro capítulo de este estudio; las condiciones orgánicas necesarias para considerar al individuo como persona; la paternidad y maternidad; cuestiones de capacidad e incapacidad; los requisitos necesarios para contratar y obligarse, etc., etc., todo esto nos da una idea de la relación directa que tiene en el Derecho la antropología en general y sobre todo la Medicina Legal, que es la denominación más conocida que se da a esta rama de los estudios antropológicos, debiendo designarse, científicamente, con el nombre de *antropología jurídica*, como tan acertadamente le da el Doctor Manouvrier.

Se cree que la razón por la cual se le da la denominación de Medicina Legal es debido a que sus más entusiastas cultivadores han sido y lo son hoy especialmente médicos, y además, por haberse estudiado con el objeto especial de servir a la medicina.

No sólo en Derecho Civil tiene influencia la Medicina Legal, es en el *Derecho Penal*, donde, con el nuevo concepto de la escuela positiva que da tanta importancia a las cuestiones biológicas previas, es donde mayor campo tiene esta ciencia.

Del *Derecho Procesal*, podemos decir otro tanto; los Tribunales de Justicia necesitan de su auxilio para resolver cuestiones prácticas, generalmente por medio de peritajes que vienen a dar luz sobre innumerables puntos oscuros que se producen.

Ahora, considerando el aspecto social y refiriéndonos a cuestiones *administrativas*, veremos que estos conocimientos deben tenerse como base para reglamentar servicios públicos, como ser referentes a habitaciones para obreros, agua potable y salubridad en general; identificación, casas de tolerancia, inhumación de cadá-

veres; cárceles, casas de orates, de ciegos y sordomudos; leyes de importante aplicación como ser: servicio militar, accidentes del trabajo, ley de alcoholes, seguros; en fin, todo cuanto pueda ser objeto de reglamentación en cuanto se refiera al individuo; todo esto, y mucho más, cae en el amplio marco de la Medicina Legal.

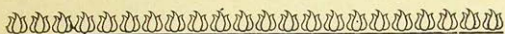
Después de haber dado un vistazo a grandes rasgos, sobre la importancia y alcance que tienen en el Derecho los principios médico-legales, creemos que un estudio de esta materia podría desarrollarse de una manera general y condensarse en los siguientes capítulos:

1.º Conveniencia práctica del estudio de la Medicina Legal entre las ciencias jurídicas, ya que esta rama de las ciencias estudia al hombre bajo un aspecto distinto del Derecho abstracto, es decir, considerándolo no como un sujeto de derecho y obligaciones, sino como un organismo material que nace, se multiplica y muere.

2.º Historia de la Medicina Legal, sus instituciones y sus principales autores.

3.º Estudiar especialmente la *personalidad natural*, su constitución y requisitos que exige nuestra legislación, analizando el proceso biológico respectivo y las consecuencias jurídicas que acarrea.

Nos concretaremos únicamente a este punto, en la imposibilidad de que en un trabajo de esta naturaleza, pueda darse a cada una de las interesantísimas partes de que consta el estudio de la Medicina Legal, el desarrollo debido; y, porque consideramos que es fundamental el estudio antropológico del individuo, ya que de él se derivan todos los estudios sociales y jurídicos que atañen al mismo individuo.



## CAPÍTULO I.

### **Conveniencia Práctica del Estudio de la Medicina Legal en las Ciencias Jurídicas.**

---

Antiguamente se creía que el Derecho era un todo independiente del resto de los conocimientos humanos, y se rechazaba por su base la idea de que pudiera necesitarse del auxilio de otras ciencias, menos aún de las ciencias médicas; y como los rudimentos de conocimientos que de ella se tenían eran tan escasos que no se basaban en el esclarecimiento de los hechos, sino en las ideas supersticiosas que absorbían por completo las mentes de esas épocas, ninguna luz daba al Derecho, pues, a los enfermos de la mente, por ejemplo, se les creía poseídos del demonio y se les apriionaba en jaulas de fierro, para de este modo eliminarlos y verse libre de ellos.

Leyendo algunos autores que se han dedicado a estos estudios podemos darnos cuenta de la lógica con que se procedía entonces en estos casos. Así, el Doctor Mata, en su "Tratado de Medicina Legal", dice: "La injusticia, el desacuerdo en que están en ciertos Códigos las leyes humanas con las de la Naturaleza, son una prueba evidente de que no fueron éstas consultadas por quienes constituyeron aquellas"; efectivamente, las legislaciones no tomaban en cuenta las leyes naturales, y de ahí venía la injusticia que ellas muchas veces encerraban.



Además, se miraba con profundo desprecio la ciencia de la Medicina, siendo sus cultivadores, por lo general, individuos pertenecientes a las esferas más bajas de la sociedad; así, en la antigua Roma, era un oficio digno de los esclavos solamente.

La Medicina, encontrándose en esta situación desmedrada, bien poco o nada podía adelantar; por lo tanto, no dejaba sentir su influencia bienhechora; después, cuando se le dió alguna importancia, sólo los médicos y naturalistas se reservaron el derecho de ejercerla, sin dar a conocer a los demás las ventajas de este importantísimo estudio.

El derecho moderno, influenciado por la antropología, ha adaptado sus normas a ella y poco a poco, aprovechando las enseñanzas que nos proporciona, ha llegado a corregir muchos de los defectos de que adolecía, resolviendo casos que antes se tenían por no resueltos y contemplando nuevos tópicos que vienen a esclarecerse por medio de estudios médico-legales.

Por esto, las ventajas que tiene el establecer en la Facultad del Derecho la Cátedra de Medicina Legal, con individualidad propia y como complemento a las demás ramas del Derecho, no puede ponerse en duda.

Su creación es reciente, puede decirse. En Chile, sólo data del año 1902.

Con estos conocimientos se deja al estudiante, no en condiciones de poder apreciar como médico las cuestiones antropológicas que se relacionan con la ley, sino pudiendo apreciar hasta qué punto el legislador y el magistrado se han inspirado en las ciencias antropológicas, esclareciendo las disposiciones legales pertinentes y tratando de remediar los errores en que haya incurrido, posesionándose en forma más científica las

cuestiones jurídicas y resolviéndolas de acuerdo con los adelantos del momento.

Así, con este estudio, el juez podrá apreciar mejor el informe pericial que le da el médico cada vez que sea necesario consultarlo y comprobar si éste es satisfactorio; por su parte, el abogado podrá dirigir en mejor forma su defensa, planteando las cuestiones médico-legales y utilizando debidamente los informes. No quiere decir esto que al abogado deba exigírsele el estudio de la cuestión médica técnicamente; nó, pero sí apreciar y dirigir en buena forma las investigaciones que puedan suscitarse dentro de un asunto que se le haya confiado. Para esto, es muy útil al estudiante de Derecho, el estudio práctico de la antropología por medio de visitas a las prisiones, estudiando de este modo casos interesantes de delincuencia, visitar las Casas de Orates, las oficinas de Identificación, los laboratorios de psiquiatría y los resultados de la estadística, ya que esta ciencia proporciona los verdaderos ojos por los cuales hay que guiarse en esta clase de investigaciones.

Hay que tener muy en cuenta el influjo que en las legislaciones modernas ha tenido la Medicina Legal, suavizando el rigorismo de las antiguas leyes y haciéndolas más humanas.

Hay una estrecha correlación entre las ciencias médicas y biológicas y la ciencia del Derecho, y siendo la Medicina Legal una especie de lazo de unión entre ambas, con el fin de hacer progresar la legislación, de comprender mejor la existente y de servir a la justicia, el conocimiento de ella debe ser, por lo tanto, indispensable para médicos y juristas.

Este estudio es muy heterogéneo y como prueba de ello reproducimos un párrafo de la obra del Doctor Mata, en que dice: “La Medicina Legal no es la física, no es la química, no es la historia natural, no es la terapéutica ni la materia médica, no es ninguna patología, ni general, ni especial, ni interna, ni externa, no es la obstetricia, no es la moral ni la historia del arte, no es la psicología, no es la filosofía, no es la legislación, pero la Medicina Legal participa de todas esas ciencias a la vez; todos estos ramos y otros que pudieran añadirse, les prestan sus hechos, sus conocimientos, sus principios para dilucidar cuestiones que ya se han agitado en otra parte, para resolver ciertos problemas de un modo particular desde un punto de vista especial, con relación al texto de las leyes y con respecto al valor que han de tener ciertos hechos en materia judicial. Considerada de esta suerte, la Medicina Legal es una especie de miscelánea que se aproxima a la enciclopedia”; por eso se diferencia notablemente esta asignatura de todas las demás.

Estos estudios sólo datan de la segunda mitad del siglo XIX; así, en el año 1856, en España, el Doctor Mata, en su admirable “Tratado de Medicina Legal”, dice: “Hasta aquí sólo hemos hablado de la necesidad de estudiar la Medicina Legal respecto de los médicos, y ahora vamos a emitir otra idea que podrá parecer paradójica, pero que, si se medita detenidamente, se verá que está fundada en muy sólidas bases. Hablamos de la necesidad en que están los abogados de estudiar, ya que no la Medicina Legal, la Jurisprudencia Médica. Ello es verdad que no hay ninguna obra que pueda llevar este último título, y que ofrecería sus dificultades una cátedra de ella para los ju-

ristas. Pero tanto para empezar a prevenir los ánimos a favor de esta innovación, como para desvanecer ciertas ideas erróneas de los que más se oponen a ella, hemos creído deber decir cuatro palabras de este asunto importantísimo, demostrando que los hombres de ley, que los abogados, necesitan tener conocimiento de Medicina Legal; así completaremos el objeto de la aplicación de los estudios físicos y fisiológicos a la administración de justicia y a la legislación”.

“Mientras los jueces, mientras los fiscales, mientras los abogados defensores no cultiven ni la Medicina Legal, ni la Jurisprudencia Médica, habrá siempre en la administración de justicia una laguna profunda, en cuyo fondo tendrá la Humanidad que deplorar alguna vez tanto los sufrimientos de la inocencia como la impunidad del crimen”.

Realizando sus ideales, el mismo Doctor Mata inició en “El Foro Español” una serie de estudios médico-legales, para ilustración de los magistrados y abogados.

Estos estudios tienen dos faces: una faz médica y una faz jurídica, que hay que distinguir claramente.

