

# ESTUDIOS

SOBRE

## LEGISLACION Y MEDICINA LEGAL

POR

MARIANO PEÑAHERRERA F.

**Profesor de dicha asignatura  
y Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Central**



QUITO — ECUADOR  
IMPRESA MUNICIPAL  
1915

## INTRODUCCION

**E**L ESTUDIO de la Medicina Legal tiene por objeto práctico preparar al médico para el buen desempeño del cargo de perito que podrán darle las autoridades o las partes interesadas en el esclarecimiento de un hecho contencioso civil o criminal, y suministrarle los conocimientos necesarios a fin de que pueda ilustrar al legislador, cuando le consulte respecto de la reforma o creación de algunas leyes. De aquí nace la necesidad que tiene el médico de conocer la legislación de su país en cuanto se relaciona con su profesión; pues ignorando en qué casos le llama la ley a intervenir como perito, qué obligaciones y responsabilidades especiales le impone, y cuáles son las leyes que pudieran o debieran ser reformadas para estar en relación con los adelantos de las ciencias médicas, no podrá prepararse de antemano para desempeñar con honor y lucimiento los deberes de médico legista, y estará expuesto a ser sorprendido en cosas desconocidas o poco estudiadas y a dar ocasión para que se juzgue desfavorablemente de sus estudios y competencia.

También a los abogados les es necesario formar cabal concepto de todos los casos jurídicos en que puede ser útil e importante la intervención del médico, a fin de que les facilite y aclare la recta interpretación de los hechos oscuros y difíciles a ve-

ces de comprender para las personas desprovistas de conocimientos científicos especiales.

La Jurisprudencia y la Medicina se proponen fines muy diversos, esencialmente diversos: aquella, el imperio de la justicia y el triunfo del derecho en la vida social; ésta el alivio de las dolencias físicas del hombre y la lucha contra el más formidable de sus enemigos materiales, la muerte. Pero así y todo, la ley universal de la armonía, que en todos los órdenes de cosas nos ofrece el interesante contraste de la unidad en la variedad, nos presenta también a estas dos ciencias tan diversas aunadas en la importantísima labor que corresponde a la primera, pero que a veces no puede ser ejecutada cumplidamente sin el auxilio de la segunda.

Hoy se controvierte sobre la nulidad de un testamento de un anciano sospechoso de demencia senil o decrepitud, o de un moribundo cuyas alteraciones morbosas unidas a la postración de fuerzas, el horror de la muerte, &, tenían tal vez desequilibradas sus facultades mentales; mañana se ofrecen en el foro las difíciles cuanto trascendentales cuestiones sobre estado civil y capacidad jurídica; y en casi todos estos casos y otros análogos, que comprometen frecuentemente cuantiosos patrimonios y hasta la honra de las familias, la Medicina se asocia a la Jurisprudencia, y el abogado y el médico tienen que aunar sus esfuerzos para la consecución de un fin único, el triunfo del derecho, como consecuencia del cabal esclarecimiento de los hechos.

Pero cómo podría ni concebirse esa colaboración del médico y el abogado para la consecución del fin único, si el médico no conociera absolutamente la legislación de su Patria, y el abogado ignorara asimismo las enseñanzas de la Medicina Legal?

Y en materia criminal, la influencia de la Medicina en el éxito de las cuestiones jurídicas es aún más manifiesta y decisiva. Ya se trate de la capacidad moral del agente para delinquir, y aún de su capacidad física, como en los atentados contra el

pudor y otros muchos; ya de las causas inductivas de la resolución criminal, entre las cuales podría figurar hasta la sugestión hipnótica, tan difícil de ser comprendida y apreciada satisfactoriamente; ya sobre todo y en la mayor parte de los casos de la comprobación del cuerpo del delito en las infracciones que dejan huellas materiales; la Medicina señorea, por decirlo así, el terreno de la Jurisprudencia, y es a menudo el árbitro supremo de las más trascendentales cuestiones.

En la ciencia penal moderna, la escuela positivista, ya bastante acreditada en Italia y otras partes, y defendida por célebres y muy conocidas autoridades, se empeña en entregar absolutamente el Derecho Penal a la Medicina. La Criminología, según los más exagerados de esa escuela, es una rama de la Patología; y el criminal, un ser enfermo o degenerado, que ha procedido en sus actos de un modo anormal, sólo en fuerza de las anomalías o alteraciones morbosas de sus órganos.

Qué erudición y qué profundidad de estudios y observaciones se emplean para acreditar esas teorías capaces de dejar pasmado de asombro al que por primera vez las escucha; y qué esfuerzos y qué ahinco para propagarlas en el mundo y llevar a la conciencia humana la funesta y desconsoladora convicción de que el libre albedrío no existe, y de que los actos del hombre no son sino necesarias manifestaciones del estado y disposición de sus órganos, como los variados movimientos de una máquina no revelan sino la variada combinación de un mecanismo.

Pero si llevada a tal punto esta doctrina es evidentemente absurda e insostenible, no hemos de ir a la exageración de negar que haya un gran caudal de conocimientos utilísimos en los estudios y observaciones practicadas para sostenerla. La verdad rara vez se halla en las teorías extremas.

Si bien el libre albedrío, y por ende la responsabilidad moral, es condición de la naturaleza hu-

mana en el estado normal de las facultades del hombre, no faltan casos, menos raros que lo que vulgarmente se cree, en los cuales los supuestos criminales no son sino desgraciadas víctimas de monomanías u otras alteraciones morbosas, que expían en los presidios y tal vez en el patíbulo, antes que los abusos de una libertad anulada por aquellas causas, la falta de suficientes luces en la investigación de esos actos, difíciles de apreciar por criterios poco ilustrados y prácticos. Y son muchos, muchísimos los casos en que ciertas disposiciones orgánicas, congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, crean inclinaciones más o menos violentas, que sin destruir por completo la libertad del agente, la enervan y debilitan en sumo grado, y disminuyen, por el mismo hecho, la culpabilidad.

¿Qué legislación filosófica podrá, pues, desconocer la existencia de una circunstancia atenuante en esa como coacción interna contra la cual se ve obligado a luchar el individuo? Cómo confundir al que, débil de espíritu, sucumbe a la postre en ese fatal combate, con el que delinque por pura perversión de su conciencia, por el menosprecio de la autoridad y las leyes o por el frío cálculo de sordidos intereses?

Por este camino la Medicina tiende a adueñarse del Derecho Penal, trasladándole de la región de la filosofía a la de los conocimientos puramente experimentales; pero si esto es una exageración de consecuencias desastrosas para la humanidad, es también innegable que el Derecho Penal es el hermoso y bastísimo campo en que la Medicina y la Jurisprudencia están obligadas a trabajar de consuno, sin que ninguna pueda prescindir de la cooperación de la otra ni disputarle el derecho de condominio en ese terreno.

Sólo de paso hemos tocado este punto en el preámbulo de estos breves estudios de nuestra legislación, para hacer notar la relación y armonía

que existe entre la Medicina y la Jurisprudencia, por tantos y tan interesantes aspectos. Para el ejercicio de la abogacía son, pues, tan esenciales las nociones sobre la acción que a la Medicina le corresponde en el esclarecimiento de las cuestiones jurídicas, como para el médico el conocimiento de la legislación en todo lo relacionado con la intervención que él puede tener en aquellas cuestiones; y es la Medicina Legal el lazo que une y relaciona estas dos importantísimas ciencias, y la que nos proporciona hasta la grata oportunidad de cultivar las simpatías y deferencias que engendra la asociación o colavoración para tan nobles fines. Por ella, abogados y médicos recordamos con satisfacción los inolvidables momentos en que, agrupados en los escaños universitarios, departíamos, con el entusiasmo que alientan las juveniles esperanzas, sobre esas cuestiones que a las dos profesiones pertenecen; y por ella, en la vida profesional, no nos miramos, no podemos mirarnos como entidades extrañas o heterogéneas, sino como obreros del saber ligados por los estrechos vínculos de confraternidad que nos impone el consorcio de las dos ciencias a las cuales hemos consagrado nuestros anhelos y aspiraciones.

Mas, antes de principiar el estudio de las disposiciones legales relacionadas con las cuestiones en que es llamado a intervenir el médico legista, el orden lógico nos impone estudiar primero la obligación legal que tiene el médico de prestar sus servicios profesionales y la forma y condiciones en que ha de intervenir. Dedicaremos, pues, a ello el primer capítulo de estos estudios.



## CAPITULO I

### OBLIGACIÓN LEGAL QUE TIENE EL MÉDICO DE PRESTAR SUS SERVICIOS PROFESIONALES

#### § 1—*Servicios a los particulares*

La obligación legal que tiene el médico de prestar sus servicios se refiere, naturalmente, a la intervención del médico en auxilio de la autoridad pública; pero como, según nuestras leyes, alguna vez puede estar obligado a servir a los particulares, creemos oportuno y conveniente hacer breves observaciones acerca del sentido de las disposiciones concernientes a este punto.

El Código de Policía, en el capítulo de las contravenciones de tercera clase, tiene una disposición que dice:

«Art. 41.—Serán castigados con multa de «quince a veinte sucres y con prisión de dos a cuatro días, o con una de estas penas solamente: 1º «.....13. Los Médicos, Cirujanos, Sangradores, «Comadrones y Parteras que habiendo sido designados por la Policía para el turno y que no estando legítimamente impedidos, se negaren a prestar «sus servicios a la persona que los solicite en cualquiera hora del día o de la noche».

Este artículo supone la existencia de un *turno* reglamentado y establecido ya, y conforme al cual deberían los médicos, cirujanos, &, prestar sus servicios profesionales a los particulares, en cualquiera hora del día o de la noche, bajo la sanción penal

por él señalada; pero como ni se ha reglamentado ni, mucho menos, establecido ese supuesto turno, el indicado artículo no tiene ni puede tener aplicación práctica. Haré notar, de paso, que no existen entre nosotros los títulos de Sangradores y Comadrones, ni aun el de Cirujanos, pues éstos deben ser siempre médicos; y que a las *Parteras* no se les da este título, sino el de *Matronas*. Al reformar nuestros legisladores el art. 598 del antiguo Código Penal, que imponía a los Médicos y Matronas la misma obligación, pero sin hacer relación a ningún *turno* y sancionándola sólo con multa de treinta y dos a cuarenta y ocho décimos de sucre, introdujeron estas modificaciones y copiaron literalmente los antiguos títulos profesionales, sin parar mientes en que, a excepción de uno, los otros ya nada significan ni a nadie pueden corresponder.

La reforma ha librado a los médicos de la antigua esclavitud legal en que estaban, de prestar sus servicios a cualquiera que quisiese ocuparlos, sea o no urgente o grave la necesidad, y en cualquiera hora del día o de la noche; lo cual era evidentemente una exageración y una injusticia contra la que reclamamos en las lecciones públicas de Medicina Forense dadas en el año 1903.

#### § II—*Servicios a la Autoridad Pública*

En cuanto al deber de los médicos de cooperar a la acción social, que es indudablemente más importante y trascendental, tenemos las siguientes disposiciones:

El mismo art. 41 del Código de Policía, ya citado, en el N<sup>o</sup> 29 dice así:

«Los que siendo llamados para utilizar sus conocimientos en la administración de justicia, se negaren o no concurrieren, sin justa causa».

Además, el Código de Enjuiciamientos Civiles tiene la siguiente regla general:

«Art. 72.—Los profesores en ciencias, artes y «oficios no podrán excusarse de hacer de peritos, «sino por justa causa calificada por el juez».

Y en el Código Penal consta la sanción de este artículo, en los siguientes términos:

«Art. 272.—Los que, sin causa legítima, re- «husaren prestar el servicio que se les exija en la «profesión, arte u oficio que ejerzan, o de cualquie- «ra otra manera que sea necesaria para la adminis- «tración de justicia, o servicio público, serán cas- «tigados con prisión de ocho días a dos meses, o «con multa de cuarenta sucres, sin perjuicio de «que se les compela a prestar el servicio que se «les hubiere exigido»

Ni este artículo ni los anteriormente citados señalan las causas de legítima excusa, dejándolas, por lo mismo, a la estimación del juez.

Para los casos en que debe practicarse la autopsia, el Código de Enjuiciamientos Criminales tiene la siguiente disposición especial respecto de médicos y empíricos:

«Art. 82.—Cuando una persona muere de re- «pente, el juez ordenará que se reconozca el cadá- «ver inmediatamente, y que los facultativos, o em- «píricos, en su caso, practiquen la correspondiente «autopsia. Además, se inquerirá la causa de la «muerte, por medio de testigos.

«En ningún caso y por ningún motivo podrán «los facultativos o empíricos excusarse de practicar «la autopsia, so pena de ser castigados con arreglo «al artículo 272 del Código Penal».

Del tenor de los artículos citados se sigue que, cuanto a los servicios a los particulares, nuestro Código de Policía ha cambiado por completo el sentido de la disposición del antiguo Código Penal; pues mientras éste dejaba al médico obligado a servir a todo el que quisiera ocuparle, en cualquiera hora del día o de la noche, y sea o no urgente y grave la necesidad, castigándole con multa para el caso de que se negara sin una causa cuya legitimidad

quedaba sujeta a la estimación del juez, que podía ser muchas veces injusta y caprichosa; el Código de Policía ha suprimido prácticamente esta obligación, ya que la establece sólo para los médicos designados para un *turno* que no se ha pensado aún en reglamentar.

Mucho más evidentes son el derecho que tiene la autoridad para exigir del médico servicios públicos, y la obligación de éste de no negarse a prestarlos. Sin embargo, haré notar que nuestra legislación peca por dos extremos opuestos. Por una parte, no obliga nunca al perito a excusarse de prestar sus servicios, pues no hay ninguna ley que lo prescriba, siendo así que no podrían intervenir motivos de evidente parcialidad, ignorados por el juez y las partes. Cuando un juez tiene motivos para excusarse y no lo hace, se le juzga y castiga como prevaricador: creo que casi los mismos motivos habría para proceder de igual manera con los peritos. Por otra parte, la ley le exige al médico cosas que pueden ser físicamente imposibles: el artículo 82 del Código de Enjuiciamientos Criminales que no admite *en ningún caso y por ningún motivo* la excusa de un médico para practicar la autopsia que se le ha prescrito, es una disposición evidentemente absurda y sobremanera injusta.