El facultativo la estudia de una manera general, proporcionando sus conocimientos médicos a la dilucidación de las cuestiones jurídicas. Por el contrario, para el abogado, que debe aplicar y profundizar el Derecho, la Medicina Legal viene a ser un auxilio que la ciencia le da para apreciar mejor, esclarecer y solucionar las cuestiones legales que se relacionan con la Medicina y que la práctica le ofrece.

Algunos médicos en los Congresos Médico-legales han propuesto, respecto de los estudios médico-legales, que se coloque en igualdad de condiciones a los estu-

diantes de Derecho con los de Medicina; así pasa en algunas Universidades francesas como en Tolosa, en que esta asignatura es un ramo especial del curso de Ciencias Penales, siendo necesario, para entrar a él, ser médico o abogado.

No creemos muy acertada esta medida, pues, si es un médico el que atienda la cátedra, no podrá darle el debido desarrollo a la parte legal, extendiéndose solamente a la parte médica, y por lo tanto, los alumnos abogados no entenderán, y viceversa.

Resumiendo, puede decirse, que el estudio de la Medicina Legal en el Derecho acarrea las siguientes ventajas:

- a)* Prepara el terreno para que las leyes se dicten conforme a las ciencias;
- b)* Completa el estudio y comprensión del Derecho en sí mismo;
- c)* Corrige la actual legislación defectuosa que no se ha mirado bajo el punto de vista antropológico;
- d)* Abre nuevos campos a los horizontes del Derecho;
- e)* Esparce leyes de higiene social de transcendental importancia, como ser en los requisitos biológicos necesarios al matrimonio, siendo así una profilaxia para la raza;
- f)* Eleva el nivel moral de los magistrados y abogados en beneficio de la buena administración de justicia;
- g)* Sirve para prevenir errores judiciales, debidos muchas veces al desconocimiento que tiene el magistrado de una ciencia que conoce muy poco;
- h)* Da un buen conjunto de conocimientos al juez sobre los antecedentes y hechos que investiga para

plantear concretamente los puntos sobre los cuales necesita un informe de peritos, y para poder apreciar la capacidad y las conclusiones de los peritos médico-legales (pues, no cualquier médico puede dictaminar con precisión sobre cualquier punto, debe haber un personal idóneo para ello).

Entre nosotros, por un Decreto Supremo del año 1905, a iniciativa del médico de las Colonias Extranjeras, Doctor Don Moisés Alliende Aldunate, se estableció el servicio médico-legal, como auxiliar de la administración de justicia.

El peritaje del médico legista tiene la fuerza del informe de peritos en general. En materia civil, se aprecia según la sana crítica, tiene un valor relativo. En materia penal, según el Art. 500 del Código de Procedimiento Penal, puede ser considerado como prueba suficiente cuando hay dos o más peritos conformes en un hecho.

El decreto anterior se dictó con un fin más bien económico que científico, pues, antes de la dictación del Código de Procedimiento Civil (1903), los médicos prestaban su concurso a la justicia por medio de requisición de la autoridad administrativa o judicial.

Los peritajes tienen su fundamento en los artículos 330 del Código de Procedimiento Civil que dice: "Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos, testigos, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del tribunal, *informes de peritos*, presunciones".

Y en el Art. 245 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "En los juicios en que se ejercite la acción pública, *el nombramiento de perito corresponde al juez*, quien habrá de designar como tal, en los casos

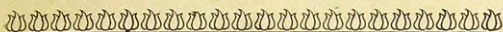
de autopsia o examen médico, al facultativo que lo sea de la ciudad o, a falta de éste, al de la Municipalidad respectiva, a menos de existir razones especiales que aconsejen la designación de otro diverso y que se expondrán en auto motivado”.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, puede cada parte nombrar a su costa un perito que se asocie al designado por el juez, salvo que en concepto del tribunal, la intervención de estos peritos pudiera perjudicar al éxito de las investigaciones. Los trámites de nombramiento y aceptación del cargo no retardarán en este caso el reconocimiento, y sólo podrá nombrarse un perito por todos, los querellantes o el Ministerio Público, y otro por todos los inculpados cuando aquéllos o éstos fueren varios”.

El decreto mencionado se ha venido incorporando desde 1905, de año en año, en la Ley General de Presupuestos, asignándose al Presupuesto de Justicia.

En la partida del Presupuesto se encarga: “a los médicos de ciudad el servicio de autopsias e informes de los reconocimientos de insanos y demás reconocimientos médico-legales que les confíe el Supremo Gobierno”, en esta forma existe en las cabeceras de provincias; en las demás ciudades está desempeñado por los médicos municipales. Puede decirse que carece de una organización adecuada a los fines que persigue y es mal rentado.

---



## CAPÍTULO II.

### Historia de la Medicina legal.

---

De la historia de la Medicina Legal no hay mucho que decir, pues este estudio con base verdaderamente científica, puede decirse que es relativamente reciente.

Haremos un breve estudio sobre el desarrollo de la Medicina Legal, de sus instituciones y sus principales autores, empezando por las legislaciones más antiguas hasta nuestros días.

En la antigüedad, la Medicina Legal propiamente no existió; así, los *egipcios* sólo poseían muy vagas nociones de ella, consignándose de tarde en tarde algunos principios de medicina que sólo tienen importancia como curiosidad histórica; se sabe que los egipcios tenían algunas ideas sobre las enajenaciones mentales, sobre su tratamiento, que prohibían aplicar castigos corporales a las mujeres próximas a ser madres, etc.

En *Israel*: las leyes mosaicas prescribían investigaciones de carácter médico en algunos casos, como ser sobre la pureza de la recién desposada, siendo condenada a muerte si se la encontraba impura.

La mayoría de los autores están de acuerdo en considerar a Moisés como el primero de los legisladores que se haya apoyado en los conocimientos médicos para la confección de las leyes, como ser sobre la pena del talión, sobre homicidio, atentados contra las personas, etc.



En *Grecia*: algunos célebres filósofos como Aristóteles y Platón emitieron algunas ideas relativas a problemas médicos sobre la naturaleza y origen de la enajenación mental, también algunos legisladores como Solón y Licurgo hicieron referencia a estas cuestiones en sus leyes; pero el que consiguió numerosas observaciones sobre las enfermedades, fué el famoso *Hipócrates*, que colocó las cuestiones médicas en el terreno de hechos naturales que le corresponde, y todas estas observaciones tuvieron una positiva influencia sobre las legislaciones posteriores.

En *Roma*: el Derecho Romano es la fuente más poderosa de donde se deriva la importancia de este estudio. Se inicia con Galeno y sus contemporáneos que prestaron a los legisladores su poderoso influjo para la institución de sus leyes, las que, por su perfección si se considera la época en que fueron dictadas, nos revelan que fueron inspiradas en el criterio científico de los conocimientos reinantes.

Desde Flavio Julio Claudio, llamado el Apóstata, se puede decir que quedó establecida la intervención de los médicos como peritos en los asuntos jurídicos, después Justiniano consignó en el *Digesto* diversas resoluciones fundadas en principios médicos, como ser las relativas a la supervivencia, a la concepción, al embarazo, aborto, a la suposición de parto, a la enajenación mental, a la simulación de enfermedades, y prescribió a los magistrados la obligación de recurrir a los médicos y personas entendidas en el arte de curar, para la resolución de los asuntos en que se hiciese necesario obtener una declaración semejante; esta es una de las demostraciones de los primeros esfuerzos que

nos ha legado la Medicina Legal en la antigua legislación romana.

Se atribuye al Rey Numa Pompilio que antes de enterrar a una mujer embarazada debía extraérsele previamente al feto, y este nacimiento "post-mortem" producía los mismos efectos jurídicos que el espontáneo.

Se cita como una curiosidad la opinión del médico Antistius, quien después de examinar el cadáver de Julio César, asesinado a puñaladas en pleno Senado, opinó que de las veintitrés heridas que había recibido, sólo una había sido la que le ocasionó la muerte.

Pasando a la Edad Media, puede decirse que en este período de la historia se conservaron en su mayoría las normas del Derecho Romano, siendo éste influenciado por las leyes bárbaras y el Derecho Consuetudinario, viniendo después el Derecho Canónico, nacido del seno de la Iglesia Cristiana.

*Francia:* Carlo Magno con sus Capitulares rehabilitó el Derecho Romano y dispuso nuevamente que el magistrado oyera el dictamen del médico, sobre todo para juzgar la gravedad de las lesiones y fijar el monto de la indemnización pecuniaria.

Después, con la muerte del Emperador Carlo Magno, reinó el feudalismo que desmembró el territorio de Francia formando diversos estados con costumbres y leyes diferentes y no adelantando en nada la Medicina Legal.

Con el régimen feudal reinó el sistema de los juicios de Dios y el duelo judicial, y las principales funciones de que se encargaban los médicos eran la de asistir a las excusas que presentaban los que se batían en duelo judicial, hacerse cargo de los cadáveres de

los combatientes, a quienes se les seguía juicio como si estuvieran vivos y dictaminar acerca de los innumerables procesos por hechicerías.

Como se ve, durante la Edad Media, con la profunda ignorancia y el retroceso que caracterizó a esta época, los médicos fueron desoídos y despojados de sus facultades periciales, siendo los frailes los que decidían algunas de estas cuestiones.

En el año 1374 se concedió a la Facultad de Montpellier el derecho de hacer autopsias y diseccionar cadáveres, empezando así el estudio de la toxicología; pero vino la rivalidad entre los miembros de los Tribunales y los facultativos, quienes creían que éstos aspiraban a disminuir la autoridad de aquéllos, dando por resultado innumerables rivalidades y controversias entre unos y otros.

Felipe el Hermoso, en el año 1511 creó una institución llamada "del Chatelet", compuesta de médicos y matronas, con fines médico-legales; más tarde, en 1603, se dictó un edicto en que mandaba nombrar al primer médico del Rey, en ese tiempo Enrique IV, "dos personas de arte de medicina y cirugía de la mejor reputación, probidad y experiencia", para practicar bajo juramento las visitas e informes de justicia y obligar a los jueces a consultarlos antes de fallar, so pena de aplicarles multa, con lo cual creaba funcionarios especiales encargados de las funciones médicas.