Varios médicos légitimos opinan que el ejercicio de la Medicina debe ser completamente libre, y reprobaban que la ley imponga servicios obligatorios, no sólo en favor de los particulares, sino también para la administración de justicia. Legrand du Saulle, Georges Berryer y, Grabiél Pouchet, en su "Traité de Medicine Légale, de Jurisprudence Médicale et de Toxicologie" que fue coronado por el instituto de Francia, refutan la opinión de los que juzgan que los médicos franceses pueden ser obligados a prestar sus servicios para la administración de justicia, en virtud del artículo 80 del Código de Enjuiciamientos Criminales, que castiga con cien francos de multa al que se niega a compa-



recer para declarar como testigo, o del artículo 445, número 12, del Código Penal, que impone de 6 a 10 francos de multa a todo el que se niegue, sin causa justa, a prestar sus servicios o hacer los trabajos para que fueren requeridos en caso de accidentes, tumultos, naufragios, inundaciones, incendios, clamor público o *ejecución judicial*, & y entre muchas y terminantes razones aducidas para ello, constan las siguientes frases que manifiestan su decidida opinión en favor de la absoluta libertad del ejercicio profesional del médico: «Et puis, quelle confiance «peut inspirer une autopsie, une opération quelconque que le médecin n' a faite que contraint et forcé» . . . . . «C' est doc en parfaite connaissance de cause «que le législateur n' a pas voulu que la mission «confiée á un médecin fut obligatoire pour lui». (Págs. 1287 y 1293).

El profesor Luteaud se expresa en los siguientes términos: «L' homme de l' art peut du reste «refuser son mandat (el del juez) en prétextand «son incompetence ou en se appuyant sur le fait «que le nombre des médecins n' est pas limité et «que la justice peut trouver ailleurs les renseignements dont elle a besoin». (Manuele de Médecine Légale, pg. 673).

Dechambre dice, tratando de este mismo asunto: «La pratique du médecin n' est posible et ne «se comprend qu' a la condition de rester libre». Y de esta misma manera de pensar son Briand y Chaudé, y casi todos los médicos franceses.

En la traducción española de la ya citada obra de Legrand du Saulle, Berryer y Pouchet, se lee en la página 49: «El ejercicio de la Medicina debe «ser completamente libre; un médico no debe estar «legalmente obligado a prestar sus servicios a todas «las personas que los demanden. La humanidad, «los deberes morales de su profesión, obligan, sin duda, al médico a no rehusar el auxilio «de sus conocimientos a ninguno de aquellos que «pueden necesitar de él; pero la violación de este

«deber moral no debe traer consigo la aplicación de «pena alguna».

Nosotros nos apartamos un tanto de esta manera de pensar que nos parece exagerada; ni podríamos indicar, en ningún caso, que apele el médico a pretextos poco decorosos, como los indicados por Luteaud, para negar sus servicios a la autoridad. Si el médico no se cree competente para dilucidar un punto difícil o que necesite conocimientos teóricos o prácticos que no posee suficientemente, dígalo así franca y lealmente, y funde en ello su excusa; pero *pretextar* la incompetencia en cualquier asunto para excusarse de servir como perito, no es, de ninguna manera, conforme con las prescripciones de la dignidad y honradez profesionales.

En los casos urgentes, en beneficio de los pobres, y cuando el médico no tenga justo motivo de excusa, debe estar obligado a prestar sus servicios: en estas condiciones no hay médico capaz de desconocer el estricto e imperioso deber moral que le obliga a socorrer al que le necesita, y generalmente todos cumplen gustosos y espontáneamente este deber. Pero si hubiera alguno que, borrando en su corazón todo sentimiento de humanidad, llegara a negar sus auxilios en esas apremiantes circunstancias, y sin razón justa de su parte, bien merecido tendría el castigo impuesto por la autoridad. El profesor Pedro Mata, tan celoso de los derechos y la dignidad profesionales del médico, expresa estos mismos conceptos al ocuparse del *buen uso de la libertad profesional*, en su importantísimo «Tratado de Medicina y Cirugía Legal». (Tomo 1º, págs. 224 y 225).

Mucho más evidente es el deber de cooperar a la acción social, en pro de la cual estamos obligados todos a prestar nuestros servicios, y más especialmente los que debemos a la misma sociedad el haber adquirido una profesión.

Y lo justo y fundado de mi parecer lo encuentro comprobado con las disposiciones que constan

en las legislaciones de muchas naciones civilizadas del viejo y del nuevo Continente; pues no podían haber consagrado, casi uniformemente, en sus Códigos, leyes injustas o arbitrarias. El artículo 449 del Código Penal de la República Argentina dice: «El médico o cirujano que, sin causa justa, rehuse «en circunstancias urgentes prestar los servicios de «su profesión, o concorra fuera de tiempo, o abandone al paciente sin motivo grave, sufrirá una «multa de cincuenta a quinientos pesos fuertes a favor de la familia damnificada». (Citado en la traducción española de la obra de Legrand du Saulle).

Este artículo tiene tres diferencias notables respecto del 41 de nuestro Código de Policía: 1ª— Castiga no sólo la denegación de los servicios a los particulares, sino también el haber sido moroso en prestarlos, y el abandono inmotivado del paciente, que no están castigados en el nuestro: 2ª—La pena es mucho más grave y en beneficio de la familia damnificada, y no del fisco; y 3ª—No hace relación sólo a los médicos designados para el turno por la autoridad, como lo hace el nuestro, sino que obliga generalmente a todos.

El Código Penal peruano dice, en el artículo 165, exactamente lo mismo que el transcrito del argentino, con la diferencia de que la multa es de veinte a docientos soles.

El Art. 494 del Código Penal de Chile dice: «Sufrirán la pena de prisión en sus grados medio a «máximo o multa de diez a cien pesos: 1º . . . . . 10º «El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o «matrona que incurriere en descuido culpable en el «desempeño de su profesión sin causar daño a ninguna persona:

«11º—Los mismos individuos expresados en el «número anterior, que no prestaren los servicios de «su profesión durante el turno que les señale la autoridad administrativa».

En otras legislaciones no se impone al médico ninguna pena por negarse a servir a los parti-

culares; pero casi todos tienen disposiciones iguales a las nuestras en lo relativo a los servicios públicos. Pueden verse, a más de los ya citados Códigos, el artículo 346 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España; el 498 del Código Penal de Nicaragua, el 904 del mismo Código de México, el 519 del de Costa Rica, y el 285 del de Venezuela.

En los Códigos franceses no hay ninguna disposición especial que obligue a los médicos a prestar sus servicios profesionales ni a los particulares ni a la autoridad; pero podrían ser castigados con multa de seis a diez francos cuando negaren sus servicios en ciertos casos urgentes, prescritos, no sólo para los médicos, sino de una manera general, en el artículo 475 del Código Penal, que, traducido literalmente, dice: «1º— . . . .12.—Los que, «pudiendo, hubiesen rehusado o descuidado hacer «los trabajos, el servicio o prestar los socorros para que hubieren sido requeridos, en circunstancias de accidentes, tumulto, naufragio, incendio, inundación y otras calamidades, como también en «los casos de salteamiento, robo, flagrante delito, «clamor público, o ejecución judicial».

Fundándose en este mismo artículo, pero dando una interpretación forzada a las palabras *ejecución judicial*, han querido las autoridades obligar a los médicos a prestar sus servicios en asuntos judiciales; pero el deber de cooperar a la administración de justicia no puede estar ligado a una condición accidental, ni referirse al concurso material que cualquiera puede prestar para favorecer a las víctimas de un incendio, naufragio, inundación, &. Así lo han comprendido y expresado Legrand du Saulle, Thoinot, Briand y Chaudé, &; y así lo resolvió también la Corte de Casación de Bélgica, en un célebre auto o acuerdo expedido con motivo de la apelación del Dr. Cambrelin, de Namur, a quien absolvió de la multa de seis francos impuesta por el juez de instrucción, por haberse negado a prestarle sus servicios en un asunto criminal.

Mas no por esto es el médico en Francia absolutamente libre para obedecer o no a la autoridad que necesita de su concurso; pues la nueva ley expedida para el ejercicio de la Medicina, en 23 de noviembre de 1892, tiene esta disposición terminante: «Tout Docteur en Médecine est tenu de «déferer aux réquisitions de la justice, sous les «peines portées a l' article précédent». (Multa de veinticinco a cien francos pronunciada por el tribunal correccional).

§ III—*Disposiciones legales relativas al desempeño del cargo de perito*

El principal servicio público que presta entre nosotros el médico y para el cual es más frecuentemente llamado por las autoridades, es el de perito en asuntos civiles y criminales. Veamos, pues, las disposiciones legales que debemos conocer al respecto, y la manera cómo ha de llenar el médico sus deberes de perito.

El art. 68 del Código de Enjuiciamientos Civiles dispone que se nombre peritos siempre que sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia o arte para la apreciación de las cuestiones de hecho. De esta disposición general se origina la intervención de los médicos, en calidad de peritos, cada vez que son necesarios sus conocimientos científicos para la apreciación de un hecho sometido a juicio. Y de la necesidad legal de nombrar peritos no puede eximirse el juez aún en el caso de poseer él mismo los conocimientos del arte o la ciencia extraños al Derecho, requeridos por el asunto cuestionado. Si se trata de reconocer una herida o de examinar a un individuo que se excusa de una responsabilidad alegando su falta de razón, o de otra cuestión análoga, aun en el caso de ser médico el juez, nombrará peritos que practiquen el correspondiente reconocimiento, y sólo hará uso de su ciencia para apreciar el informe presentado

por ellos. «*Non sufficit ut judex sciat, set necesse est ut ordine juris sciat*», dicen los juristas.

Pero no se limita a los asuntos criminales la intervención pericial del médico. En materia civil, la ley faculta a cada parte para el nombramiento de un perito, cuando la naturaleza del caso lo requiere; y si los nombrados por las partes están desacordes en sus opiniones, le toca al juez nombrar un tercero, cuyo parecer constituye el dictamen pericial, aunque no se conforme con ninguno de los anteriores. (Arts. 70 y 76 del Código de Enjuiciamientos Civiles). También le toca al juez el nombramiento en rebeldía de las partes, es decir, cuando éstas no lo hacen en el término respectivo. Obedeciendo a estas disposiciones, nombrará el juez peritos médicos siempre que se trate de declarar la incapacidad mental de una persona para hacer contratos, otorgar un testamento, hacer una donación, contraer matrimonio, servir de albacea o de tutor de menores, y, en general, siempre que en cualquier juicio civil sean necesarios los auxilios que puede prestar la intervención de peritos médicos para el esclarecimiento, la comprobación de la existencia, o la recta interpretación de los hechos que motivan el litigio.

El perito nombrado por una parte puede ser recusado por la otra, y el nombrado por el juez puede serlo por ambas, o por cualquiera de ellas. «Las partes podrán recusar libremente un perito, dentro de 24 horas»: dice el art. 78 del ya citado Código. «Los demás sólo podrán ser recusados por las mismas causas porque pueden ser tachados los testigos».

Con respecto a la capacidad para ser peritos, el Código exige sólo honradez, probidad y conocimientos suficientes en la materia en que debe informar (art. 69). Síguese de aquí que un extranjero puede ser perito entre nosotros, mientras que en Francia y en otras naciones se requiere la condición de ciudadano. Síguese, también, que en asuntos civiles el nombramiento puede recaer in-

distintamente en un profesor de la respectiva ciencia o arte, o en un empírico; en tanto que en otras legislaciones, como en la española, se prefiere a los titulados, y sólo a falta de éstos intervienen los simples prácticos o empíricos.

La única diferencia que entre aquéllos y éstos hace nuestra ley civil es la de que, para los titulados el servicio es obligatorio, salvo el caso de impedimento justo calificado por el juez; mientras que para los empíricos el servicio es enteramente voluntario. Así lo manifiestan, como ya lo hemos visto, el artículo 72 del Código de Enjuiciamientos Civiles, y el 272 del Código Penal.

En materia penal, al tratar de la comprobación del cuerpo del delito, procede la ley más razonablemente, prefiriendo a los profesores, y dando intervención a los empíricos sólo a falta de aquéllos. Aun más, da el nombre de *peritos* únicamente a los que profesan la respectiva ciencia o arte; pues el artículo 12 del Código de Enjuiciamientos Criminales, después de ordenar que siempre que la infracción deje señales se justifique el cuerpo del delito con la inspección de peritos juramentados, agrega: «A falta de *peritos* se practicará el reconocimiento por *empíricos*, es decir, por personas cuyos conocimientos se acerquen a la pericia que se necesite. Este mismo artículo dispone también que no se recurra a empíricos sino en el caso de no hallarse facultativos sino a más de cinco kilómetros de distancia, y haciendo constar precisamente esta circunstancia en el proceso.

El médico que recibe el nombramiento de perito en cualquier asunto que exija los conocimientos de su profesión, está, pues, obligado a aceptarlo y desempeñarlo, salvo el caso de excusa justa en concepto del juez; e incurre en delito castigado con prisión de ocho días a dos meses, o multa de ocho a cuarenta sucres, si rehusa prestar el servicio.

En este punto creemos también pertinente la observación que hicimos al tratar de los servicios

prestados a los particulares, esto es, la de que puede ser ocasionado a frecuentes abusos el dejar al libre criterio del juez la apreciación del motivo de excusa, tratándose de servicios que son frecuentemente muy desagradables y laboriosos, y casi siempre mal remunerados o gratuitos.