En el siglo XVI las ciencias médicas con el estudio de la *anatomía* entraron a un nuevo período y, por lo tanto, fueron los médicos quienes con sus investigaciones científicas hicieron desvanecer los profundos errores que se tenían en aquella época en que a todos

los enfermos se les creía víctimas de maleficios y de posesiones o convenciones demoníacas. Se dice: que el Parlamento de Tolosa condenó en 1577 a más de 400 encantadores, unos a la hoguera y otros a diversos suplicios. En Lorena más de 100 hombres en el espacio de 15 años fueron condenados como brujos; el Consejero de Estado del Duque de Lorena, Nicolás Remigines, en su "Tratado de Demonolatría", se vanagloria de ello como de acciones loables y útiles a la sociedad.

Los peritajes médicos siguieron versando, principalmente, sobre acusaciones de brujería y endemoniadura; hay en esta época una verdadera epidemia demonolátrica; estas acusaciones y procesos recaían sobre nobles y plebeyos, sacerdotes y seglares, hombres y mujeres; se creía universalmente en estas artes, tanto por hombres de ciencias como por los profanos; el rol del perito médico en los negocios de esta especie era buscar sobre el cuerpo del acusado la marca del diablo, punto insensible colocado en una región cualquiera y en el cual las agujas se hundían sin provocar ningún dolor.

Juan Bodin, favorito de Enrique III, Procurador del Rey en Laon, publicó un libro sobre "demonio-manía", en que prueba que los lobos no son sino hombres, ordinariamente magos y brujos que han tomado la forma de un animal. Ha dejado el siguiente inventario de la monarquía diabólica: 72 príncipes y 7.405,926 diablos.....

Como puede verse, en aquella época llegó a un grado tal la injusticia e ignorancia, que en 1682 los médicos, por fin, se levantaron en contra del papel odioso y ridículo que le asignaba la justicia civil y la

Inquisición; entonces, debido a ellos principalmente, se dictó la Ordenanza de 1682, que abolió completamente los procesos por hechicerías.

Desde el año 1575, puede decirse, que data en Francia la Medicina Legal en cuanto ciencia, pues es en esta época con Ambrosio Paré (1517-1590) cuando se publicó el primer tratado sistemático y completo de los conocimientos del ramo, con un buen número de modelos de informes; su obra se tituló "Traitant des Rapports et des moyens d'embaumer les corps morts", a pesar de ser una obra más bien de cirugía que de Medicina Legal.

También se encuentran en esta época obras jurídicas y leyes que acreditan y reconocen la intervención médico-legal, no sólo en los procesos criminales sino también en los civiles; así por ejemplo, uno de Godofredo de Bouillon en su expedición a la Tierra Santa, llamada "Assises de Jerusalem", y otra de Francisco I, en 1536.

Luis XIV, en 1670, promulgó la Ordenanza Criminal, estableciendo que en razón de urgencia todo médico o cirujano podía ser comisionado para los peritajes, y señaló diversos casos especiales de informes médico-legales.

En 1692 una Ordenanza dispuso que el nombramiento de los peritos médicos correspondiese a las autoridades urbanas, este cargo llegó a ser hereditario y venal, siendo considerados los médicos que lo desempeñaban en una categoría especial.

A pesar de todo, en Francia los médicos desdeñaban el ejercicio de la Medicina Legal, los peritajes los encomendaban a los cirujanos menores, dejándose a los médicos la redacción de los documentos.

En 1790, la Asamblea Constituyente dictó un decreto a propuesta del Dr. Guillotin, estableciendo que se fundara un "Comité de Salubridad, a semejanza de los que ya funcionaban con el nombre de Comité Militar, de Agricultura, Legislación, etc."

Dos años después, en 1792, este mismo médico insinuó la idea de decretar un medio de ejecución que fuera más rápido, más seguro y menos doloroso, de aquí viene el sistema de ejecución llamado "la guillotina".

A fines del siglo XVIII se fundan cursos libres de Medicina Legal en algunas Universidades francesas, siendo instituída la enseñanza oficial de la Medicina Legal, el año 1794 en las Universidades de París, Montpellier y Strasburgo.

Hoy día esta rama de las ciencias ha sido llevada hasta muy lejos, colocándola en el sitio prominente que hoy ocupa.

Desde la primera mitad del siglo XIX hasta hoy descuellan en Francia: Gendry, Prevot, Verdier, Lebas, Chaussier, Fodéré, Divergié, Louis, Pinel, Orfila, Berton, Mahon, Esquirol, Tardieu, Legrand du Saullé, Brouardel, Lacassagne, Morel, Magnan, Thoinot, Vibert, etc., etc.

*Alemania:* En tiempos de *Carlos V* se dictó la célebre "Instituto Criminalis Carolina", votada en la Dieta de Ratisbona en 1532, generalmente se la conoce con el nombre de "Código Penal de Carlos V", o sencillamente, "Carolina". Este conjunto de leyes organizó en Alemania el servicio médico-legal, que contribuyó de una manera eficaz a la Administración de Justicia. Innovó en el sentido de que las penas fueran

proporcionales a los efectos físicos que causaban y que se comprobaran los crímenes y delitos.

En el siglo XVIII y antes que en ningún otro país europeo se organizaron en Alemania, Cátedras de Medicina y de Jurisprudencia Médica, estos cursos eran de carácter voluntario o privado.

Las ideas supersticiosas de Francia se dejaron sentir en Alemania y así fué cómo en 1599, el alemán Andrés Libavius publicó un libro titulado "De cruentatione cadaverum", para explicar cómo las heridas sangran en presencia del asesino, opinión que estuvo en boga en ese país hasta el siglo XVIII.

Según algunos autores, en el siglo XV, Alemania era la tierra privilegiada de la magia y de la brujería, y a tanto llegó que el Papa Inocencio VIII lanzó una bula contra las "diablerías de los países germánicos y dos monjes fueron nombrados inquisidores".

En el sólo electorado de Treves, en algunos años, 6,500 hechiceros fueron condenados a muerte.

Un siglo más tarde, el mal era aún tan grande que se ordenaron rogativas públicas en todas las iglesias para la expulsión del espíritu maligno.

En el siglo XVIII, Valentinius se ocupa de las hechicerías en sus "Pandectas Medicales".

A principios del siglo XIX, en 1820, se fundó la Cátedra de Medicina Legal en la Universidad de Berlín.

Entre los principales autores alemanes modernos, deben citarse entre otros: Sebíg, Welsch, Bohn, Zittman, Casper, Liman Lesser, Eulenberg, Huseman, Falk, Börner, Klein, Mende Brand.

En *Austria*: Kraff-Ebing, Hofmann, Bernt, etc.

*Italia:* Puede decirse que Italia ha sido la cuna de la Medicina Legal y de las nuevas orientaciones del Derecho Penal Moderno, basado en la escuela positiva y que ha echado por tierra los postulados clásicos.

En 1589, Fortunato Fedele publicó un tratado científico sobre la materia, aunque antes de esto se habían publicado monografías sobre puntos médico-legales por Ponzetti, Valariolla, Mercuriali Cardano.

En 1854 nace en Roma, Pablo Zacchias, que después fué médico del Papa y perito ante la Santa Rota.

En el año 1651 publicó su obra "Cuestiones Médico-legales", compuesta de 10 tomos y que durante siglos ha sido la obra clásica de Europa sobre la materia. Su doctrina sobre determinados puntos, como ser simulación de la locura y otras, se mantienen casi incólumes sin que haya nada que modificar, a no ser su lenguaje escolástico. También nombraremos a Beccaria Lombroso, Ferri, fundadores de la Escuela Positiva Penal Italiana, aportando de este modo un caudal inapreciable de humanos y benéficos considerandos.

Entre los principales autores, además de los nombrados, tenemos: Lombroso, Ferri, Severi Ottolenghi, Montalti, Biondi Borri.

*España:* Don Alfonso X, El Sabio, en el siglo XIII consignó numerosos preceptos jurídicos relacionados con las ciencias médicas, fundados ya en conocimientos de Hipócrates, a quien cita especialmente en la ley 4.<sup>a</sup>, título 23, partida 4.<sup>a</sup>; o ya en los conocimientos propios de entonces.

Los árabes cultivaron con gran empeño y con importancia especial la Medicina Legal.

Bajo Carlos V y Felipe II, que creó el Protomedicato, se progresó bastante, pero como los médicos



estaban supervigilados por el Tribunal de la Inquisición, este adelanto no se continuó porque los miembros que lo componían eran adversos a estos estudios.

Sin embargo, como lo dice el Doctor Mata “a la sombra de las lisonjeras dedicatorias a los humildes siervos de Jesucristo que llevaban mitra o capelo o que tenían en sus manos las hogueras y tormentos del Santo Tribunal, pasaban ciertos escritos y algo influían en las diferentes resoluciones tomadas por el Rey y por los diferentes Tribunales. Un segundo Pirineo, opuesto por la teocracia a la concepción del conde de Verulamio y de Locke, más popularizada por Condillac, no dejaba que las obras médicas se despojasen de cierto sabor místico o teológico, y era fácil que pasase por nigromántico, mago o hechicero el que mostrase a través de un lente aumentativo, doblado de volumen, un insecto de los más reconocidos”.

En 1843 se creó la reforma del plan de estudios en España y se creó la Cátedra de Medicina Legal en la asignatura de Medicina y Farmacia; en 1856 las Cortes Constituyentes crearon el servicio de médicos-forenses, encargados de auxiliar a los Tribunales de Justicia.

Después con Valentí y Vivó, Yáñez, Lecha Marzo, Peyró y Rodrigo, Ferrer y Mata, se ha adelantado mucho en esta clase de estudios.

*Inglaterra:* Relativamente son pocas las noticias que se tienen del estado de cosas en Inglaterra.

Existía la intervención médica legal de parte del “coroner”, magistrado elegido por los propietarios en cada localidad y encargado de dictaminar con doce jurados convocados por el mismo en los casos de muerte violenta, homicidio, heridas, etc.; generalmente

entre los jurados hay siempre médicos y lo es el "coroner" con frecuencia.

El año 1803 se fundó en Edimburgo la primera cátedra oficial inglesa de Medicina Legal, confiada al Doctor Duncan. Otras cátedras iguales se abrieron más tarde en Oxford y en Glasgow.

Entre los autores ingleses deben mencionarse especialmente Taylor, Watson, Pritchard, Haslam, Reynolds y Maudsley.

Movimientos análogos se notan en Rusia, Holanda, Bélgica.

*América:* Corresponde al Doctor Stringham, que hizo sus estudios en la Universidad de Edimburgo, la iniciativa de la enseñanza de Medicina Legal en Estados Unidos de Norte América.

Como continuador de la obra del Doctor Stringham, le sucedió el Doctor I. R. Reck, autor de un tratado publicado en 1823 y profesor de la Universidad de Nueva York.

Lo mismo podemos decir de las demás Repúblicas Sudamericanas, donde se han creado en las Universidades cursos especiales en la Facultad de Medicina y en la de Leyes y Ciencias Políticas.

---

En nuestra legislación se da hoy día especial importancia a los peritajes médico-legales y con frecuencia son éstos (peritajes) los que vienen a resolver casos difíciles en que, si no es por la ayuda que presta esta rama de las ciencias, quedarían impunes muchos delitos y cantarían victoria muchos malvados.

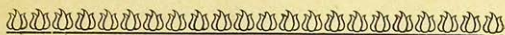
Hemos tenido una serie de procesos célebres en que si no es por la Medicina Legal, más de algún conflicto grave habríamos tenido talvez que lamentar

y no sólo con proyecciones dentro de nuestro territorio, sino con influencias internacionales. Todos recordamos el bullado proceso Beker, en que, debido a las investigaciones que hizo el Doctor Valenzuela Basterrica se llegó a dar con el verdadero culpable del triple delito de homicidio, robo e incendio, de que se culpaba a un modesto e inocente súbdito chileno.

Y así tenemos otros, como el de "El Boldo", en que fué necesario practicar veintitrés informes médico-legales, catorce de los cuales se inclinaron al homicidio y nueve al suicidio.

No creemos necesario citar otros casos de los que a diario se ventilan en los Tribunales de Justicia, porque por vía de ejemplo resulta muy extenso.

---



### CAPÍTULO III.

## De la Personalidad Natural.

---

La palabra *persona* tiene distintas acepciones, según sea el punto de vista que se la considere. Así, para la filosofía, persona es el ser pensante que obra con discernimiento; para la biología, es el ser orgánico animado; y, para la ley, es el sujeto y el objeto del derecho y la única razón de ser de todas sus disposiciones.

Nos concretaremos a estudiarla bajo el concepto que nuestro Código le ha dado.

El Código Civil Chileno, en su artículo 54, divide las personas en naturales y jurídicas.

El estudio de las personas jurídicas o ficticias de que habla el artículo 545 de nuestro Código Civil, no tiene interés para nuestro estudio, pues, sólo nos referiremos a las personas naturales.

El artículo 55 dice: "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros" y el artículo 74 agrega: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre".

"La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación

un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

De estos artículos se desprenden, en consecuencia, los requisitos necesarios que deben existir conjuntamente en el individuo para considerarlo como persona, y son:

1.º Pertener a la especie humana;

2.º Estar completamente separado del vientre materno; y

3.º Sobrevivir un instante a la separación

Este instante es el que determina el principio de la existencia legal y el que marca la diferencia con la existencia natural que principia con la concepción.

Primeramente estudiaremos las condiciones que la ley exige para considerar al individuo como persona. Después haremos un estudio del principio de la personalidad, empezando por la concepción, en seguida, por la vida intrauterina, para terminar con el nacimiento, o sea, el principio de la existencia legal, como lo dice el artículo 7.º, inciso 1.º

*Primer requisito de la personalidad natural: pertenecer a la especie humana; figura humana.* En lo referente a las exigencias biológicas necesarias para constituir la personalidad natural, existen dos corrientes contrarias en las legislaciones. Una de ellas exige como condición biológica para ser persona, tener *figura humana*; así expresamente lo dicen los Códigos de Chile, España, Prusia, Inglaterra, Argentina, Perú, Bolivia, Méjico, Guatemala, Costa Rica.

Otras legislaciones que no tienen esta exigencia, como la de Francia, Bélgica, Italia y el Código Civil del Imperio Alemán del año 1900, que sencillamente dice: “La capacidad jurídica del hombre comienza a

su nacimiento”, sin establecer ningún requisito biológico necesario para constituir personalidad natural.

Desde antiguo las legislaciones exigieron el requisito de figura humana, que se ha ido perpetuando en casi todas las legislaciones medioevales y muchas de las modernas, y éste surge como un medio de selección y defensa de las sociedades, siempre celosas de mantener la integridad de la especie.

Se dice que el origen de estas disposiciones hay que buscarlas en las ideas dominantes de los pueblos primitivos, que admitían la posibilidad de productos híbridos, mezcla de hombres y de animales, a consecuencia de las relaciones sexuales de éstos con aquéllos.

Pero la ciencia ha demostrado, después de prolijos estudios experimentales, la imposibilidad de la reproducción en las relaciones sexuales del hombre con los animales, pues todo intento de cruzar especies diferentes se ha estrellado constantemente con la facultad de ruda defensa natural que ellas ofrecen en la constitución de sus células germinativas, contra el ataque sexual de otras especies. M. Quatrefages, en sus profundos estudios sobre la especie humana, ha comprobado lo que ya se dijo.

La historia de los pueblos, y especialmente la mitología, está plagada de estos casos de productos híbridos y generalmente la mayoría de las divinidades que creaban su fantasía se debía a estas concepciones.

La aparición de anormalidades conocidas con el nombre de monstruosidades han sido explicadas científicamente por la Teratología, rama especial de la Embriología, considerándola únicamente como “alteraciones en el desarrollo del embrión”, en que la he-

rencia juega un papel importantísimo, y en cierto modo también la sugestión.

Por eso es que hoy, las legislaciones modernas, inspiradas en un concepto científico de la personalidad humana, no admiten discusión sobre los atributos necesarios de la persona, desterrando para siempre discusiones odiosas de otras épocas.

Además, hasta ahora no tienen objeto práctico en el Derecho estas disposiciones, pues, aún no se sabe que se haya producido algún litigio sobre la calidad de persona y sus caracteres de humanidad, salvo el caso de destrucción deliberada de monstruos sin figura humana y la responsabilidad que de ello pueda derivarse.

Además, los estudios biológicos demuestran que es preferible que en cada caso particular venga el perito médico a resolver el problema aisladamente, que establecerlo dentro de leyes que nombren expresamente estos requisitos.

Sin embargo, la historia nos demuestra lo contrario; así, la ley romana antigua no aceptaba como libres a los que habían nacido contra la forma natural, o sea, el "monstruum o prodigium".

Estas exigencias de las antiguas leyes romanas pasaron a las legislaciones medioevales. Así, en España, el Fuero Juzgo decía que para ser persona se necesitaba vivir 10 días, separado de la madre, tener figura humana y haber recibido el bautismo.

Las Partidas decían: "Non deben ser contados por fijos los que nacen de la mujer e non son figurados como homes, así como si tuviesen cabeza u otros miembros de bestia, mas, si la criatura que nace a figura de

home, magüer haya miembros sobejados o menguados, no le empece para poder heredar”.

La ley III de Toro fijó el plazo de 24 horas.

La Novísima Recopilación Ley II, Título V, Libro X, exigía:

1.º Nacer de tiempo; 2.º Tener figura humana; 3.º Vivir 24 horas; y 4.º Ser bautizado.

Siguiendo la tradición la ley española de Registro Civil, anterior al Código, en su artículo 60, no daba calidad de persona “al niño que no tuviese la figura humana”.

El Código Español de 1889 transcribió literalmente esta disposición, y al efecto, el artículo 30 de dicho Código, dice: “Para los efectos civiles se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del vientre materno”.

Entre nosotros, al redactarse el Mensaje del Código Civil Chileno, Don Andrés Bello, en una de sus notas, dice que la exigencia de nacer todo vivo puede traer dificultades, y que el requisito de vivir 24 horas engendra muchas discusiones y pleitos. Por eso el señor Bello sólo exige que el ser humano “viva un instante después de separado del vientre materno”.

El problema legal interesante se presenta cuando nacen seres con deformidades orgánicas notables. Estas deformidades pueden presentarse en una enorme variedad, y entre estos casos para la Medicina Legal tiene una especial importancia el de averiguar qué número de personas existen en algunos de estos individuos deformes, para saber si éstos deben constituir una o más personas con sus respectivos derechos; inscribirse en el Registro Civil como un solo ser, o bajo



dos nombres, según sea la pluralidad de partes del cuerpo, como ser: dos cabezas, más de dos piernas, etc., además el problema se volvería a presentar en caso de que uno de ellos delinca.

Ribot y Tardieu resuelven en el sentido de que todo ser debe considerarse como dos individuos si tiene dos cabezas; si sólo tiene una, aunque tenga dos cuerpos, es un solo individuo, porque dicen que es la cabeza el asiento de la personalidad moral, donde se producen los fenómenos psíquicos que constituyen al ser pensante, que da la conciencia de su personalidad al individuo mismo y a los demás.

De las diversas clases de monstruosidades físicas más comunes tenemos a los llamado "hermanos siameses" que de tarde en tarde tienen existencia. Afortunadamente, estos ejemplares son muy escasos, y son raros los que sobreviven largo tiempo a su nacimiento.

Sin embargo, han sido famosos los casos de los hermanos Cheng y Eng, nacidos en 1811 en el reino de Siam (Indo-China), que estaban unidos por el vientre. Recorrieron Europa exhibiéndose, y después de acumular una cuantiosa fortuna se retiraron a vivir a Estados Unidos, donde se casaron con dos hermanas y tuvieron veintidós hijos bien constituidos.

En 1902 se presentó el caso de dos jóvenes hindúes, unidas por una parte del tórax, que fueron separadas con éxito operatorio por la sección de la banda fibrocútánea que las unía.

Recientemente en Estados Unidos fallecieron dos hermanas siamesas de apellido Blazek, que tuvieron una larga existencia y a cuya muerte se presentó la cuestión de saber si el hijo de una de ellas heredaba a ésta o a ambas.