Antes de desempeñar el cargo, debe el perito jurar ante el juez que lo hará fiel y legalmente (Arts. 73 del Código de Enjuiciamientos Civiles y 72 del de Enjuiciamientos Criminales). Este juramento previo al desempeño del cargo se encuentra prescrito en todas las legislaciones, como una garantía de la confianza que el juez deposita en los peritos al encomendarles una de las más importantes actuaciones en que ha de fundar su fallo; y si en los lugares donde existen médicos forenses (o de reconocimientos, como se los llama entre nosotros), no prestan éstos el juramento cada vez que deben practicar un reconocimiento u otro acto pericial, es por haberlo prestado ya, al aceptar el cargo, para todos los casos en que sean necesarios sus servicios.

En muchas naciones extranjeras, principalmente de Europa, al señalar el juez al perito el objeto de su intervención, le propone detalladamente todas las cuestiones que debe resolver, facultándole, además, para que exponga cuanto creyere necesario u oportuno para el esclarecimiento del asunto. Nuestra ley dice simplemente que el juez expresará con claridad en el mismo nombramiento, el objeto que éste tuviere, sin agregar nada respecto de la forma en que debiera hacerlo; así que bien se pudiera seguir la costumbre de los países extranjeros. Sin embargo, la designación del objeto se hace entre nosotros de una manera muy general. «Nombro a Ud. perito a fin de que practique la autopsia de tal cadáver, o reconozca las heridas de «fulano, o examine al señor N. respecto del estado «de su salud», suelen decir nuestros jueces al nombrar peritos a los médicos. Este procedimiento

tiene la ventaja de dejar libres a los peritos para decir todo lo que han visto y juzgado; pero favorece también la omisión de ciertos detalles que, pareciéndole insignificantes al perito, pudieran tener grande importancia en el juicio. «Es para el juez de suma importancia precisar con claridad los puntos sobre que pide parecer a los peritos, y las cuestiones que habrán de resolver», dice Mirtermaier, en su Tratado de la Prueba en Materia Criminal: «su opinión motivada no es sino un medio de conseguir el objeto, y el instructor encargado de dirigir los procedimientos sabe mejor que nadie lo que este objeto exige. No deben circunscribirse de tal modo las cuestiones que obliguen al perito a no explicarse sino imperfectamente; porque en este caso podrían más tarde hacerse necesarias nuevas comisiones y ocasionar lentitud en la instrucción; así como debe huírse también el defecto contrario; porque las generalidades y la demasiada vaguedad en los términos, darían por resultado respuestas no categóricas de los peritos».

En los asuntos civiles, el juez señala el plazo en que se presentará el informe, y el artículo 77 del Código de Enjuiciamientos Civiles le autoriza para castigar con multa hasta de ochenta sucres al perito que no cumpla con lo ordenado. En materia criminal, el artículo 72 del respectivo Código de Enjuiciamientos señala el término de veinticuatro horas para la presentación del informe, autorizando al juez para prorrogarlo (\*).

Cuando la intervención de los peritos está en-

---

(\*) La Ley Reformativa del Código de Enjuiciamientos Civiles, expedida en 1911, agregó la siguiente disposición en su artículo 40: «Se entenderá caducado el nombramiento de los peritos, cuando no hubieren desempeñado su cargo dentro de los quince días posteriores a la aceptación, sin que haya habido causa justificativa suficiente, a juicio del juez».

caminada al reconocimiento del cuerpo del delito, el informe pericial no es sino parte complementaria de la experiencia personal del juez, la cual, por lo mismo, constituye lo sustancial de la prueba. Por esto la ley dispone que el reconocimiento se haga a presencia del juez; y por lo mismo éste se halla obligado a describir circunstanciadamente todo lo observado, dejando para el informe pericial sólo las deducciones o explicaciones científicas. Todo lo que sea de ver y describir debe constar en el acta judicial, la cual constituye prueba plena, y puede servir de base para un nuevo informe, caso de que fuese necesario y hubieren desaparecido las huellas materiales del hecho.

De las cosas que debe describir, algunas hay que el juez no las conoce sino por medio de los mismos peritos; por ejemplo, la profundidad de las heridas, la existencia de derrames, tumores, &. Respecto de estas cosas, el acta judicial hace naturalmente menos fe que respecto de aquello que al juez le consta y puede apreciarlo perfectamente por medio de sus sentidos, como el número y sitio de las heridas; pero aun en esto no podría ser desechada el acta sino cuando, siendo posible un nuevo examen, se desmintiese la descripción hecha por el juez auxiliado por los peritos.

En la generalidad de los casos no se cumple bien este deber del juez en nuestra práctica forense, pues aun la parte puramente descriptiva de los hechos se la deja para el informe de los peritos. Esta falta podría motivar serios inconvenientes, cuando por divergencia de los peritos o por no ser completo y conveniente su informe, se necesitara un segundo, después de desaparecidas las huellas del hecho; puesto que la divergencia de los peritos o lo incompleto del informe podría versar, no sólo sobre las conclusiones, sino sobre la existencia de alguna circunstancia que debió observarse al tiempo de practicar el reconocimiento y que ya no fuera posible volver a observar.

En los reconocimientos de heridas y la práctica de autopsias se excusan los jueces con su falta de conocimientos; pero para apreciar, por ejemplo, el número de las heridas, el sitio en que residen, la extensión y en algunas hasta la profundidad que tienen, no se necesitan conocimientos médicos, y bastan la mediana ilustración general y el recto criterio que, por lo menos, se debe exigir en todo juez. Además, en los casos en que no alcanzaran a apreciar por sí mismos fácilmente las huellas del hecho, podrían hacerse ilustrar por los peritos a medida que vayan practicando el reconocimiento o la autopsia.

Es preciso que al practicar el reconocimiento o autopsia tengan los peritos presente la disposición del Código de Enjuiciamientos Criminales, en virtud de la cual no puede el juez declarar la existencia del cuerpo del delito sin el parecer conforme de dos peritos; a fin de que, si no están de acuerdo en la existencia o naturaleza de un hecho, lo hagan presente al juez en ese mismo momento, si es de aquellos cuyas huellas pueden desaparecer, y pueda éste nombrar oportunamente un tercero o un cuarto perito hasta obtener el acuerdo de dos de ellos, y que no quede, por este motivo, sin comprobarse el cuerpo del delito, y, por lo mismo, impune el crimen que se persigue.

Presentado el informe de los peritos, no es obligatorio al juez el acogerlo: por el contrario, el artículo 80 del Código de Enjuiciamientos Civiles le autoriza para ordenar otro reconocimiento, si no encuentra suficiente claridad en el primero. Dice, además, que en ningún caso está obligado el juez a seguir el parecer de los peritos, si su convicción se opone a ello.

El artículo 74 del mismo Código dispone que los peritos redacten su informe con claridad y *con expresión de los motivos en que se funden*.

Por estas disposiciones, y por el juramento que el perito presta al aceptar el cargo, se halla en la

estricta obligación legal y de honor, de recoger con la mayor escrupulosidad todos los datos que pudieran ser útiles para su informe, y de arreglarlos y analizarlos con severa lógica y orden riguroso, para deducir sus conclusiones con la mayor precisión posible.

El perito goza de la confianza del juez en lo relativo a su profesión y a sus declaraciones o conclusiones científicas; mas, para no hacerse indigno de ella, es necesario que convenza al juez con la precisión, claridad, método y lógica de su informe.

«El juez se funda en la lealtad del perito en el «curso de las observaciones que le pide», dice Mirtermaier, en su obra citada, «y éste investigará con «tanto mayor cuidado la verdad y sólo la verdad, «cuanto que la santidad de su juramento le recuerda doblemente que lo que de él se espera es un «examen concienzudo y sincero, y que sus informaciones van a dictar la sentencia.

«Las conclusiones del perito inspiran una confianza tanto mayor, agrega, cuanto son más poderosos los motivos principales y está más patente «su mutua relación; el juez observa en ello el resultado de un detenido examen de todas las circunstancias, de la madurez y solidez de las observaciones». (Tratado de la Prueba en Materia Criminal, págs. 171 y 172).

Desgraciadamente—sensible es decirlo—en nuestra práctica pasa, por lo general, todo lo contrario: jamás hemos visto un informe en el cual los peritos hayan expuesto ampliamente los fundamentos de sus conclusiones. Por eso, lejos de resaltar en esos informes el empeño de los peritos en la investigación de la verdad, el afán y la decidida voluntad con que han puesto sus aptitudes y conocimientos al servicio de la autoridad que ha confiado en ellos, para ayudarle del mejor modo posible en la investigación de la verdad y la apreciación de la naturaleza de los hechos, se nota el interés de desocuparse pronto y de gastar el menor número

posible de frases o palabras que pudieran dar origen a los interrogatorios que suelen dirigirles los abogados defensores de las partes, interrogatorios de los cuales raras veces salen tan airosos y bien librados como sería de desear.

Debe, pues, el médico perito empeñarse en que su informe sea, no solamente verídico y claro, sino minucioso, prolijo, ordenado y lógico; debe aspirar siempre a que el juez, las partes y cuantos lo leyeren queden íntimamente convencidos de lo que en él exponga, y del empeño y competencia con que lo ha trabajado. Así será siempre acreedor a la confianza de la autoridad, y se librárá de los malos ratos que a veces pasan nuestros peritos en los jurados, cuando los abogados de las partes los llaman a ampliar o explicar sus informes, con interrogatorios preparados de exprofeso para sorprenderlos.

En el uso del tecnicismo científico, del cual no es posible prescindir absolutamente, debe el perito médico no perder de vista la circunstancia de que se dirige a personas que no son de su ciencia, y de que su informe no tendrá objeto ni razón de ser, si dichas personas no habrían de entenderlo, o si para ello les fuera necesario buscar el auxilio de otros peritos. Innumerables informes de nuestros profesores adolecen de este capital defecto, que es muy fácil evitarlo, teniendo en cuenta que la gran riqueza del lenguaje castellano permite siempre sustituir unas palabras con otras, o bien combinarlas de tal manera que pueda comprenderlas sin dificultad cualquiera persona de mediana ilustración.

Para el caso de discordia entre los peritos, discuerdan también nuestros Códigos. El de Enjuiciamientos Civiles, en el art. 16, dice: «En caso de discordia de los peritos, prevalecerá el dictamen del tercero, quien podrá o no adherirse al parecer de uno de ellos». Y el de Enjuiciamientos Criminales: «Art. 72, inc. 3º.—Si los peritos discor-

«daren, el juez nombrará un tercero, y no podrá «calificarse el cuerpo del delito sin el dictamen conforme de dos de ellos».

La palabra *prevalecerá* del artículo del Código de Enjuiciamientos Civiles, creo que debe tomarse en el sentido de que el tercer informe debe ser tenido como el único subsistente, pudiendo el juez adherirse o no a él, según lo dispuesto en el artículo 80 del mismo Código. Sin embargo, no encuentro nada razonable que, *a priori* y de un modo general, se decida que ha de ser preferido el tercer informe. Pongamos el caso de que los dos primeros peritos sean dos médicos de cuya competencia y honorabilidad nadie pueda dudar, y que, por las dificultades del caso, no lleguen a estar acordes en el informe. En el lugar del juicio no es posible nombrar otro perito facultativo, y el juez se ve precisado a nombrar un empírico para tercer perito. ¿Será lógico, será razonable que la ley dé preferencia al informe de este ignorante en la ciencia cuyos conocimientos son indispensables para la interpretación del hecho, lo declare como único subsistente y ordene que *prevalecerá*, desechando completamente los anteriores?

Sucede alguna vez que estando de acuerdo los peritos y habiendo puesto el mayor empeño en el cumplimiento de su cometido, no se satisface el juez, y busca las luces necesarias para formar su convicción en otro informe pedido, no ya a nuevos peritos, sino a la Facultad de Medicina. No hay en nuestras leyes ninguna que prescriba al juez este procedimiento; pero como tampoco le está prohibido, y tiene la obligación de buscar de todas maneras los datos necesarios para juzgar con acierto, está en el derecho de hacer esta consulta a la Facultad.

Asimismo, no existe disposición alguna que imponga a la Facultad de Medicina, como Corporación, el deber de dar estos informes. No obstante, jamás se ha negado a darlos, conociendo la gran-

†

de importancia que estos servicios pueden tener para la sociedad, a la cual todos estamos en el deber de servir.

No terminaré este estudio de los deberes impuestos por la ley al médico perito, sin rectificar el falso concepto que respecto de su papel o actuación en el juicio he visto en algunas obras de Medicina Legal, entre otras, en la traducción española de la escrita en alemán por el profesor Casper. Dicen, en efecto, que el perito no es sino un testigo poseedor de conocimientos especiales en la materia. Esto es completamente inexacto: entre el testigo y el perito existe una inmensa diferencia cuyo desconocimiento acarrearía funestas consecuencias en la administración de justicia, como podrá deducirse de las siguientes consideraciones: El testigo se limita a declarar lo que ha visto, oído o sabido por referencia, tal como lo conserva en la memoria, sin hacer apreciación ninguna de los hechos ni justificar sus conclusiones con razonamientos. El perito hace todo lo contrario: aprecia los hechos y justifica su opinión; y puede ser consultado, ya sobre cosas que, sin haberlas conocido antes, las tiene a la vista, como cuando debe decir si es curable una herida y en cuanto tiempo, si un niño cuyo cadáver le presentan ha nacido vivo o muerto; ya para hacer apreciaciones de cosas que constan en el proceso, pero que no están a la vista; v. g.: si el acto, tal cual consta de autos, debió o no dejar tales señales o producir tales efectos; ya para que emita su juicio sobre hipótesis o suposiciones, como éstas: si se hubiera empleado tal medio homicida ¿la víctima hubiera podido gritar? ¿Tal herido pudo haber corrido o ejecutado estos medios de defensa? Además, los testigos declaran uno a uno y en el momento que se les pregunta; los peritos informan juntos y se les da plazo para que estudien y mediten el asunto. Los testigos no pueden ser elegidos por el juez; los peritos lo son en todas las causas criminales. El juez no puede desechar las de-

claraciones de los testigos, pues la ley las cree verdaderas por referirse al testimonio de los sentidos que da nociones claras y seguras; y la misma ley y la razón le autorizan para no seguir el parecer de los peritos, si es contrario a sus convicciones, porque en las apreciaciones de los hechos se pueden equivocar, ora por falta de estudio y atención, ora porque acepten, como base para sus deducciones, principios erróneos o mal comprobados.

Otros médicos legistas le hacen desempeñar al perito el papel de asesor del juez. Esto es igualmente erróneo e inaceptable.

El papel del perito se limita a suministrar al juez las luces de que éste carece para la apreciación de un hecho; a hacer claro y perceptible al entendimiento del juez lo que éste encuentra obscuro e incomprensible por falta de conocimientos especiales. No puede imponerle sus convicciones sino por medio del convencimiento. Los peritos son, pues, para el juez, según la gráfica expresión de Bonnier, una especie de instrumentos de óptica que aclaran los hechos y las aproximan a su inteligencia, a fin de que los vea perfectamente. Nunca aconsejará un perito al juez que declare comprobado el cuerpo del delito, ni que es constante el hecho denunciado en la acusación, ni que tal sujeto es el responsable del crimen, &, como puede hacerlo el asesor.



## CAPITULO II

### DE LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR SUS ACTOS PROFESIONALES

Esta responsabilidad puede ser civil o penal: aquella se refiere al pago de daños y perjuicios; ésta a la aplicación de las penas señaladas por el Código Penal. Las estudiaremos separadamente, anteponiendo el siguiente axioma jurídico: Todo el que es criminalmente responsable lo es también civilmente, si el hecho ha causado perjuicios a otro individuo; pero el civilmente responsable no lo es criminalmente, sino cuando su hecho está previsto y castigado por el Código Penal.

#### § 1—*Responsabilidad Civil*

No tenemos en nuestras leyes disposición alguna especial acerca de la responsabilidad civil de los médicos; debemos, por tanto, regirnos por las leyes generales.

El Código Civil, en el artículo 2226, dice que todo el que comete un *delito* o *cuasidelito* está obligado a indemnizar el daño; y si se comete el delito o cuasidelito por dos o más personas, éstas son solidariamente responsables, es decir, cualquiera de ellas puede ser demandada por el todo.

En los daños indemnizables se comprenden todos los que inmediata o directamente se siguen del delito o cuasidelito.

Según nuestro Código se llaman *delitos civiles* los hechos ilícitos y perjudiciales ejecutados con intención de dañar; y cuasidelitos, estos mismos hechos ejecutados sin intención de dañar, pero con negligencia o imprudencia. Estos hechos pueden ser negativos, es decir, meras omisiones, y se dicen *ilícitos* por ser ejecutados sin derecho o contra ley.

Sentados estos antecedentes, trata el Código Civil de algunos delitos y cuasidelitos que requieren disposiciones especiales, y luego da ésta general:

«Art. 2311.—Por regla general, todo daño que «pueda imputarse a malicia o negligencia de parte «de otra persona debe ser reparado por ésta».

En seguida advierte que la cuantía del daño puede ser reducida por el juez, si el perjudicado se hubiere expuesto imprudentemente al daño, y concluye disponiendo que estas acciones o reclamaciones prescriben en cuatro años contados desde el hecho dañoso.

Nuestro sistema legal es, pues, idéntico al francés. El Art. 1382 del Código Civil de Francia, dice: «Tout fait quelconque de l' homme, «qui cause a autrui un dommage, oblige celui par «de faute duquel il est arrivé á le réparer».

Y el 1383.—«Chacun est responsable du dom- «mage qu' il a causé non seulement por son fait, «mais encore par sa négligence ou son imprudence».

Por tanto, las explicaciones que los expositores franceses dan de estos artículos son de todo en todo aplicables a nuestras cuestiones. Y ya que entre nosotros no han ocurrido casos prácticos que nos hubieran dado a conocer la manera de pensar, a este respecto, de nuestros jurisconsultos, tengamos presente lo dicho por los más ilustrados comentadores y médicos legistas de Francia y de otras naciones, cuyas leyes son iguales a las de esa, en la materia en que nos ocupamos. Ahora bien, Dalloz, Carnot, Laurent, Briand y Chaudé, Dechambre, Luteaud, Legrand du Saulle, Thoinot,

Vibert, Brouardel y otros muchos están de acuerdo en que el médico no es responsable mientras se contiene dentro de los límites de su ciencia; pero que si se hace responsable de malicia, imprudencia o negligencia, queda sujeto a las reglas generales que acabamos de indicar respecto a los efectos civiles de los delitos y cuasidelitos. Thoinot dice terminantemente: «Le médecin est dans l' exercice «de sa profesión, *comme tout citoyen*, responsable des «dommages causés par lui et tenu a leur réparation civile et pénale». (Précis de Médecine Légale, París 1913, pág. 22).

Laurent, en sus "Elementos de Derecho Civil", tomo XX, N<sup>o</sup> 516, reconoce y con razón, otra fuente de obligaciones civiles de los médicos, la convención o pacto entre el médico y su cliente; pues, no hay duda, dice, que entre el enfermo y el médico existe ordinariamente un convenio que impone obligaciones mutuas a las partes y cuya inexecución les acarrea también responsabilidades.

### § II—Responsabilidad Penal

Esta no existe sino cuando el hecho está previsto y sujeto a pena en el Código Penal. Generalmente hablando, este Código castiga sólo los hechos intencionales y maliciosos; pero en ciertas circunstancias la imprudencia y la negligencia bastan también para constituir delito.

Procediendo del primer modo, es decir, maliciosamente, el médico puede cometer tres clases de delitos o infracciones:

1<sup>a</sup>—Peculiares de su carácter y profesión: 2<sup>a</sup>—tales que el carácter profesional constituya una circunstancia agravante; y 3<sup>a</sup>—finalmente, tales que la profesión no influya de ningún modo.

Podemos comprender en la primera especie las doce variedades siguientes de infracciones: 1<sup>a</sup> la señalada por el artículo 192 del Código Penal, que dice:

«El médico, cirujano o practicante que, por favorecer a alguno, hubiere certificado falsamente enfermedades o imposibilidades para dispensar de un servicio debido legalmente, o de cualquiera otra obligación impuesta por la ley, será castigado con prisión de seis meses a dos años y multa de cuarenta a cuatrocientos sucres.

«Si ha sido movido por dones o promesas, será castigado con prisión de uno a cinco años, a más de la multa antes indicada»:

2ª—La del artículo 209, que, tratando en general de los peritos, dice: «El intérprete y el perito convencidos de declaraciones falsas, sea en materia criminal, correccional o de policía, o en materia civil, serán castigados como testigos falsos». (Es decir, con prisión de dos meses a ocho años, según la gravedad del asunto sobre que verse la falsedad).

«El perito que en materia criminal hubiere declarado falsamente sin juramento, será castigado conforme al artículo 207». (De tres meses a un año de prisión).

3ª—La del artículo 240 que impone prisión de seis meses a tres años y multa de cuarenta a ochenta sucres, a más de la restitución del doble de lo que hubiere recibido, al que, encargado de un servicio público, aceptare dones o promesas para ejecutar un acto de su empleo, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución. La pena se aumenta con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, si el acto es manifiestamente injusto y si las ofertas o dones son aceptadas para abstenerse de ejecutar un acto que entre en el orden de sus deberes.

4ª—La del artículo 241, cuyo tenor es el siguiente: «Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público, que por ofertas o promesas aceptadas, por dones o presentes recibidos, hubieren ejecutado, en el ejercicio de su cargo, un acto injusto, o se hubieren abstenido de



«ejecutar un acto que entraba en el orden de sus deberes, serán castigados con tres a seis años de «reclusión menor, y con multa de cuarenta a cuatrocientos sucres, a más del triple de lo que hayan «recibido».

El art. 240 castiga la simple aceptación de los dones o promesas, se cumpla o no el objeto para que fueron aceptadas; el 241 castiga el cumplimiento del fin con que se aceptaron las ofertas o dones; ya sea ejecutando un acto, ya absteniéndose de cumplir un deber:

5ª—La del art. 272, que castiga con prisión de ocho días a dos meses o multa de cuarenta sucres al que niega el servicio que se le exige en atención a su profesión:

6ª—La del art. 438, que castiga a los médicos, parteras, &, que violan el secreto profesional:

7ª—La del art. 41 del Código de Policía, que castiga, en el N° 11, con multa de 20 a 25 sucres y prisión de cinco a seis días, como contravención de tercera clase, al profesor encargado del fluído vacuno, que lo deja perder:

8ª—La del propio artículo, N° 12, que impone la misma pena al que no expresa en las recetas el uso que de ellas deba hacerse:

9ª—La de este mismo artículo, N° 13, que castiga de igual manera el hecho de negarse a prestar los servicios a los particulares, habiendo sido designados por la Policía para el turno y no estando legítimamente impedidos:

10ª—La del artículo 42, que estima como contravención de cuarta clase, penada con 25 a 30 sucres de multa y prisión de 6 a 7 días, el que los médicos despachen como farmacéuticos al mismo tiempo que ejercen la medicina:

11ª—La que se halla a la vez incluída entre las contravenciones de segunda clase (art. 40, N° 70), y de tercera (art. 41, N° 29), y consiste en negarse a la llamada de la autoridad que desea

aprovechar de los conocimientos de una persona para la administración de justicia; y

12ª—La del artículo 82 del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, que castiga a los médicos que se niegan a practicar las autopsias prescritas por el juez, con las penas del art. 272 del Código Penal (ocho días a dos meses de prisión o cuarenta sucres de multa).

Todas estas faltas no podría, pues, cometerlas el médico sino en su calidad de tal.

Veamos ahora aquellas en que el carácter profesional es una circunstancia agravante, es decir, las de la segunda especie. La ley castiga al que intencionalmente hiciere abortar a una mujer, agravando la pena cuando la mujer no ha consentido, y mucho más cuando a ésta se le ha ocasionado la muerte; y después de reglar así todos los casos, toma en consideración el carácter profesional del agente, como una circunstancia agravante, diciendo:

«Art. 339.—En los casos prescritos por los artículos 334, 336 y 338, si el culpado es médico, «cirujano, comadrón, partera, practicante o farmacéutico, la pena de prisión será reemplazada con «reclusión menor de tres a seis años, la de reclusión «menor con reclusión mayor de igual tiempo, y la «de reclusión mayor ordinaria con reclusión extra-«ordinaria».

Del mismo modo, al tratar de los atentados contra el pudor, prevé y castiga varios casos, y al fin agrega: «Art. 362.—El mínimo de las penas «señaladas por los artículos precedentes será au-«mentado con dos años, si el atentado ha sido co-«metido sea por funcionarios públicos o ministros «del culto que han abusado de su posición para co-«meterlo, sea por médicos, cirujanos, comadrones «o practicantes, en personas confiadas a su cuidado».

Y no hay más casos en que esté expresamente considerada como condición agravante del delito, el carácter de médico del agente; pero es claro que el juez podría tomarla como tal en los casos de ho-

micidio por envenenamiento y otros análogos, en los cuales los conocimientos científicos del médico le hubieran podido servir para asegurar mejor el éxito de su designio criminal o proceder con mayor alevosía; pues el art. 35 del Código Penal dice: «Son circunstancias agravantes todas las que aumentan la malicia del hecho, o la de sus autores, o la alarma que la infracción produce en la sociedad . . . . .»

A la tercera especie de delitos, es decir, a aquella en que el carácter de médico no influye de ninguna manera, pertenecen todas las demás infracciones que pueden ser cometidas del mismo modo por cualquiera que no sea médico, como la rebelión, el fraude, &c.

### § III—*Daños no intencionales*

Nada más dicen nuestras leyes que pudiera referirse a los actos ejecutados por el médico con intención de dañar.

Cuanto a los casos en que, por ignorancia o error, o por omisión o descuido, o por imprudencia o temeridad causase el médico algún daño a las personas, en el ejercicio ordinario de su profesión, el art. 412 del Código Penal dice lo siguiente:

«Los médicos, boticarios o cualquiera otra persona que por falta de precaución o de cuidado, recetaren, despacharen o administraren medicamentos que comprometan gravemente la salud, serán castigados con prisión de seis meses a un año; si hubieren causado enfermedad que parezca incurable, la prisión será de uno a tres años; y en caso de haber producido la muerte, la pena será de tres a cinco años».

Pero existen, además, en el mismo Código varias reglas por las que tendríamos que regirnos en los casos que no pudieran ser incluidos en el artículo citado, como pasa en el Derecho francés, cu-

yas disposiciones son iguales a las siguientes de nuestro Código:

«Art. 409.—Es reo de homicidio involuntario «o lesión involuntaria el que ha causado el mal por «falta de previsión o precaución, pero sin intención «de atentar contra otro».

«Art. 410.—El que involuntariamente hubie- «se causado la muerte de otra persona, será casti- «gado con prisión de tres meses a dos años, y mul- «ta de cuarenta a ciento sesenta sucres».

«Art. 411.—Si de la falta de previsión o de «precaución, sólo han resultado golpes o heridas, «el culpado será castigado con prisión de ocho días «a dos meses, y multa de cuarenta a ochenta sucres».

Los artículos 409 y 410 corresponden casi exactamente al 319 del Código Penal francés, y el 411 al 320, que dicen: «Art. 319.—Quiconque, «par maladresse, imprudence, inattention, négli- «gence ou inobservation des réglemens, aura com- «mis involontairement un homicide ou en aura été «involontairement la cause, sera puni d' un empri- «sonnement de trois mois a deux ans et d' une «amende de cinquante francs a six cents francs».

«Art. 320.—S' il n' est résulté du défaut d' «adresse ou de précaution que des blessures (\*) «ou coups; le coupable sera puni de six jours a «deux mois d' emprisonnement, et d' une amende «de seize francs, ou de l' une de ces peines «seulement».

Nuestro artículo 412, desarrollando estas mismas ideas, habla en especial del daño causado por médicos, boticarios u otras personas que hubieren recetado, despachado o administrado medicamentos capaces de alterar la salud y producir la muerte, procediendo con falta de precaución o de cuidado;

---

(\*) Por *heridas* comprenden los tribunales franceses todos los ataques a la salud, según lo advierte el profesor Vibert,

pero nada dice respecto del empleo de procedimientos quirúrgicos inoportunos o perniciosos, del abandono al enfermo, &, y para estos casos sería necesaria una extensión algo forzada de los artículos 409, 410 y 411, como se hace en Francia con los artículos 319 y 320 de su Código, a fin de salvar la justicia y la razón.