De las numerosas clasificaciones que se han hecho de las monstruosidades, la de Breschet es una de las mejores. Este tratadista clasifica las monstruosidades en 4 grupos de desviaciones: 1.º *Por defecto* o incompletos (agénesis) son aquellos en que falta uno o más órganos, o alguna abertura, o en que están separadas partes que deben estar unidas, o viceversa, o que están confundidas partes que deberían estar separadas; 2.º *Por exceso* (hipergénesis) que son aquellos que crecen en extraordinarias dimensiones; 3.º *En monstruosidades dobles* (diplogénesis) que son aquellas en que hay dos o más individuos y están reunidos por algunas partes de su cuerpo; y en *dislocaciones* o errores de lugar (heterogénesis) que son aquellas en que el ser se desarrolla fuera del útero, o que son muchos a la vez, o tienen partes de su cuerpo en lugar distinto del que les corresponde.

En los casos de deformaciones congénitas o monstruosidades de un ser, hay que aplicar las reglas generales de Derecho para determinar si son personas o no.

En lo tocante al Derecho Civil Chileno, es muy amplio, el artículo 55 dice: “Es persona todo ser de la especie humana “cualquiera que sea su condición”, comprendiendo no sólo con esto la situación social, sino la situación orgánica del individuo.

El criterio que hoy domina a las legislaciones modernas ha sido resumido en una conclusión de un trabajo de Eschback, de Strasbourg, del año 1847, y dice: “Todo ser que sale del seno de una mujer es humano, puede no tener personalidad civil, pero este hecho no resulta de su deformidad: no es sino una consecuencia de su “no-viabilidad”, o de su incapacidad; es solamente susceptible de tutela y es inviolable”.

Nuestra ley de Registro Civil, de 17 de julio de 1884, no contempla los casos de mal formaciones dudosas como podrían ser dos cuerpos con una cabeza común, o dos cabezas sobre un tronco común; el artículo 26 del Decreto Reglamentario de 24 de octubre de 1884 sólo se refiere a dos gemelos que nazcan separadamente, disponiendo que se haga una inscripción para cada uno de ellos, indicando la hora del nacimiento de cada uno y cual de los dos haya nacido primero. A pesar de que el artículo 24 del Reglamento alude a los defectos de conformación del recién nacido, pero sólo un caso especial.

De lo expuesto se deduce que el Oficial del Registro Civil no podría negarse a inscribir un nacimiento a pretexto de que el producto carece de figura humana o presenta deformaciones o monstruosidades que puedan acarrearle dificultades para más tarde.

Por lo tanto, debe reputarse como perteneciente a la especie humana a todos los nacidos de mujer y, por lo tanto, deben ser inscritos en el Registro del Estado Civil. La única excepción de esta regla sería la de los simples embriones o fetos que no dan señales de vida por la falta de madurez en que se encuentran; pero, como a su vez la ley habla de *nacimiento* y de *niño*, términos que excluyen los productos abortados, se deduce que su espíritu es no comprenderlos.

En Chile son comunes los partos múltiples, y mal hace la ley en prever en su artículo 26 únicamente el caso de nacimientos dobles o gemelos, siendo que la especie humana puede producir triples, cuádruples, etc.

A propósito de esto, en unas observaciones hechas por Dubois, dice que de 483,450 nacimientos, cuyas observaciones han sido recogidas en Alemania, Ingla-

terra y Francia, se han encontrado 6,330 nacimientos múltiples, que se descomponen así: nacimientos dobles, 6,248; nacimientos triples, 78; nacimientos cuádruples, 4.

Estos nacimientos múltiples han dado origen a la cuestión llamada *superfetación*, que tiene una importancia jurídica apreciable.

*Sexo; su determinación. Hermafroditismo:* Una de las monstruosidades de mucha importancia para el Derecho son aquellas que afectan al sexo, ya que éste decide la situación social del individuo.

Porque, si bien existe, en cierta forma, la igualdad civil del hombre y la mujer, aún quedan ciertas inhabilidades y preferencias, como ser: en el censo, testamento, curadurías, derechos políticos, cargos judiciales, etc., en que se coloca a la mujer en una situación de inferioridad respecto del otro sexo; en cambio, las leyes de montepío militar favorecen exclusivamente a las mujeres, hijas o viudas de militares y marinos y sólo en ciertos casos a los varones.

En el matrimonio, la determinación del sexo tiene importancia capital.

Siendo tan importante la determinación del sexo, todas las legislaciones exigen en el acta del nacimiento que se deje constancia del sexo a que pertenece el nuevo ser.

Existen algunas legislaciones muy escrupulosas en esto, que establecen que al inscribir en el Registro Civil a un niño, debe cerciorarse por sí mismo el Oficial del Registro Civil del sexo del recién nacido.

Nuestra ley en su artículo 21 dice: "Deberá hacerse la presentación del recién nacido al Oficial del Registro Civil, quien procederá en el mismo acto a

verificar la correspondiente inscripción” y el inciso siguiente agrega: “La inscripción del nacimiento se hará también en virtud del parte verbal o del escrito que acerca de él, deben dar las personas indicadas en el artículo 22, con arreglo a los reglamentos que se dicten”. Como se ve, con esta disposición pierde el valor que tendría en el caso que el Oficial se cerciorara por sí mismo del sexo del recién nacido.

*Hermafroditismo:* Lo normal en la especie humana es que cada individuo tenga un sexo determinado, ya sea masculino o femenino.

La determinación del sexo ofrece dificultades cuando aparecen deformaciones en los órganos sexuales, que puedan dificultar o imposibilitar la determinación del sexo, esto es lo que se denomina hermafroditismo.

El hermafroditismo, o sea la coexistencia de los sexos masculino y femenino en un mismo individuo, es muy frecuente como situación normal en el reino vegetal y en algunos animales inferiores; pero, sólo por una anomalía producida por el desarrollo imperfecto de los órganos genitales puede ocurrir en la especie humana.

El origen embriológico de esta anomalía se debe a que el feto, hasta la sexta semana de desarrollo, es bisexual; y si continúa por anomalía su desarrollo paralelo, se produce el hermafroditismo, porque los órganos de ambos sexos siguen en progresión creciente hasta el nacimiento de la criatura.

Se discute vivamente el hermafroditismo completo, en que la función reproductora coexiste en los órganos del hermafrodita. Sólo se acepta el pseudo-hermafrodita en que la función reproductiva reside en uno solo

de los sexos, o falta en los dos, que es lo más común. Por lo general, si llegan a reunirse los caracteres de los dos sexos, éstos son siempre variables e imperfectos, tanto de uno y otro sexo.

El problema se presenta, si se quiere averiguar la situación jurídica del hermafrodita; puede servir de mucho la observación de los hábitos, tendencias, gustos e inclinaciones que caracterizan al individuo.

Las legislaciones no se preocupan del hermafrodita, sólo por excepción el Código alemán y bávaro lo contemplan.

El antiguo Código prusiano dispone, por ejemplo, que si nace un niño hermafrodita, sus padres decidirán a qué sexo desean que el niño pertenezca; que a la edad de 18 años cumplidos, el hermafrodita tendrá derecho para escoger su sexo; que sus derechos serán fijados en adelante con relación a este sexo; que si un tercero tuviese derechos que dependan del sexo del pretendido hermafrodita, pueda reclamar el examen de peritos y que el resultado del examen de los peritos decidirá aún en contra de la elección del hermafrodita y la de sus padres.

El Código bávaro, dice: “Los hermafroditas son atribuídos al sexo que prevalece según la opinión de los peritos, y si hay igualdad tienen derecho a elegir ellos mismos su sexo, debiendo sujetarse absolutamente a él”.

*Segundo requisito de la personalidad natural: estar completamente separado del vientre materno.*

Según vimos, el artículo 74 del Código Civil Chileno dice que la existencia legal principia al *nacer*, y añade definiendo “esto es, al separarse completamente de su madre”.

El nacimiento con vida ha sido señalado por casi todas las legislaciones modernas como el acto biológico que inicia la existencia jurídica de la persona. Este se efectúa por la expulsión de la criatura del vientre materno, por haber llegado al término natural de su evolución intrauterina; es un hecho natural y espontáneo.

Algunas legislaciones resuelven situaciones que otras no contemplan, así la legislación argentina consulta un caso no previsto en nuestra legislación, y dice: "Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtiene por operación quirúrgica".

El nacimiento puede ser a término o prematuro.

A término es el que llega como fin natural de una gestación cuando la criatura ha alcanzado el grado de madurez fijado por las leyes biológicas para que se desprenda del seno materno.

Este nacimiento puede subclasificarse en *normal* u ordinario, *precoz* y *tardío*, según se produzca en el plazo medio en que generalmente se efectúan los nacimientos, o se produzca antes de este término ordinario, o se atrase a ese plazo por haber sido lenta su gestación.

Prematuro, es el nacimiento de una criatura antes de concluir su evolución en el vientre materno, pero estando en condiciones de poder vivir independientemente, como ser los sietemesinos.

El aborto, médicamente considerado, es otro medio de expulsión del feto que no ha alcanzado un grado de desarrollo intrauterino suficiente, que permita seguir viviendo fuera del vientre materno, y según lo considere la ley como un nacimiento prematuro con

las condiciones legales y teniendo un destello de vida, puede considerársele como persona, pues la ley sólo exige un destello de vida en la criatura una vez separada de su madre.

Veamos ahora la importante cuestión de: ¿Cuándo se entiende nacida la criatura?

Sabemos que nuestro Código sólo exige que la criatura viva un instante después de separada del vientre materno.

Algunos tratadistas de Derecho Civil Chileno, entre ellos don Luis Claro Solar, dicen que debe entenderse por tal (la separación completa de la madre) la salida total del cuerpo del niño fuera de los órganos maternos, pero después de *seccionado el cordón umbilical*.

Otros sostienen que basta la salida total fuera de los órganos de la madre, porque: 1.º No es posible dejar al arbitrio de personas, muchas veces interesadas en efectuar o no la separación; y 2.º Que el nacimiento debe ser un hecho natural que no esté subordinado a la voluntad de nadie.

Además, si se dejara el hecho de la disección del cordón umbilical como momento inicial del nacimiento, sería fácil cometer fraudes y crímenes por personas que tuvieran algún interés en la herencia de la criatura y dejar a ésta en la posibilidad de que perezca a consecuencia de una hemorragia.