Las leyes antiguas, tanto las romanas como las españolas, castigaban con excesiva severidad a los médicos que causaban daños a sus enfermos, aun cuando no hubiera grave falta de aquellos, fundándose seguramente en que, en ese tiempo, se dedicaba cualquiera al ejercicio de la Medicina, sin haber dado las pruebas de competencia y estudio a que posteriormente se ha sujetado a los que quieren ejercerla; pero eliminada esta excesiva severidad de las leyes antiguas, todas las modernas consagran la responsabilidad de los actos profesionales del médico en términos muy semejantes a los de las nuestras, y completamente conformes en el fondo.

Resumiendo lo dicho, resulta que nuestra doctrina legal, de acuerdo con la francesa y la de todos los países civilizados, y con los sanos principios, puede reducirse a lo siguiente:

La absoluta irresponsabilidad del médico es absurda exageración: la responsabilidad en todo caso de error es otra exageración igualmente absurda y perjudicial: un razonable término medio deja, como dice Laurent, a la ciencia toda la latitud que necesita, y concede a la justicia todo lo que le puede pertenecer.

Según esto, el médico no responde ni civil ni criminalmente de los errores o daños cometidos en el ejercicio regular y concienzudo de su profesión: "Errata medicorum terra occultat", decía Montaigne; pero si fuera de la cuestión científica puede imputársele malicia, descuido, negligencia grave o ignorancia crasa de los procedimientos más elementales del arte, queda sujeto a las reglas generales, y, por lo mismo, res-

ponde civilmente, a título de delito o cuasidelito, o violación de obligaciones convencionales; y criminalmente, conforme a las leyes que castigan el homicidio, las heridas, lesiones o enfermedades, & en una palabra, responde más bien como hombre que como médico.

Estos principios han informado los procedimientos y fallos de los Tribunales franceses desde hace un siglo, aproximadamente, y continúan siendo también ahora los fundamentos de las sentencias de sus jueces y Tribunales. En el año 1832, el Dr. Thouret-Noroy, practicando una sangría a un enfermo, abrió la arteria humeral; lo cual ocasionó la aparición de un aneurisma y ulteriormente la gangrena del brazo, que necesitó ser amputado. El médico fue condenado a pagar una indemnización inmediata de 600 francos y una renta vitalicia de 150 anuales; porque en el juicio se comprobó, no sólo la falta de destreza con que procedió, sino su negligencia en el tratamiento de los accidentes que había ocasionado, y el abandono en que dejó después al enfermo. En este memorable juicio, el Procurador general Dupin expuso el siguiente razonamiento enteramente conforme a la opinión que dejamos emitida:

«Il ne s'agit pas de savoir si tel traitement a «été ordonné á propos ou mal á propos, s' il de- «vait avoir des effets salutaires ou nuisibles, si un «autre n' aurait pas été préférable, si une telle «opération était ou non indispensable, s' il y a eu «imprudence ou non á la tenter, adresse ou mala- «dresse á l' exécuter, si avec tel ou tel instrument, «d' après tel ou tel procédé, elle n' aurait pas «mieux réussi.—Ce sont lá des questions scientifi- «ques á débátre entre docteurs et qui ne peuvent «pas constituer des cas de responsabilité civile et «tomber sous l' examen des tribunaux.—Mais, du «moment que les faits reprochés aux médecins sor- «tent de la classe de ceux qui, par leur nature, «sont exclusivement réservés aux doutes et aux dis-

«cussions de la science, du moment qu' ils se com-  
«pliquent de negligence, de légéreté ou d' igno-  
«rancia de choses qu' on doit nécessairement savoir,  
«la responsabilité de droit comun est encourue, et  
«la compétence de la justice est ouverte».

A más de la precisión con se establecieron los fundamentos de la sentencia, se hizo notable este fallo por haber venido poco tiempo después de que la Academia de Medicina de París había sostenido que el médico debía ser absolutamente irresponsable por todos sus actos profesionales, cuando en ellos no aparece la intención criminal; pues con motivo del proceso del Dr. Helie, en 1829, esa ilustrada Corporación, en la que figuraban médicos tan notables como Dupuytren, Recamier, Adelon, Desgenettes, Itar, Double, &, aprobó un informe en cuya conclusión se leen las siguientes frases: «La «Academia no quiere concluir su dictamen, sin ex-  
«presar claramente su opinión sobre la responsabi-  
«lidad médica, y se levanta contra la decisión de al-  
«gunos tribunales que tienden a admitir como un  
«principio esta responsabilidad. . . . . No debe ha-  
«ber más que una responsabilidad, la moral, y ésta  
«es sobrado grave para que los tribunales tengan  
«necesidad de invocar además un principio inútil y  
«dañoso de responsabilidad legal».

Con este antecedente a nadie extrañará saber que la sentencia contra el Dr. Thouret-Noroy produjo un gran escándalo, y que los Médicos de París, indignados por ella, se reunieron en una notable asamblea, el 2 de octubre de 1834, abrieron una suscripción a favor del penado y comisionaron a los Dres. Orfilia, Double, Doboís, Berard, Vidal de Casis y Farget para la redacción de una enérgica protesta contra esa jurisprudencia. En esa protesta principia uno de los párrafos con las palabras que copiamos a continuación: «El principio de la  
«responsabilidad médica, una vez admitido, vuelve  
«imposible el ejercicio libre, concienzudo, progre-  
«sivo y útil del arte de curar, y la humanidad va a

«quedar incesantemente en peligro. El médico se «verá en la alternativa, o de abandonarse a una funesta inacción, o de tantear medicaciones, operaciones saludables, sin duda, pero tales que en ciertos casos que no se pueden calcular ni prever, podrán comprometer su honra, su reputación y su «fortuna».

Muchos otros médicos de distintas naciones, y entre estos el Profesor Mata, de Madrid, eran del mismo parecer, y alegaban, además, para defender la irresponsabilidad del médico, las dificultades que podrían suscitarse en los tribunales al no aceptarla. «¿Cómo apreciar en justicia, decían, si el médico, en tal o cual circunstancia, siguió las reglas del arte o se separó imprudentemente de ellas? Los tribunales han de ser, acaso, los llamados a juzgar los sistemas que reinan en la ciencia, a reprobar lo que hizo el médico y a indicar lo que debería haber hecho?».

Pero toda esta apasionada defensa, que quizá nació del temor de que los tribunales se extralimitaran en su rigor, pasando más allá de lo exigido por las modernas legislaciones, para volver a los tiempos neronianos; se desvanece considerando que los descuidos, las negligencias graves, las omisiones, las imprudencias temerarias, constituyen en el médico, lo mismo que en cualquiera que no lo sea, una falta en el cumplimiento de sus deberes; y que por esta falta castiga la ley, con justa razón, del mismo modo a todo el que la comete, sea o no dicha falta concerniente al ejercicio de la Medicina o de cualquiera otra profesión. No castigan las leyes los errores científicos del médico ni le imponen penas por los malos éxitos en el ejercicio honrado y concienzudo de su profesión; ni entran los tribunales a discutir las teorías científicas ni las opiniones de los médicos: le exigen únicamente que no sea descuidado, ni negligente, ni omiso en el cumplimiento de su deber; que no proceda con imprudencia temeraria ni ignorancia crasa; que cumpla

los sagrados preceptos de la moral y la conciencia.

La Corte de Casación de París expuso en una de sus sentencias, a este respecto, el siguiente considerando:

«Que, sin duda, corresponde a la sagacidad del juez no ingerirse temerariamente en el examen de las teorías o de los métodos médicos, ni pretender discutir las cuestiones de pura ciencia; pero que existen reglas generales de buen sentido y de prudencia a las cuales se debe conformar ante todo el ejercicio de cada profesión, y que, desde este punto de vista, los médicos quedan sometidos al derecho común, como todos los otros ciudadanos».

No hace mucho, en 1907, el Dr. C. fue acusado ante uno de los Tribunales del Sena; por la Srta. P. a la cual había curado una apendicitis grave, mediante la aplicación continua de hielo sobre el vientre. El frío prolongado produjo una escara de la piel, y esto bastó para que la enferma, olvidando el grave peligro de que la había salvado su médico, le acusara por el perjuicio que la aplicación del hielo le causó. El Tribunal absolvió al acusado, con los considerandos siguientes:

«Que no se sabría, sin traspasar la intención del legislador y sin poner en peligro el interés que él ha querido salvar precisamente, inculpar a las personas que practican el arte de curar, con motivo de todo suceso que haya ocasionado un perjuicio al enfermo; lo cual tendría evidentemente por resultado destruir toda iniciativa y toda libertad en el tratamiento de las enfermedades y en las operaciones que acarrearán riesgos:

«Que conviene reconocer, para observar una justa medida: 1º—La simple aplicación de las teorías o de los métodos médicos serios, que pertenecen exclusivamente al dominio de la ciencia y de la enseñanza, no debe entrañar responsabilidad penal: 2º—La inobservancia de las reglas generales de buen sentido y de prudencia, a las cuales

«está sometido el ejercicio de toda profesión; la negligencia acentuada, la inatención grave, la impericia incompatible con la obtención del diploma exigido al médico para que esté autorizado a ejercer su arte, pueden y deben, al contrario, entrañar esta responsabilidad:

«Que el hecho debe resumirse al fin en los términos siguientes: la señorita P. ha sido atendida de apendicitis grave que puso su existencia en peligro, y el tratamiento aplicado por el Dr. C. la ha curado, salvo el efecto de los inconvenientes imposibles de prever con certidumbre, sobrevenidos a consecuencia de un tratamiento que presenta un carácter normal».

Conforme a estas ideas, el médico puede recurrir a cualquier tratamiento que juzgue necesario, aun ensayando medicamentos nuevos, siempre que no olvide las reglas de cordura y necesaria prudencia en sus procedimientos. Desde este punto de vista fue muy importante la decisión del Tribunal de Paz de Alger, cuando absolvió, en 1897, al Dr. A. acusado por una enferma a la cual hizo inyecciones de suero antidiftérico para curarle de un ocaña. Entre los *considerandos* de la sentencia se encuentran los siguientes:

«Que el ejercicio de la Medicina no tendría razón de ser si los médicos no pudieran sino cruzarse de brazos en los casos extremos, y si no les fuera permitido ensayar nada; que conviene reconocerles este derecho desde el momento en que, como el Dr. A. no se separan de las reglas del buen sentido y la prudencia; si, como el Dr. A., no persiguen otro fin que la curación del enfermo (y no se entregan a esos ensayos temerarios que reprobarían todos los médicos experimentados».

Los errores de prescripción que han causado grave daño o la muerte al enfermo, ora consistan en un *lapsus calami* al tiempo de escribir el nombre o la dosis de un medicamento activo; ora en cambiar la indicación del uso que debía hacerse del

medicamento, han sido penados en Francia y en otras naciones, aun cuando en los respectivos Códigos no existen disposiciones expresas a este respecto, como la del art. 412 de nuestro Código Penal. La negligencia, inatención o descuido del médico se ha juzgado evidente en esos casos, y se ha hecho efectiva la responsabilidad. El Dr. F. quiso prescribir un purgante a M. G. y formuló, por descuido, su receta en estos términos: «Tintura de Baumé, 30 gramos, para tomar en ayunas «en una tasa de té». El farmacéutico despachó la receta y M. G. murió dos horas después de haberla tomado. El Tribunal de Saint-Malo juzgó este hecho y condenó al médico a pagar 500 francos de multa y 8.000 de daños y perjuicios; y al farmacéutico, a 400 francos de multa y 6.000 de daños y perjuicios. (Abril de 1900). Otro médico escribió, al formular unos supositorios de morfina *div centigrammes* en lugar de *deux centigrammes*, y fue condenado por la Corte de Toulouse, en Mayo de 1902. Otro médico entregó a su enfermo un frasco con bálsamo opodeldoc, sin poner en la etiqueta que el remedio era para uso externo. Fue condenado por la Corte de Angers a quince días de prisión, por homicidio por imprudencia (1876).

Podría ocurrir que la dosis de un medicamento activo, usada sin peligro para la generalidad de los enfermos, y señalada como dosis media en todos los formularios, ocasionara graves daños y aún la muerte a enfermos dotados de una susceptibilidad especial que no pudo preverse. En estos casos no cabría imputar descuido, imprudencia temeraria ni ignorancia crasa al médico, ni sería justo ni lógico, por lo mismo, exigirle responsabilidad. Sin embargo, no siempre han pensado así los tribunales franceses, y a veces han procedido con un exceso de rigor injustificable. Una enferma padecía de neuralgia; el médico le prescribió una oblea que contenía *un miligramo* de atropina y *cincuenta centigramos* de antipirina; y la enferma murió dos

horas después de haberla tomado. La Corte de Saint-Quentin condenó al médico a 100 francos de multa; y el Profesor Vibert, que cita el caso, dice: «La condenación ha sido, sin duda, dictada por la «consideración de que la enferma no tenía sino una «enfermedad insignificante y que el médico no ha- «bía proporcionado los riesgos de la medicación a «la gravedad del mal». Y luego transcribe, como digno de tomarse en cuenta, el siguiente *considerando* de la sentencia:

«Que los médicos tienen el deber de estudiar «el temperamento, la edad y la resistencia de sus «enfermos, de asegurarse que puedan soportar los «*tónicos* que les administren, aun cuando los apli- «quen a la dosis usada en la práctica».

Igualmente frecuentes, y quizá mucho más numerosos, son los casos en que se ha exigido responsabilidad a los cirujanos por los malos éxitos de sus operaciones o por los descuidos en ellas cometidos; pero en todos los casos en que han resultado condenados los cirujanos, los fallos se han fundado en el descuido o la imprudencia grave con que procedieron, sin entrar a apreciar la oportunidad de la operación ni la bondad del método operatorio, ni ninguna otra cuestión meramente científica. A título de ejemplos útiles citaremos los dos casos siguientes:

La señorita B. tuvo una luxación del codo; el médico que hizo la reducción, colocó un vendaje y rehusó quitarle a pesar de que la enferma volvió cuatro veces donde él, a quejarse de horribles sufrimientos. Otro médico, llamado treinta y seis horas después, comprobó que la mano y una parte del antebrazo estaban invadidos de gangrena. La Corte de Nimes condenó al primer cirujano a pagar a la enferma 1.800 francos por daños y perjuicios.

El Dr. B., cirujano de los hospitales de París, extrajo un quiste del ovario a la Sra. R., pero dejó, por descuido, dos compresas dentro del abdomen. La señora se curó, arrojando las compresas por el

ano, once meses después. El Tribunal del Sena juzgó el hecho, en diciembre de 1910, y condenó al cirujano al pago de 5.000 francos por daños y perjuicios, a pesar de que declaró en la misma sentencia: «Que la salud y aun la vida de la señora «R. estuvieron muy gravemente comprometidas «antes de la operación, y que si la señora vivía todavía, era verosímilmente, por no decir ciertamente, por la intervención del Dr. B.»

En la Capital de Chile, cuyas legislaciones civil y penal son muy semejantes a las nuestras (\*), fue acusado, hace algunos años, el Dr. Lucas

(\*) He aquí los artículos del Código Penal chileno relativos al asunto:

“Art. 490.—El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediara malicia constituyera un crimen o un simple delito contra las personas será penado:

“1º—Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a medio cuando el hecho importare crimen;

“2º—Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de ciento a mil pesos cuando importare simple delito.

“Art. 491.—El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

“Art. 494.—Sufrirán la pena de prisión en sus grados medio a máximo, o multa de diez a cien pesos:

“10º—El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que incurriese en descuido culpable en el desempeño de su profesión sin causar daño a las personas”.

Nótese que el Código Penal de Chile castiga el descuido del médico, cirujano, & aun cuando de ello no resulte daño; mientras que el nuestro lo castiga sólo cuando ha producido la muerte, o enfermedad grave o incurable del enfermo.

En el Código Penal de la República Argentina existen las siguientes disposiciones:

“Art. 15—Son punibles las contravenciones a la ley cometidas por culpa o imprudencias.

“Art. 16.—La culpa es grave:

Sierra, por haber causado el aborto a una señora, por error de diagnóstico, confundiendo la preñez con un tumor. A fin de confirmarse en su juicio, el Dr. Sierra llamó en consulta a los Drs. San Cristóbal y Marcial González, y ambos convinieron

“3º—Cuando por razón de sus conocimientos personales  
“o de las circunstancias en que se encuentre el delincuente  
“fuese capaz de prever el peligro de su acción o de sus con-  
“secuencias:

“5º—Cuando por razón de su estado, profesión, empleo,  
“u otras circunstancias análogas, el autor estuviese obligado  
“a mayor diligencia y atención.

“Art. 17.—La culpa es leve:

“1º—Cuando la acción cometida por imprudencia no tiene  
“sino una relación lejana con el resultado.

“3º—Cuando el agente se ha visto obligado por circuns-  
“tancias urgentes, que no puedan imputársele, a tomar una  
“resolución súbita.

“Art. 18.—El reo de culpa grave será castigado:

“1º—Con precisión de uno a tres años, si la acción cul-  
“pable acompañada de intención criminal, hubiese constituí-  
“do un delito, cuya pena exceda de seis años de presidio o  
“penitenciaria;

“2º—En los demás casos de culpa grave, la pena será  
“arresto de un mes a un año.

Art. 19.—El reo de culpa leve será castigado:

“1º—En la hipótesis del primer inciso del artículo ante-  
“rior, con la pena de arresto de tres a nueve meses;

“2º—En los demás casos, la pena será de arresto hasta  
“dos meses”.

Y en el comentario del artículo 15, se lee: “La culpa se  
“distingue del dolo en que éste supone una intención culpa-  
“ble, y de la fuerza mayor en que ésta supone un aconteci-  
“miento imposible de prever ni de impedir, mientras que  
“en el caso de imprudencia, ha habido siempre posibilidad de  
“evitar el perjuicio causado. De esta posibilidad es de don-  
“de se deriva la culpa del que causa el perjuicio”.

Se comprende fácilmente cuan extensa aplicación podrían  
tener estos artículos a la responsabilidad del médico por sus  
actos profesionales.

con el médico de cabecera en la existencia del tumor y la necesidad de la operación; pero, para explorar la cavidad uterina introdujeron un instrumento metálico que, seguramente, perforó las membranas; pues el parto se verificó en la noche de ese mismo día, y el niño nació con una pequeña herida en la cabeza, según la declaración del padre.

La sentencia absolvió al acusado, acogiendo el informe pericial de los Dres. Barros Borgoño, Gutiérrez, Donoso y otros, los cuales afirmaron que era posible el error de diagnóstico porque el feto fue anormal: «Pertenece al grupo de las monstruosidades humanas que han sido llamadas vulgarmente sirenas, y que los teratologistas han clasificado de monstruos similianos, por tener soldados los miembros inferiores formando un solo cuerpo», dice el informe. Además, el feto no era viable, porque siendo de ocho meses cumplidos no pesaba sino 1230 gramos, faltaban casi por completo los órganos del aparato urinario y genital, y no existía la última porción del intestino grueso. Por otra parte, la señora era bastante obesa y decía que no había tenido sus reglas desde muchos años antes. En estas condiciones era muy posible no percibir ni los ruidos del corazón ni los movimientos del feto, como lo declararon los peritos en su extenso y prolijo informe. (F. Puga Borne, Compendio de Medicina Legal, pág. 660).

Entre los acontecimientos desgraciados que pueden ocurrir en la práctica profesional de un médico o cirujano, ninguno impresiona más vivamente al público ni levanta mayores y más apasionadas censuras que la muerte súbita ocurrida durante la anestesia clorofórmica. El público lego en cuestiones científicas de Medicina, apoyado algunas veces en la mal disimulada opinión de médicos egoístas, que por desdicha no faltan, hace responsable del hecho al cirujano, imputándole descuido, imprudencia, ignorancia o, por lo menos, falta de examen previo, minucioso y prolijo, de todas las

condiciones del enfermo por las cuales podía ser singularmente peligroso el cloroformizarle.

Multitud de apasionadas y vehementes acusaciones hechas con este motivo por la prensa noticiosa, política o comercial, que siempre tiene la pretensión de ser el eco de la opinión social y la voz de la justicia, podría citar en corroboración de lo dicho, pues se las encuentra a cada paso y en todas partes; pero esto no tiene para nosotros ninguna importancia. Lo conveniente, lo necesario para formar nuestra opinión sólidamente fundada, es conocer el criterio que en asuntos de esa naturaleza ha guiado a jueces y peritos de muy alta ilustración. Y a este propósito, nada más instructivo que los informes emitidos por los Dres. Saint Cene y Paul Brouardel y las sentencias dadas por el Tribunal civil de Chateau-Thierry y la "Cour d'Apel" d' Amiens, que se hallan publicados en los "Annales d' Hygiène Publique et de Médecine Légale". París, 1906, motivados por la muerte de Adonis Prévost, de los cuales extractamos los siguientes datos:

Mr. Adonis Teodoro Prévost, de 48 años, sano y robusto, abusaba con frecuencia de las bebidas alcohólicas. En una de estas ocasiones, tuvo una caída y se produjo la luxación del hombro. El Dr. Bours practicó la reducción al día siguiente, creyendo haber obtenido éxito completo; y después continuó haciéndole masajes durante seis semanas. Sin embargo, el enfermo continuaba quejándose y sin poder servirse del brazo; y en dos ocasiones en que el Dr. Bours quiso moverle el brazo para asegurarse del estado de la reducción, el enfermo tuvo síncope. En vista de esto, el Dr. Bours propuso a Prévost cloroformizarle, a fin de practicar el examen sin dolor.

Aceptada la cloroformización por Prévost, el Dr. Bours la llevó a efecto en la mañana del 8 de junio de 1904; pero como en el lugar donde residía el enfermo no había sino otro médico, que se negó

a ayudarle en la operación al Dr. Bours; no tuvo más ayudante que un hombre fuerte, llamado en ese momento para que sostuviera al enfermo sobre la mesa, mientras se le cloroformizaba.

El Dr. Bours tapó la cara del enfermo con un pañuelo y empezó a verter sobre él gotas de cloroformo; pero apenas repitió esto por segunda vez, cuando el enfermo se enderezó bruscamente, volvió a caer sobre la almohada que se había puesto bajo la cabeza, y quedó muerto. El Dr. Bours practicó la respiración artificial durante hora y media, y la flagelación con un pañuelo mojado, y le hizo una inyección hipodérmica de éter; pero todo fue inútil, porque Prévost quedó definitivamente muerto.

La viuda de Prévost acusó al Dr. Bours fundándose principalmente en que no se hizo acompañar de otro médico para la administración del cloroformo y en que no preparó con anticipación nada de lo que podía necesitarse en caso de un accidente.

El Tribunal de Chateau-Thierry pidió un informe al Dr. Saint-Cene, quien, después de analizar prolijamente las declaraciones de la viuda Prévost, del Dr. Bours y del que le sirvió de ayudante, sienta las siguientes conclusiones:

1<sup>a</sup>--Mr. Prévost murió en el curso de una «anestesia clorofórmica, en las primeras inspiraciones del cloroformo; 2<sup>a</sup>--La muerte parece debida «a una asfixia rápidamente mortal por suspensión «de la respiración en el período de excitación; 3<sup>a</sup>--«este accidente se explica mejor por los antecedentes alcohólicos del enfermo; 4<sup>a</sup>--M. Bours nos parece que hizo todo lo posible para remediar la desgracia que acababa de sobrevenir; y no pensamos «que su responsabilidad pudiera estar comprometida de ninguna manera, pues creemos que cumplió «todo su deber».

El Tribunal acogió su informe; pero teniendo en consideración que el Dr. Bours no debía dar el cloroformo a Prévost por sus antecedentes alcohólicos y su predisposición a los sínopes, manifesta-

da por los dos que tuvo con motivo de los dolores que le ocasionaba el examen de los movimientos del brazo; que la vida de Prévost no estaba, de ninguna manera, amenazada por la luxación del hombro, mientras que sí corría peligro al cloroformizarle; y que el Dr. Bours no le previno al enfermo francamente de todos los peligros que corría al cloroformizarle, a fin de que decidiera con pleno conocimiento de ellos; condenó al médico a pagar ocho mil francos a la viuda, a título de daños y perjuicios, con los intereses respectivos, y a indemnizarle todos los gastos del litigio.

El Dr. Bours apeló ante la Corte de Amiéns, y presentó un informe del eminente Profesor de Medicina Legal de París, Mr. Paul Brouardel; quien, analizando con lógica inflexible y grande erudición los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Château-Thierry, expuso conceptos que podemos resumir de la siguiente manera:

La muerte sobrevenida durante la anestesia clorofórmica no es necesariamente imputable a la acción del cloroformo; pues antes del descubrimiento de la anestesia por el éter, el cloroformo y el peróxido de nitrógeno, los cirujanos habían señalado casos de muerte súbita, instantánea, irremediable, ocurridas en el momento en que iban a principiar la operación o en el principio de éstas.

La muerte en estos casos sobreviene por síncope cardio-pulmonar (inhibición), absolutamente lo mismo que la producida durante las primeras inhalaciones del cloroformo . . . . . La impresionabilidad del enfermo juega un papel importante en la producción de este accidente. El uso de los anestésicos no ha creado una forma nueva de muerte por detención de los movimientos cardíacos y respiratorios, pues existía ya antes de que fuesen descubiertos.

«No sé, dice textualmente Brouardel, donde se encuentre consignado el hecho de que los sínco-  
«pes cardio-pulmonares, durante la anestesia, sean

«más peligrosos en los alcoholizados. Lo único «cierto es que en ellos dura más tiempo y es más «intenso el período de excitación. Ninguno de los «autores que he consultado señala ni más frecuen- «cia ni más gravedad de los síncope cardio-pulmo- «nares en los alcoholizados; por el contrario, to- «dos han notado la disminución de los reflejos».

La predisposición al síncope manifestada en Prévost por el dolor que sufría con los movimientos de la articulación enferma, hacían indispensable, en vez de contraindicar, la administración del cloroformo; ya porque suprimido el dolor desaparecía la causa de los síncope; ya porque de otra manera era imposible el examen.

Cuanto a que no debiera administrarse cloroformo sino en los casos en que la enfermedad o la lesión pongan en peligro la vida del paciente, es una cuestión científica en la cual no tiene derecho de intervenir el juez, porque corresponde a los médicos fijar las indicaciones y contraindicaciones de la administración del cloroformo. ¿Cuántos enfermos quedarían en la más desgraciada situación si se acogiera la manera de pensar del Tribunal de Chateau-Thierry? Los que padecen luxaciones coxofemorales, de la rodilla, del codo; los que tienen anquilosis ¿se curarían sin cloroformo? La larga duración y la intensidad del dolor ¿no es para los enfermos un peligro más grave que el del cloroformo?

Ni es, tampoco, posible exigir al médico que dé al enfermo una instrucción completa y detallada de todos los peligros de la cloroformización; pues siendo ésta indispensable en muchos casos, el conocimiento detallado de sus peligros, no serviría sino para aumentarlos, despertando el temor o la impresionabilidad del paciente y disminuyendo su energía; lo cual debe, por el contrario, evitar el médico con vivo empeño, puesto que son las causas que más predisponen al síncope mortal. Además, se exageran los peligros del cloroformo; pues los

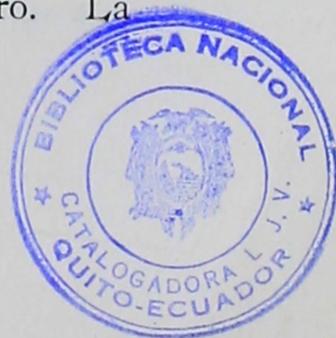
casos fatales no pasan de uno por tres mil, en unas estadísticas, y uno por dos mil en otras.