La exigencia de que esté seccionado el cordón umbilical no añade nada a que la criatura esté fuera del vientre materno, pues, puede tener vida propia, ser una individualidad nueva, aparte de la madre y quedar aún ligada a su madre.



El concepto que los hombres de ciencia dan al nacimiento es sólo “la expulsión de la criatura”, sin el agregado del seccionamiento del cordón umbilical que se efectúa posteriormente.

Para resolver mejor ésto hay que considerar un punto biológico muy importante, y es, ¿qué papel desempeña el cordón umbilical y a quién pertenece?

El Doctor Puga Borne, dice: “El cordón umbilical es un anexo que no pertenece ni al cuerpo del niño, ni al de la madre”.

El señor Ramírez opina que es inaceptable la doctrina según la cual nuestro Código exigiría, para conceder la personalidad civil, no sólo la salida de todo el cuerpo del niño, sino además, la expulsión de la placenta con el cordón umbilical, o bien la sección de este mismo, de tal manera que el cuerpo del niño no quede sujeto en forma alguna a los órganos de la madre, porque de otro modo no estaría completamente separado de la madre.

Las leyes romanas y la Novísima Recopilación, estableció conforme a la ley 13 de Toro, que “el tal hijo se diga que naturalmente es nacido y que no es abortivo cuando *nació todo vivo*, y que a lo menos, después de nacido, vivió veinticuatro horas naturales, y fué bautizado antes que muriese, y si de otra manera nacido murió dentro del dicho término, o no fué bautizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo”.

Escríche, explica así el significado de esta ley española: “Además de vivo, ha de nacer todo, es decir, que ha de tenerse por nacido el hijo desde que nace todo él y no antes, de modo que si saliese del vientre de la madre, no de una vez, sino prolongándose el par-

to, no se ha de considerar nacido desde que se empezó a descubrir una parte de su cuerpo, sino desde que se desprendió y salió todo entero a la luz del mundo. . . .”

Nuestro legislador encontró que la expresión “nacido todo”, de que habla la Novísima Recopilación, se prestaba a dudas y cavilaciones y la reformó adoptando “completamente separado de la madre”.

El inciso 2.º del artículo 74 establece las tres hipótesis de muerte del niño y éstas corresponden a la muerte antes del parto, a la muerte durante el parto, y, a la muerte inmediatamente consecutiva a la salida de todo su cuerpo de los órganos, y siempre en estos casos se entenderá como que no ha existido jamás.

La salida del cuerpo del niño puede ser natural, que es la normal, o por intervención facultativa, que puede dar lugar a la operación cesárea o histerotomía, para así extraer la criatura.

Viene el nombre de operación cesárea por Julio César, que según cuenta Plinio, fué extraído así del vientre de su madre.

Lo mismo nacieron Scipión, el Africano, y Manilio, en Roma.

---

*Tercer requisito de la personalidad natural: sobrevivir un instante a la separación, esto es la vitalidad.*

Analizando anteriormente el artículo 74, inciso 2.º del Código Civil Chileno, vimos que decía: “La criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”, a lo cual agrega el artículo 77: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si

hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defiriera”.

“En el caso del artículo 77, inciso 2.º, pasarán estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido”.

De estos se desprende que nuestro Código exige para conceder la personalidad: 1.º Que la criatura nazca viva; 2.º Que basta que tenga *un principio de existencia*.

Respecto al primer punto están de acuerdo todas las legislaciones, antiguas y modernas; pero no lo están respecto del segundo.

Según las doctrinas, pueden considerarse dos tendencias en las legislaciones, unas que exigen que la criatura nazca viva o sea la *vitalidad*, y otras que exigen que la criatura sea *viabile*, o sea, que tenga aptitud suficiente para la vida extrauterina.

El primer sistema es el más simple, y lo han adoptado las legislaciones Chilena, Argentina, Alemana actual, Inglesa, Servia, Rumana, Sueca, Noruega y Dinamarquesa.

Al segundo sistema pertenecen la española antigua y moderna, alemana antigua, francesa, austriaca, italiana, mejicana y peruana.

El primero se reduce a averiguar si el niño ha vivido un instante siquiera después de nacido, como esta es una cuestión esencialmente de hecho, debe ser resuelta en cada caso particular por los medios ordinarios de prueba, incluso la pericial; sin embargo, mu-

chas legislaciones han señalado hechos que vienen a establecer la vitalidad del recién nacido.

Hay que advertir que ni la legislación chilena, ni la de ningún país ha definido lo que se debe entender por *vida*, para los efectos jurídicos.

En el Derecho Romano anterior a Justiniano, los Sabinianos exigían simplemente “signos de vida”, sin especificar cuáles; pero los Proculeyanos exigían que el niño hubiese *gritado*, y este signo fué, parece durante mucho tiempo, de gran importancia para la jurisprudencia.

También se consideraban como signos de vida los movimientos de la criatura.

Justiniano suprimió el grito o vagido, considerando que no era un indicio seguro de vida, porque la falta de él podía deberse a sordomudez del recién nacido.

En Francia, en la Edad Media, una Capitular del Rey Dagoberto estableció que el hecho de “haber mirado” el recién nacido, era prueba bastante de su vitalidad, pero el abuso que se hizo de esta prueba obligó más tarde al Rey San Luis a declarar que “sólo el grito constituye prueba cierta de la vida”.

Entre las pruebas de vitalidad que hoy se admiten y que puede suministrarse por medio de testigos, tenemos: los *gritos*, *los movimientos de la criatura* y *la respiración*.

Examinaremos el valor científico de cada una de estas manifestaciones.

*Los gritos*: la criatura en los primeros instantes de su vida independiente, puede producir dos clases de ruidos: uno que forma la voz y otro que se ori-

gina por la entrada rápida del aire a la glótis al hacer un movimiento de inspiración.

*Las contracciones musculares:* puede suceder que éstas se deban a estertores de la agonía, o que se deban a la diferencia de temperatura que existe entre los órganos maternos y el aire ambiente y, por lo tanto, produzca contracciones en el feto.

También pueden provenir del contacto electrogalvánico que se origina por el empleo de instrumentos de cirugía en el parto. Estas manifestaciones no tendrán valor si no son observadas por personas competentes.

Es preciso llegar al siglo XIX, para encontrar en las legislaciones establecido el signo fisiológico, por excelencia, de la vida independiente, la *respiración*.

Los médicos y jurisconsultos están de acuerdo en considerar que éste es el signo más preciso y concluyente de la vitalidad de una criatura, y a tal punto lo consideran que el tratadista alemán Casper, dice: "Vivir significa respirar, quien no ha respirado, no ha vivido"; como se ve, es una fórmula exagerada, pero manifiesta la importancia que se atribuye a esta función fisiológica.

Los civilistas franceses Planiol, Aubry et Rau, Huc y otros, aceptan como la más racional esta doctrina de la respiración.

Baudry La Cautinerie se expresa así: "La criatura debe reputarse que ha vivido cuando ha respirado de una manera completa después de su salida del seno materno, lo que es prueba de una existencia propia y extrauterina".

La respiración es la primera función demostrativa de la independencia orgánica del nuevo ser. Es

puesta en juego en el momento en que, interrumpida la circulación placentaria, la sangre privada del oxígeno va cargándose de ácido carbónico, produciendo un estado venoso siempre creciente, que concluye por determinar la excitación del centro respiratorio situado en la médula oblongada, que va a convertirse en el movimiento aspiratorio ejecutado por los músculos del tórax.

Con estas funciones, la vida de la criatura no depende de la madre, sino de sus propias energías.

Sin embargo, no pueden ponerse en duda algunos casos excepcionales en que la vida del recién nacido se ha mantenido durante cierto tiempo sin intervención de la respiración.

Se objeta este signo adoptado como el más científico por la Medicina Legal, haciendo mención que la respiración no deja rastros en el pulmón; pero esta objeción ha sido rebatida diciendo que si el aire no ha penetrado en el pulmón, no ha habido respiración, y que únicamente se han tomado por respiración, simples movimientos aspiratorios que han puesto en juego aire contenido en la boca y en la faringe y formándose los espectadores la ilusión de que la criatura está respirando.

Las huellas que deja la respiración en el organismo del recién nacido, permite decir al perito médico, en la inmensa mayoría de los casos, si éste ha respirado o no.

Daremos una ligera idea de ellos, distinguiendo sobre los órganos que obra el examen de la respiración:

1.º *Aparato respiratorio*: Este examen será el que de más luz sobre la existencia de la respiración, pues,

las modificaciones operadas por el aire en él, son las más pronunciadas, debido a su contacto directo con éste.

*Tórax:* El cambio experimentado en la forma y en el volumen del tórax, como resultado del enderezamiento de las costillas y la elevación del esternón, señalados por algunos tratadistas como signo cierto de que la respiración se ha efectuado, ha sido considerado por Casper y Tardieu, como poco preciso por falta de punto de comparación.

*Pulmones:* En la criatura que no ha respirado estos órganos de tamaño reducido están situados en la parte más profunda del tórax (canal costo-vertebral) casi enteramente cubiertos por el corazón y el thymus.

Son generalmente de un color uniforme, rojo concho de vino, de superficie lisa y consistencia carnosa.

Establecida la respiración, los pulmones toman un color rosado vivo, matizado por manchas jaspeadas; su superficie se ve lobulada y su tejido, vuelto esponjoso, produce a la presión del dedo un sonido especial que se ha denominado *crepitación*, características del pulmón que ha respirado y que se debe a las rupturas de las celdillas llenas de aire.

El examen mediante el lente de superficie, de los pulmones que han respirado a que M. Buchut ha dado el nombre de *docimasia pulmonar óptica*, permite observar unos puntitos brillantes, formados por alvéolos pulmonares llenos de aire.

La situación de los pulmones experimenta también un cambio: avanzan hacia el esternón y cubren casi totalmete el corazón.

Pero las modificaciones que han sido consideradas como las más demostrativas, son el aumento de volu-

men y la disminución de la densidad de los pulmones, debida a la dilatación de sus vesículas por el aire; modificaciones aprovechadas por la prueba denominada *docimasia pulmonar hidrostática*, inventada por Schreger en 1682.

Consiste este procedimiento en sumergir las vísceras torácicas conjuntamente primero, y después los pulmones y fracciones de éstos separada y sucesivamente en un recipiente con agua: si sobrenadan y, comprimidos bajo el agua, dejan escapar burbujas, hay fuertes probabilidades de que la respiración se halla efectuado; si permanecen en el fondo, predominan la presunción contraria.

Sin embargo, diversos factores pueden hacer dudosos los resultados de la docimasia hidrostática.

Entre ellos merece especial mención la putrefacción que da lugar al desarrollo de gases que vuelven ligero y hacen *sobrenadar* los pulmones; pero los tratadistas de Medicina Legal reconocen la facilidad que hoy existe, gracias a los adelantos de la química, para determinar si esos gases son aire o producto de la putrefacción; salvo, se comprende, el caso en que hayan transecurrido muchos meses entre la muerte del niño y el examen médico-legal.

Igual observación puede hacerse respecto al temor de que el aire se encuentre en los pulmones y los hace sobrenadar, sea el resultado de una insuflación, pues, esta no produce la respiración natural, el aflujo sanguíneo, ni las consiguientes jaspeaduras del pulmón.

Los *pulmones congelados* que aunque vacíos de gases o aire sobrenadan, pueden inducir al perito a creer que la criatura ha respirado; pero es fácil hacer desaparecer esta causa de error colocándolos algunos



instantes en agua caliente, pronto se van al fondo del recipiente.

La *permanencia del alcohol* puede producir en el pulmón fetal una disminución de densidad que lo haga sobrenadar, análoga a la operada por la respiración; pero, macerándolo en agua durante algunos días recobra su primitiva densidad.

Entre las circunstancias que pueden impedir que el pulmón que ha respirado sobrenade, figuran como las principales:

a) Una putrefacción avanzada, que altera la estructura del pulmón, haciendo desaparecer el aire. Ocurre esto cuando el examen médico ha tenido lugar mucho después de la muerte de la criatura;

b) Estadía prolongada en algunos líquidos que aumenta la densidad del pulmón;

c) La cocción en agua hirviendo que hace expeler el aire contenido en las celdillas del parenquima.

2.—*Aparato circulatorio*: La respiración trae como consecuencia una modificación en la circulación del recién nacido. El pulmón pasa a desempeñar el rol de regenerador del oxígeno consumido por la combustión orgánica, haciendo innecesaria la circulación placentaria y produciendo como efecto inmediato la oclusión del agujero de Botal y la obliteración de la vena y las arterias umbilicales.

3.—*Aparato digestivo*: Lacassagne no da gran valor positivo a la docimasia gastro intestinal, nombre con que se ha designado la investigación y la presencia del aire en el estómago y el intestino, pues, la existencia de aire en estos órganos podría ser el resultado de insuflaciones que se hubieren operado a través del

esófago o de degluciones verificadas sin intervención de la respiración.

La existencia de materias alimenticias sería un fuerte indicio de que la respiración se habría efectuado y funcionado durante algún tiempo.

4.—*Aparato auditivo*: Wreben y Wend han dado cierta importancia a la observación que ellos han hecho de que la cavidad del tímpano de la criatura que ha respirado unas 24 horas, se encuentra despejada del tejido mucoso fetal que le llena por completo en el momento de nacer. Pero los numerosos casos de excepción anotados por los tratadistas y las circunstancias de que una putrefacción apenas empezada reduce a líquido y hace desaparecer ese tejido, quitan a este signo todo valor fijo.

Con todas estas demostraciones de la respiración como signo característico de la vida extrauterina y de la función orgánica nueva, debida únicamente a las energías del nuevo ser, la vida fisiológica ha empezado, esté o no seccionado el cordón umbilical.

Hoy, que el Derecho tiende a inspirarse en los principios biológicos, no puede aceptarse la substitución de un fenómeno natural como la respiración, que es la fecha inicial de la vida independiente, por un hecho artificial como lo es la sección del cordón umbilical y cuya realización queda en poder de la voluntad del hombre.

---

A pesar de ser la respiración la prueba científica por excelencia, no todos están de acuerdo en considerarla como tal, así los médicos y juriconsultos ingleses sostienen otra doctrina.



Taylor, el eminente tratadista inglés de Medicina Legal, dice: "La mejor prueba para la determinación de la vida fisiológica es la *auscultación*. Un solo latido del corazón es un signo no dudoso de vida, en el sentido fisiológico y en el legal, sin que sea necesario la respiración".

Numerosos casos se han observado de la continuación de esta especie de vida pasiva durante veinte y más horas. Así, en el juicio Brock contra Kelly, (1861), el vicescanciller Stuart decidió que la prueba de la respiración no era necesaria, y tuvo como suficientemente demostrarlo, desde el punto de vista legal el nacimiento con vida por las pulsaciones del cordón umbilical observadas por el partero. Y agrega: "Las contracciones espasmódicas de un músculo cualquiera del cuerpo han sido miradas como una prueba satisfactoria del nacimiento con vida".

Los *latidos del corazón* no pueden ser estimados como prueba de la vida independiente, tanto porque la circulación no es una función orgánica nueva que se inicia con el nacimiento, como porque la Medicina Legal ha necesitado que el signo que se tenga como característico de la vida, deje en el organismo del recién nacido huellas que permitan verificar mediante la autopsia que éste tuvo existencia independiente.

Como dijimos anteriormente, existen legislaciones que exigen además de la *vitalidad*, un requisito más para constituir la personalidad natural y es:

*La viabilidad*: Nuestro Código Civil no la exige, pero sí, muchas de las legislaciones más importantes.

La viabilidad es algo más que la vitalidad, ella consiste en que la criatura salga a luz viva en tales

condiciones, que se le asegure su existencia fuera del seno materno.

Divergie la define diciendo: “La aptitud para la vida extrauterina, caracterizada por la madurez del feto, la buena conformación y el estado sano de sus órganos en la época del nacimiento”.

Hoy se discute la conveniencia de exigir la viabilidad como requisito de la persona; la mayoría de los tratadistas se inclinan a suprimirla, creyendo que hoy, con los adelantos de la medicina, puede el perito médico demostrar mediante una autopsia si la vida animó o no a un ser; y que únicamente se le da un valor histórico por la imposibilidad de que en otras épocas se tenía de precisar la existencia por otros medios que no fueran el testimonio de testigos muchas veces ignorantes.

Quedan todavía partidarios de la viabilidad, como el Doctor Veyga; sostienen estos autores que la sola comprobación de los signos de la vitalidad no puede bastar para conceder la personalidad a un ser incompleto, o a un ser cuyos momentos de vida están contados por la enfermedad fatal con que ha nacido.

Conceder derechos, agregan, a una entidad que desaparecerá mañana, es introducir un resorte inútil en las sucesiones.

El temor del fraude que inspiró a las legislaciones el requisito de la viabilidad como garantía de la vida, desaparece hoy enteramente ante las pruebas científicas que ofrecen hoy los principios biológicos, como ser la respiración cuyas huellas en el organismo difieren sólo en la intensidad, según se haya efectuado un instante o varias horas.

Los elementos constitutivos de la viabilidad son: 1.° Madurez suficiente; 2.° Buena conformación orgánica; y 3.° Buena salud general.

1.° *Madurez suficiente*: La embriología sigue la evolución del feto, estudiándolo paso a paso su organismo cada día, cada semana y cada mes. Existen tablas completas, sobre todo en lo referente a los siete primeros meses de la gestación.

De las observaciones tomadas y siempre teniendo presente factores que pueden hacer variar el plazo según sea el estado de robustez y salud de los padres en el momento de la concepción, y muy especialmente la buena salud, nutrición y cuidados de la madre durante toda la gestación, se desprende que la criatura empieza a tener el grado de madurez suficiente, en el séptimo mes de su desarrollo, o sea, de los 180 a 200 días para adelante.

Lacassagne dice: "Es difícil precisar la época en la cual un feto nacido antes de término puede vivir". Pero el progreso en general y los medios empleados en obstetricia, como ser: instrumentos, alimentación, incubadoras, etc., permiten hoy estimar en 180 días la edad a la cual el feto puede salir a luz y sobrevivir.

Se dice que antes de los 180 días, la producción de calor en el feto es todavía tan incompleta y la capacidad de asimilación del intestino tan poco desarrollada, que sobreviene un enfriamiento que lo hacen sucumbir por debilidad vital.

2.° *Buena conformación orgánica*: es decir, que sea compatible con la vida o sea que el organismo no esté deformado de modo que le falten órganos o miembros esenciales para la vida, que sean inaptos o estén

impedidos para desempeñar sus funciones o que el exceso no dificulte el funcionamiento vital.

Veyga, ocupándose de esta materia, dice: “En cuanto a las monstruosidades incompatibles con la vida, ya se sabe que, merced a cuidados prodigados por la ciencia y en ciertos casos a la intervención quirúrgica, puede prolongarse la existencia del niño por un tiempo suficiente como para que se dé como adquirida su representación personal y aún como asegurada su vida”.

Como se ve, esto es muy vago y depende de la opinión de los tratadistas para fijar un plazo que variará según el criterio de cada uno.

3.º *Buena salud general*: Se entiende por tal, que el niño no nazca afectado por una enfermedad mortal contraída ya en el vientre materno o en el trabajo del parto.

Este tercer requisito de la viabilidad ha sido muy discutido: unos autores creen que si la criatura nace con enfermedades incurables, debe excluirse la vitalidad; pero otros como Briand et Chaudé y Puga Borne, consideran que no pudiendo tener jamás la certidumbre de que la enfermedad de que se trate sea incompatible con la vida, al menos durante un tiempo determinado, se debe rechazar esta condición como requisito de viabilidad.

Por eso, con justa razón el Código Civil Alemán, que representa la tendencia científica moderna, ha desterrado la viabilidad como existencia legal de la persona, diciendo en su artículo primero: “La capacidad jurídica del hombre comienza con su nacimiento”.

---

Después de haber hecho un estudio general sobre las condiciones biológicas necesarias para constituir la personalidad natural y sus consecuencias jurídicas, nos corresponde ahora tratar el *principio de la personalidad natural*: Nuestro Código Civil no define lo que se entiende por existencia natural. Se deduce "a contrario sensu" de los artículos 74 y del 75, que dice: "La ley protege la vida del que está por nacer".