Y termina Brouardel su exposición con las siguientes palabras pronunciadas por Velpeau, en 1853, en un juicio análogo, en el cual dos cirujanos fueron condenados a una multa de cincuenta francos, por haber muerto el herido durante la cloroformización: «Vosotros tenéis en vuestras manos ((decía a los jueces) el porvenir de la Cirugía; la «cuestión interesa más al público que a los médicos; si condenáis al cirujano que ha empleado el «cloroformo, ninguno de nosotros consentirá en volver a emplearlo jamás; ningún médico querrá emplearlo si sabe que, a consecuencia de un accidente imposible de prever, incurre en responsabilidad.

«Os corresponde conservar la abolición del dolor o hacerlo renacer».

La Corte de Apelación de Amiéns acogió el informe del Dr. Brouardel, reproduciendo casi textualmente en sus *considerandos* las conclusiones de ese informe, y revocó la sentencia del Tribunal de Chateau-Thierry, absolviendo completamente al Dr. Bours.

Para terminar este capítulo, creemos necesario recordar que algunos médicos han sido condenados por haber transmitido a sus clientes, al examinarlos, enfermedades de que estaban afectadas las propias manos del médico, o por haberlas propagado entre los clientes, usando instrumentos mal aseados, y aun por no haber prevenido a las nodrizas del peligro del contagio a que están expuestas cuando amamantan niños sifilíticos. En estos casos, los tribunales han hallado imprecación, descuido u omisión en la conducta del médico; y los autores de tratados de Medicina Legal, que citan varios ejemplos, encuentran legales y bien fundadas las sentencias. El Profesor Brouardel refiere el caso de un médico inglés que asistió en un parto a una señora, teniendo una desolladura (*ecorchure*) en un dedo, la cual resultó después un chancro. La



parturiente contrajo la sífilis, y el médico fue condenado a pagarle setenta y cinco mil francos de indemnización. En Francia es muy conocido el caso de un médico que contagió la sífilis de un enfermo a otro, examinando a ambos la trompa de Eustaquio con el mismo instrumento. El médico murió cuando iba a iniciársele el juicio de responsabilidad; y relatando el suceso, dice Vibert: «Ninguna duda queda de que, en semejante caso, el médico sería «condenado»».

El último caso, el incurrir en responsabilidad por no advertir a la nodriza de los peligros del contagio cuando quiere amamantar a un niño sífilítico, tiene para el médico el grave inconveniente de estar en pugna con el deber de guardar el secreto profesional; pero como de este deber haremos un estudio completo en el capítulo siguiente, bastará indicar, por ahora, que muchas veces es imposible diagnosticar la sífilis en un recién nacido o en un niño de pocos días, por muy prolijamente que se le examine (Brouardel, Fournier, Vibert); y que conforme a nuestras leyes, la responsabilidad del médico no podría ser exigida sino en el caso de haberle consultado la nodriza previamente respecto de la salud del niño, y obtenido de él un informe falso, bien sea intencional, bien por falta de un examen suficiente para asegurarse del diagnóstico.

Recapitulando todo lo dicho y lo que fluye espontáneamente de las sentencias de los Tribunales franceses y las opiniones de médicos eminentes que dejamos transcritas, ratificaremos nuestra ya indicada manera de pensar relativamente a la responsabilidad profesional de los médicos, diciendo: Mientras se mantiene dentro del ejercicio honrado y concienzudo de su profesión; mientras no comete imprudencias temerarias, descuidos u omisiones; mientras no procede con ignorancia crasa, incompatible con las exigencias de su propio título profesional, el médico no incurre en responsabilidad de ninguna clase; pero en caso contrario debe res-

ponder por los daños causados, civilmente, a título de delito o cuasidelito, según lo prescrito por los artículos 2296 y 2311 del Código Civil; y criminalmente, según las disposiciones del Código Penal y del de Policía que quedan transcritos en el lugar correspondiente.

La absoluta irresponsabilidad de los médicos, defendida por la Academia de Medicina de París en 1832 y por algunos médicos notables, en el siglo anterior y aún en el presente, es una absurda exageración: el título profesional, por muy bien obtenido que sea, no puede, no debe ser jamás una patente de impunidad. Con igual fundamento y energía rechazamos, pues, ambas opiniones extremas: la de los que quieren que se declare al médico incapaz de toda culpa, y la de los que quisieran verle perseguido y penado por todos los malos éxitos de su profesión.

No es un argumento irrefutable en favor de la primera opinión el de las graves dificultades que podrían suscitarse en los Tribunales al aceptar la responsabilidad médica; pues ya hemos dicho que los Tribunales no juzgan de las teorías científicas, ni de la oportunidad y conveniencia de las indicaciones médicas o quirúrgicas, sino de las faltas que corresponden más bien al hombre que al médico, como la negligencia, la omisión, la imprudencia temeraria. Si la ley es justa y razonable, los peligros de su mala interpretación o aplicación, en los casos difíciles, harán necesario que los Tribunales se ilustren debidamente con el auxilio de peritos competentes y concienzudos; y exigirá de los jueces circunspección y mesura en sus dictámenes; pero esto no quiere decir que ha de borrarse la ley, consagrando como un principio la impunidad del médico que falta al cumplimiento de sus deberes.

Menos razón tienen los que afirman que la Medicina quedaría estacionaria, que se coartaría el ejercicio libre y progresivo del arte, y que muchos

serían víctimas de sus padecimientos, cuando fuere necesario tomar una resolución peligrosa para salvarlos, por haberse agotado ya los recursos ordinarios; porque toda esta exagerada defensa de la irresponsabilidad se anula teniendo en cuenta que las imprudencias temerarias, la negligencia punible, la ignorancia crasa, ni contribuyen al progreso de la ciencia, ni vienen jamás en provecho del enfermo.

La responsabilidad debe ser tanto mayor, cuanto más delicadas e importantes sean las obligaciones que han de cumplirse; cuanto mejor conozca o deba conocer el agente los peligros a que expone a sus semejantes con sus imprudencias, descuidos o negligencias; y el médico, que tiene en sus manos los más preciados dones del hombre, la honra, la vida, la salud; el médico, que conoce perfectamente los peligros concernientes al uso de sustancias venenosas, a la introducción de un bisturí en cualquiera región del organismo, a la práctica de las operaciones más sencillas, al abandono del enfermo que necesita observación atenta y prolija; el médico, que sabe y debe tener siempre presente que una sola palabra suya, proferida con imprudencia o ligereza, puede arruinar la honra, no sólo del enfermo, sino de toda su familia, debe ser, por lo mismo, más responsable de la falta de cumplimiento de sus deberes profesionales, siempre estrictos y delicados.

El médico que sabe lo que de él exigen, no sólo las leyes penales, sino principalmente su propio honor y su conciencia, y el arte noble y generoso a que se ha consagrado, no tiene, de ninguna manera, por qué huir la responsabilidad consagrada por las leyes; y lejos de rebatirla, se avergonzaría de temerla.



### CAPITULO III

#### SECRETO PROFESIONAL

El sagrado deber de guardar en lo íntimo de la conciencia lo que hemos sabido en reserva, ha sido reconocido y practicado universalmente desde los tiempos más remotos, y consagrado en las legislaciones más antiguas de que tenemos noticia. Moisés recomendaba encarecidamente a su pueblo el cumplimiento de ese deber; y Salomón decía: «*Qui denudat arcana amici, fidem perdit, et non inveniet amicum ad animum suum.—Dilige proximum et conjungere fide cum illo. Quod si denudaveris absconda illius, non persecueris posteum*».

Esta obligación de callar las cosas reservadas no podía ser desconocida u olvidada por los médicos, a quienes su profesión lleva forzosamente a ser los depositarios de los secretos más ocultos y los actos más íntimos; y antes de que ninguna legislación les hubiera prescrito ese deber, ellos se lo habían impuesto por sí mismos. El Padre de la Medicina, el sabio Hipócrates, lo consignó ya expresamente en su célebre juramento, que lo prestaban todos los que se dedicaban a la práctica de la ciencia que él principió a formar. «Aunque vea u oiga cualquier cosa en la sociedad, en el ejercicio de mi profesión, callaré lo que no tiene jamás necesidad de ser divulgado, mirando la discreción como un deber en este caso». Son las últimas palabras de ese memorable juramento.

Ahora no lo prestamos ya, porque en la época de la revolución francesa se extinguió la obligación de hacerlo; pero la convicción y la tradición han grabado en la conciencia de los médicos los deberes fundamentales que les imponía, y la reserva profesional, religiosamente observada por todos los médicos de honor, es y será una garantía, un consuelo y una fuente de confianza, no sólo para los enfermos sino para toda la humanidad (\*).

Y siendo esta reserva una verdadera necesidad social, la autoridad no ha podido ser indiferente en exigir su estricto y riguroso cumplimiento; y así la encontramos prescrita en las legislaciones antiguas y modernas, pasando, de esa manera, de obligación natural y voluntaria de los médicos, a forzoso deber legal sancionado con severas penas.

Pero la práctica incondicional y absoluta de este deber resulta no pocas veces opuesta a intereses individuales o sociales de grande consideración, dando así origen a conflictos que han hecho del secreto profesional asunto muy debatido y diversamente interpretado por legisladores, abogados y médicos. Quieren unos que el secreto sea absolutamente inviolable, cualesquiera que sean las exigencias que se le opongan; y otros, por el contrario, prefiriendo la necesidad social de hacer práctica la vindicta pública y de castigar los crímenes que podrían quedar ocultos respetando el sigilo de los médicos, piden que el deber de guardarlo termine siempre que esto sea necesario para la administración de justicia.

---

(\*) Tengo conocimiento de que los Sres. abogados al recibir la investidura profesional, juran, entre otras cosas, guardar reserva de lo que les comuniquen sus clientes. Bueno sería, en mi concepto, que se hiciera lo propio con los médicos, farmacéuticos y matronas, para inculcar mejor en el ánimo lo sagrado de este deber, tomándolo expresamente en cuenta en ese solemnisimo momento.

Y las legislaciones de los distintos países, informadas por esas diversas maneras de pensar y acomodándose a ellas, han consagrado en sus disposiciones, ya la inviolabilidad absoluta del secreto profesional, ya la obligación de guardarlo en unos casos y de violarlo en otros con denuncias y declaraciones.

Estudiemos, pues, primeramente todas nuestras disposiciones legales relacionadas con esta importante materia, porque es indispensable conocer con exactitud y precisión la doctrina legal, para poder criticarla y juzgar de su justicia y conveniencia; y expondremos en seguida las razones que nos han decidido a defender siempre la inviolabilidad absoluta del sigilo profesional, apartándonos algún tanto de la doctrina aceptada por nuestra legislación.

#### § 1—*Disposiciones legales relativas al secreto médico*

En el estudio de la parte legal será necesario resolver estas tres cuestiones distintas, regladas también en nuestros Códigos por disposiciones diversas: 1ª—Está el médico obligado a denunciar los hechos que ha descubierto en el ejercicio de su profesión y que afectan al orden público o al interés de los particulares?: 2ª—Puede hacerlo voluntariamente, es decir, sin estar la denuncia prescrita por las leyes?: 3ª—Debe declarar sobre estos hechos si es citado como testigo?

Y como el asunto es de los más importantes y discutidos en Medicina Legal, necesitamos ser algún tanto detallados en esta parte, por lo mucho que nos servirá para nuestras observaciones posteriores.

1º—**Denuncia.** Los delitos turban el orden social, y su averiguación y castigo interesa a la sociedad: de aquí nace la acción criminal. Con frecuencia y casi siempre violan al propio tiempo los derechos de los particulares, y dan origen a la ac-

ción civil para las reparaciones e indemnizaciones.

Síguese de aquí que la acción criminal corresponde a la sociedad representada por el Ministerio Público, que se ejerce por agentes, promotores y ministros fiscales. Mas el legislador ha creído conveniente que los particulares puedan auxiliarse en esta obra que interesa a todos, interviniendo en la pesquisa de los hechos por medio de denuncias o acusaciones.

El juicio criminal puede, por tanto, principiar de cuatro modos:

1º—Por denuncia, esto es, por el aviso secreto que da cualquier individuo al juez o al fiscal, por escrito reconocido o de palabra, mediante una acta que no se exhibe sino cuando, terminado el juicio, llega el caso de proponerse acción de calumnia contra el ~~delincuente~~ *denunciante*:

2º—Por querrela, esto es, por escrito de demanda en que el individuo se hace parte en el juicio criminal, con el nombre de acusador particular:

3º—Por excitación fiscal, es decir, por la solicitud que el fiscal dirige al juez, cuando tiene conocimiento de un hecho punible; y

4º—Por la pesquisa directa del mismo juez, que comienza a sustanciar el juicio criminal, sin necesidad de denuncia, querrela ni excitación fiscal, cuando tiene noticia de algún hecho notorio sujeto a sanción penal.

Como excepción, determina la ley ciertos hechos que no pueden perseguirse sino por el segundo de los cuatro modos sobredichos, por acusación particular, y estos hechos no pesquisables de oficio son los siguientes:

1º—El adulterio, que sólo puede pesquisarse por acusación del marido:

2º—La violación o atentado contra el pudor, cometido con una mujer mayor de catorce años, pero menor de veintiuno, sin fuerza ni violencia, sino por seducción y halago:

3º--La calumnia y la injuria:

4º--Los golpes y heridas que no causan enfermedad o incapacidad para el trabajo que pase de ocho días:

5º--La destrucción de árboles, de ciertos animales y otros objetos de poca importancia.

El motivo de la excepción en cuanto al adulterio y los atentados contra el pudor, consiste en el respeto al orden, dignidad y armonía de las familias; y por lo que toca a las demás infracciones, en la poca significación social de ellas.

Prescindiendo, pues, de estas excepciones, todos los demás delitos *son pesquisables de oficio*; y puede, por lo mismo, iniciarse el juicio por cualquiera de los cuatro modos indicados.