Esta existencia biológica contemplada por la ley tiene efectos civiles y penales; así, en materia civil lo hace darle opción condicional a los derechos del que está por nacer; para el nombramiento de curador de esos mismos, la guarda de la mujer embarazada divorciada, en el fideicomiso, etc.; y en materia penal, especialmente cuando se considera el delito de aborto.

La existencia natural comienza desde la concepción y termina con el nacimiento, que a su vez inicia la existencia legal de la persona.

La concepción, o sea el momento mismo en que se fusiona el óvulo con el espermatozoide, es un fenómeno imposible de determinar; por lo tanto, no pueden darse reglas precisas para la concepción, aunque se sepa fijamente el instante preciso del parto.

Hoy por hoy, la ciencia no se encuentra en condición de decir a punto fijo en qué momento se ha efectuado la concepción. A la inversa de lo que se cree vulgarmente, el momento de la concepción puede no coincidir con el de la unión sexual, lo que se ha probado científicamente. De aquí proviene que las legislaciones establezcan únicamente presunciones, ya legales, ya de Derecho, entre el plazo mínimo y máximo, con el fin de colegir a la época del parto la de la concepción, y determinar de este modo la calidad del hijo legítimo o ilegítimo.

Las legislaciones fijan plazos diferentes, sin bajar, la que menos, de 180 días, o subir de 305 días el plazo máximo. Así:

	Plazo mínimo	Plazo máximo
Italia. . . . .	180 días	300 días
España. . . . .	180 ..	300 ..
Francia. . . . .	180 ..	300 ..
Alemania. . . . .	181 ..	302 ..
Austria. . . . .	210 ..	300 ..
Argentina. . . . .	180 ..	300 ..
Perú. . . . .	183 ..	305 ..
Chile. . . . .	180 ..	300 ..

El artículo 1592, inciso 1.º del Código Alemán, dispone: “Se reputará época de la concepción el período desde el día 181 al 302 del nacimiento”; pero admite probar que la evolución del feto se ha adelantado o retardado, y así el inciso 2.º del mismo artículo dice: “Si consta que el niño ha sido concebido en una época anterior al día 302 que ha precedido al nacimiento, se considera en favor del niño como época de la concepción”.

La doctrina moderna, seguida hoy en Inglaterra, no admite que la ley contenga disposición alguna que fije plazo para señalar la época de la concepción; el médico, mediante las tablas de viabilidad y desarrollo del ser humano puede decir casi con certeza, qué edad intrauterina ha tenido la criatura que se le presenta.

El artículo 76 de nuestro Código Civil, dice: “De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente”.

“Se presume de Derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta



días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.

Se dice que el precepto de nuestro Código nos viene del célebre médico griego Hipócrates, que fué el primero que estableció, 400 años antes J. C., que “sólo a partir de la *quinta cuaresma*, después de la concepción, podía ser viable el organismo humano”.

Según sostienen la mayoría de los autores, la opinión de Hipócrates fué tergiversada, se confundió cuaresma con meses, de modo que la quinta cuaresma (cuarenta días) significaba un plazo de 200 días y no de 180 días.

Aún sostienen más: Hipócrates no quería decir que la criatura debía nacer precisamente en esa época, sino que tenía sus órganos completos, de tal suerte que si salía a luz sería capaz de vivir la vida extrauterina, pero sin querer con esto significar que el común de los nacimientos se efectuara en ese plazo, como lo entendieron los legisladores antiguos.

Esta interpretación errónea hizo que las XII tablas contuvieran este principio, el error pasó a las Leyes de Partidas y de aquí a todas las demás legislaciones.

Cuando don Andrés Bello redactó este artículo, se encontró con que la mayoría de las legislaciones de la época señalaban como plazo mínimo 180 días, y el ejemplo del mayor número de legislaciones lo obligó, seguramente, a aceptar al señor Bello.

El desarrollo normal se verifica generalmente durante los nueve meses; pero el promedio varía entre los 265 y 280 días.

Sin embargo, hay nacimientos precoces en que la concepción se ha verificado hasta de 210 a 220 días.

La biología nos demuestra que es posible, en realidad, la vida independiente de la criatura antes de los 200 días. Pero si nacen antes de ese plazo, la vida es muy incierta, pues, se ha comprobado que sólo viven un 25 por ciento.

Los tratadistas están acordes en manifestar que los plazos rígidos que la ley ha fijado, sin prueba en contrario, constituyen un error científico.

Refiriéndonos a nuestro Código, el artículo 76 es una regla general que sólo debe aplicarse dentro de los dos casos que enumera:

1.º Se presume de Derecho que la concepción ha precedido al nacimiento *no menos de ciento ochenta días cabales*, contados hacia atrás, desde la media noche en que principia el día del nacimiento.

2.º Se presume de Derecho que la concepción ha precedido al nacimiento *no más de trescientos días cabales*, contados hacia atrás, desde la media noche en que principia el nacimiento.

La disposición citada es, como presunción de Derecho, anti-científica y origen de inconvenientes graves.

El artículo 180 del Código Civil, dice: "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido. El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo que, según el artículo 76, pudiera efectuarse la concepción estuvo en la imposibilidad física de tener acceso a su mujer".

De este modo, indirectamente, se favorece la usurpación de estado, que es el mayor inconveniente del

plazo máximo, pues, como con las pruebas es muy difícil, si no imposible de establecer el momento de la concepción, con esta restricción puede ocurrir que se tenga por hijo legítimo de un marido a una criatura nacida el 181 día subsiguiente al matrimonio, a pesar de demostrarse que por su desarrollo es un niño de nueve meses.

También la fijación de un plazo máximo de Derecho, da lugar a graves conflictos de familia, como puede verse en el ejemplo siguiente: Si se disuelve hoy un matrimonio y a los 301 días subsiguientes nace una criatura, nuestra ley la considera de derecho hijo ilegítimo y deja a la madre en una situación desdolorosa ante la sociedad. Este hijo, que según la ciencia puede ser legítimo, pierde todos sus derechos que, como a tal, le correspondería y ni siquiera le resta el poder probar su legitimidad.

Además, el plazo máximo tiene el inconveniente de favorecer en ciertos casos, la delincuencia de la madre, porque en el caso de que una mujer mantenga relaciones ilícitas dentro de los 30 días subsiguientes a la disolución del matrimonio, no se podría probar científicamente que el embarazo ha durado sólo 270 días y que, en consecuencia, el recién nacido no es hijo del marido, si naciere antes de los 300.

De lo expuesto, se desprende, que la ley debió haber restringido los plazos de presunción a 265 y 285 días que son los que, según científicamente se obtienen de observaciones hechas en Maternidades europeas, ya que ellos son los términos ordinarios en que fluctúa el nacimiento; pero *admitiendo la prueba en contrario*, es decir, que le quite el carácter de presunción *de derecho* al artículo 76.

---

Terminaremos este trabajo viendo la situación jurídica del ser que se encuentra en el vientre materno y las probabilidades que tendrá éste para ejercitar derechos que se encuentran suspensos hasta que el nacimiento con vida se efectúe.

La ley protege la vida intrauterina y castiga cualquier atentado contra la vida del que está por nacer.

El artículo 75 del Código Civil, inciso 2.º, dice: “Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

El artículo 77 del mismo Código tiene gran importancia, dice: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron”. “En el caso del artículo 74, inciso 2.º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

Relacionado con este artículo, el artículo 343 refiriéndose a las curadurías de bienes, dice: “Se llaman curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que está por nacer”.

Y el artículo 485, dice: “Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, estarán a cargo del curador que haya sido designado a este efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el juez, a petición de la madre, o a petición de cualquiera de las perso-

nas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo”.

“Podrán nombrarse dos o más curadores, si así conviniere”.

También, en cuanto al fideicomiso, el artículo 737 dice, refiriéndose al fideicomisario: “El fideicomisario puede ser persona que al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria no existe; pero se espera que exista”.

El artículo 962 al tratar la sucesión por causa de muerte, dice en el inciso 1.º: “Para ser capaz de suceder es necesario existir *natural* y civilmente al tiempo de abrirse la sucesión. . .”

Y el inciso 3.º del mismo artículo, dice: “Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existan, *pero se espera que existan*, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

Otro tanto podemos decir del Derecho Penal. El artículo 85 del Código Penal, dispone que a la mujer que se halle en cinta no podrá notificársele ni hacérsele ejecutar la pena de muerte, hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento.

El título VII del Libro II del Código Penal, trata sobre el delito de aborto, castigado al que maliciosamente causare un aborto.

De todo lo expuesto se ve que la ley se preocupó de reglamentar las situaciones en que se halla la criatura que se encuentra en el seno materno, protegiendo su existencia y dándole opción a los derechos que quedan en suspenso hasta que, con el nacimiento, empiece la existencia legal de la persona y se consoliden retroactivamente esos derechos.

En caso de no verificarse esa condición del nacimiento con vida, se reputa no haber existido jamás la criatura y los derechos en suspenso pasan a quien corresponda según las reglas generales, sin tomar en cuenta al ser que no ha alcanzado a adquirir su personalidad legal.

Valparaíso, Marzo de 1924.



## BIBLIOGRAFIA.

---

*Dr. Pedro Mata.*—“Tratado de Medicina Legal y Toxicología”.

*Dr. Eduardo R. von Hofman.*—“Tratado de Medicina Legal”.

*Dr. Lacassagne.*—“Precis de Médecine Légale”.

*Dr. L. Manouvrier.*—“La Antropología y el Derecho”.

*Dr. Legrand du Saulle.*—“Tratado de Medicina Legal, Jurisprudencia Médica y Toxicología”.

*Dr. Alberto Stucchi.*—“Manual de Medicina Legal, dispuesto con arreglo a la legislación argentina”.

*Dr. Federico Puga Borne.*—“Compendio de Medicina Legal, adaptado a la legislación chilena”.

*D. Tomás Ramírez Frías.*—“Elementos de Medicina Legal, aplicada a la legislación chilena”.

*D. Pedro Muñoz San Martín.*—“Estudios sobre Antropología Jurídica”.

*Castro Ortúzar.*—“De la personalidad natural”.

*H. Mandsley.*—“El crimen y la locura”.

*Dr. Edmond Locard.*—“L'enquete criminelle et les méthodes scientifiques”.

*Dr. Víctor Grossi G.*—“Problemas Médico-Legales”.

---

UNIVERSIDAD DE CHILE



3 5601 15901 2271