Más si la ley ha concedido a todos el *derecho* de denunciar o acusar los hechos punibles *pesquisables de oficio*; y si respecto de los no *pesquisables de oficio* ha restringido el derecho de acusar, concediéndolo sólo al agraviado y, en ciertos casos, a sus parientes íntimos; no ha querido establecer respecto de ningún particular la *obligación* de denunciar o acusar los hechos punibles de que tenga noticia o haya presenciado.

No existe, por tanto, entre nosotros *deber*, sino *derecho* de denunciar o acusar.

Esta regla, por lo que toca al deber, no tiene excepción alguna; mas sí en cuanto al derecho; pues a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del presunto delincuente, se les prohíbe de modo expreso denunciar o acusar, protegiendo de esta manera el espíritu de unión y solidaridad que debe reinar en las familias y que sirve también de base al bienestar social.

Por tanto, atenta la doctrina del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, al cual corresponde el tratado de la *denuncia* y la *acusación*, síguese que el médico no está en caso alguno obligado a denunciar, pero que tampoco tiene prohibición

de hacerlo, sino en los casos de las excepciones generales anteriormente anotadas.

Mas en el Código Penal, en el tratado de los *delitos contra las personas*, hallamos una disposición que dice: «Art. 438.—Los médicos, cirujanos, «practicantes, farmacéuticos, matronas y cualesquiera otras personas depositarias por su estado o «profesión de los secretos que se les confían, y que «fuera del caso en que se les llame a declarar en «juicio, o en que la ley les obliga a hacer conocer «dichos secretos, los hubieren revelado, serán castigados con prisión de uno a seis meses y multa de «cuarenta a ochenta sucres».

De esta disposición se sigue que al médico le es prohibida la revelación de los secretos profesionales, y que se exceptúan de esta prohibición sólo dos casos: el en que sea llamado a declarar en juicio, y en el que la ley le obligue a hacer conocer dichos secretos. Pero como la denuncia de los hechos punibles no está comprendida en ninguno de los dos casos, porque, como lo acabamos de demostrar, es un acto libre y espontáneo y nunca obligatorio, podemos concluir que con arreglo a esta disposición le es al médico prohibido denunciar los secretos conocidos en el ejercicio de su profesión.

Pero en los Reglamentos expedidos por la Dirección General de Sanidad si se les impone a los médicos la obligación de denunciar ante la autoridad respectiva algunas enfermedades contagiosas, cuya difusión interesa impedir a la sociedad; y en la Ley de Registro Civil y también en los Reglamentos de Sanidad se dispone que ningún cadáver se inhumará sin que se haya presentado previamente, en las oficinas de Registro Civil, el certificado de defunción suscrito por el médico que asistió al enfermo; y en uno y otro caso pueden verse los médicos obligados a denunciar hechos de que tuvieron conocimiento en el ejercicio de su profesión, bajo la más estricta condición de reserva, ya que para estos casos prescritos por una ley, cesan la prohibición y

la responsabilidad prescritas por el art. 438 del Código Penal.

Quedan, por lo mismo, resueltas las cuestiones relativas al sigilo profesional concernientes a la denuncia, en estos términos: No tiene el médico en caso alguno obligación legal de denunciar los hechos punibles; y, por el contrario, de la disposición del art. 438 del Código Penal se colige que le es prohibido hacerlo, bajo la pena de uno a seis meses de prisión y de cuarenta a ochenta sucres de multa, siempre que se trate de sus secretos profesionales. Mas la Ley de Registro Civil y los Reglamentos de Sanidad le obliga a denunciar la enfermedad que ha causado la muerte y algunas de las epidémicas o contagiosas, aún en los casos en que se halla obligado a guardar la reserva profesional.

2º--**Declaración.** Fijémonos ahora en lo que la ley preceptúa respecto de la declaración testimonial, para conocer en conjunto su doctrina y poder hacer de ella el juicio respectivo.

El Código de Enjuiciamientos Civiles divide a los testigos en idóneos y no idóneos. Para ser idóneos se requiere edad, probidad, conocimiento e imparcialidad.

Por falta de edad no son idóneos los menores de diez y ocho años; por falta de conocimiento, los locos, los ébrios, & por falta de probidad, los de mala conducta, los condenados por falsedad, los vagos, & por falta de imparcialidad, los parientes en cuarto grado, los amigos íntimos, los *defensores y procuradores*, los enemigos.

Hecha esta enumeración y clasificación, sienta el Código la regla de que las declaraciones de los testigos inhábiles o no idóneos valen, siempre que la parte contraria no alegue y pruebe la tacha; y, como corolario de esta regla, añade el art. 228: «Todos los testigos que presenten las partes están obligados a declarar; y si se negasen, el juez les compelerá imponiéndoles multa de de dos a seis

«sucres diarios, o mandando reducirlos a prisión «por el término de cuatro a quince días».

De esta disposición se deduce que, según el Código de Enjuiciamientos Civiles, nadie tiene derecho para negarse a declarar como testigo, incluso el abogado defensor y el médico. La declaración que se da contra sí mismo se llama confesión, y este mismo Código dispone que también todos están obligados a confesar, excepto en el caso en que pueda seguirles responsabilidad criminal.

En materia criminal se ha creído tan importante y fundamental el derecho de defensa y tan digno de la protección de las leyes el sentimiento que nos induce irresistiblemente a conservar y proteger la honra y la existencia propia y la de nuestros íntimos allegados, que en cierto modo nos es también propia, que se los ha guardado en el sancta sanctorum de las leyes, en la Constitución. El artículo 26, relativo a las garantías individuales y políticas, dice: «El Estado garantiza a los ecuatorianos. . . . 11.—El derecho de no poder ser obligado a prestar testimonio en juicio criminal contra «su consorte, ascendientes, descendientes y colaterales, hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad; ni compelido con juramento u otros apremios, a declarar contra sí mismo, en asuntos que le acarreen responsabilidad penal; . . . . .»

El Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, atendiendo a esta base, establece como trámite la confesión del reo, pero no le constriñe de modo alguno a confesar ni le exige juramento; y tratando de las declaraciones de los testigos, consigna la siguiente disposición:

«Art. 54.—No pueden ser testigos los cómplices, ni el cónyuge del indiciado, ni sus parientes «dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, ni los demás que se «expresan en el Código de Enjuiciamientos Civiles.

«El juez rechazará las declaraciones de los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge del indiciado, aunque voluntariamente se prestaren a declarar; pero a los demás parientes que renunciaren expresa y voluntariamente esta garantía podrá recibírseles su declaración, haciendo constar la renuncia en la diligencia respectiva.

«A los menores de catorce años no se les exigirá juramento, y sus declaraciones no prestarán otro mérito que el servir de base para la indagación».

«Art. 55.—A los testigos inhábiles se les recibirá la declaración siempre que convenga como un medio de inquirir la verdad».

Tenemos, pues, que este Código, después de ratificar la regla consignada en el de Enjuiciamientos Civiles, de que se puede exigir la declaración aún a los testigos inhábiles, establece una razonable excepción en favor de los parientes, para salvar aquel sentimiento natural de conservación y defensa, aquel espíritu de unión y solidaridad, fundado en los vínculos de la sangre, justamente protegido por la Constitución; siendo de advertir que a los parientes más cercanos, no sólo les exime del deber de declarar, sino que les prohíbe hacerlo, aunque ellos y el mismo reo consientan en la declaración.

Y no hay ninguna otra excepción en el Código de Enjuiciamientos Criminales: del médico y del defensor nada se dice.

Mas el Código Penal, tratando del prevaricato, dice en el artículo 236: «Los abogados, defensores o procuradores en juicio *que descubran los secretos de sus defendidos a la parte contraria*, o que, después de haberse encargado de defender a la una y enterándose de sus pretensiones y medios de defensa, la abandonaren y defendieren a la otra, o que fueren a la parte con su cliente en la cosa litigada, estipulando cuota en lo que produjere el juicio, o que, *de cualquier otro modo, a sabiendas,*

«perjudicaren a su defendido para favorecer al contrario, o sacar alguna utilidad personal, serán castigados con prisión de uno a cinco años».

Esta disposición parece referirse a la revelación espontánea y maliciosa que hiciere el abogado a la parte contraria, y no a la que ordenase el juez para descubrir algún hecho que interese al orden público o al bien social. Pero como la restricción no es expresa y clara, se ha considerado en la práctica esta disposición como el baluarte que protege y asegura la inviolabilidad del secreto de los defensores. Por manera que esta inviolabilidad se funda, no tanto en disposiciones claras y terminantes del Derecho, sino en la razón filosófica de que ella es esencialmente indispensable para el ejercicio de la defensa, esto es, de uno de los derechos más fundamentales y más digno de la protección de las leyes.

Además, la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe también a los abogados, de un modo general, revelar los secretos de sus clientes.

Estas disposiciones que garantizan la inviolabilidad del secreto profesional de los abogados nos servirán para un argumento de analogía en favor del sigilo médico, por lo cual las hemos citado aquí; además de que su recuerdo será útil para los alumnos de Derecho que estudien Medicina Legal.

Con respecto al sigilo médico, tenemos que lo principal está en la disposición del art. 438 del Código Penal, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los médicos, cirujanos, practicantes, farmacéuticos, matronas y cualesquiera otras personas depositarias por su estado o profesión de los secretos que se les confían, y que fuera del caso en que son llamados a declarar en juicio, o en que la ley les obliga a hacer conocer dichos secretos, los hubieran revelado, serán castigados con prisión de uno a seis meses y multa de cuarenta a ochenta sucres».

Como se ve, este artículo no establece de un modo positivo la obligación de declarar, sino, por el contrario, la de guardar secreto; pero añade que este deber del secreto cesa cuando el juez llama al médico a declarar y cuando alguna otra ley le obliga a hacer revelaciones. Mas, como según hemos visto, la regla general del Código de Enjuiciamientos Civiles es que todos están obligados a declarar, y el de Enjuiciamientos Criminales exceptúa sólo a los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, síguese que el médico está también obligado a declarar siempre que le llame el juez.

El distinguido Profesor de Medicina Legal, Dr. Miguel Egas, en un magnífico artículo que publicó en los "Anales de la Universidad Central" contrajo su censura a este artículo del Código Penal (495 de la edición entonces vigente); pero no era ese el que debía ser censurado por imponer a los médicos el deber de declarar, sino el del Código de Enjuiciamientos Civiles, que establece la regla general de que todos están obligados a declarar. Lo censurable del artículo del Código Penal está en que, no eximiendo a los médicos del deber de guardar secreto cuando son presentados como testigos y el juez los llama a declarar, los deja sometidos al derecho común.

Mas claro, el art. 438 dice que el médico que declara por orden del juez no tiene pena, pero no que el médico está obligado a declarar obedeciendo al juez.

Y comparando el art. 438, que habla de los médicos, con el 236, que trata de los abogados, observaremos que ambos consignan la obligación de guardar el secreto; pero que el primero añade que la prohibición cesa cuando el juez o la ley ordenan la declaración, y que el segundo nada dice a este respecto, dando lugar a la interpretación benigna y razonable de que antes hicimos mención en favor del sigilo de los abogados.

Para concluir la exposición de la teoría legal, falta una sola explicación. Al leer en el art. 438 las palabras que dicen: "Fuera del caso en que sean llamados a declarar en juicio *o en que la ley les obligue a hacer conocer dichos secretos*, se podría creer que el médico está obligado, según la ley, no sólo a declarar como testigo, sino también a hacer revelaciones espontáneas respecto de hechos punibles y pesquisables de oficio, como sucede en otros países; es decir, a presentar denuncias o delaciones. Esto sería un error, pues ya queda dicho que nuestras leyes no obligan a nadie a hacer denuncias de esta clase.

Queda, pues, resuelta la cuestión del sigilo profesional del médico, en el campo legal, en estos términos:

1º No está el médico en ningún caso obligado a denunciar o delatar los hechos punibles, pues la ley no ha impuesto este deber a ningún particular:

2º La Ley de Registro Civil y los Reglamentos de Sanidad sí le ponen en el caso de revelar los secretos profesionales que se relacionan con las enfermedades de declaración obligatoria o con las que hayan sido causa de muerte:

3º Aunque todos, excepto los parientes íntimos, tienen el derecho de denunciar, según el Código de Enjuiciamientos Criminales, le es prohibida al médico toda revelación y denuncia de los secretos profesionales, bajo las penas expuestas por el art. 438 del Código Penal:

4º Cuanto a la declaración testimonial, la ley de procedimiento civil establece que todos están obligados a prestarla; y el Código de Procedimientos Criminales, ajustándose a la Constitución, exceptúa sólo al mismo reo y a los parientes íntimos.

Por tanto, como el artículo 438 del Código Penal, lejos de consagrar la inviolabilidad absoluta del secreto, hace cesar la prohibición de revelarlo en los casos en que lo exija el juez o lo prescriba una ley, quedan los médicos sujetos a la regla general,

esto es, a la obligación de declarar, bajo la pena de dos a seis meses de multa o de cuatro a quince días de prisión, señalada por el art. 228 del Código de Enjuiciamientos Civiles:

5º.—El abogado se considera exonerado de la obligación de declarar, porque el art. 236 del Código Penal, que consigna la misma prohibición impuesta al médico por el 438, no contiene ninguna excepción, a diferencia de lo que hace este último artículo. Además la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a los abogados, de una manera general, la revelación de los secretos de sus clientes.

Si comparamos, ahora, para formar mejor concepto de nuestra legislación, las disposiciones que acabamos de examinar con lo que dicen respecto de la denuncia y la declaración las leyes de algunas otras naciones, veremos que la Jurisprudencia no ha sido uniforme en esta importante materia.

Nada diremos de la antigua, de la cual no nos quedan al respecto sino sombríos y horripilantes recuerdos. Sólo en favor del defensor se encuentra en el Derecho Romano una razonable excepción, lo mismo que en cuanto al sacerdote.

El Código de Enjuiciamientos de Francia obliga también a todos a declarar como testigos y aún a denunciar los hechos criminales que presenciaren (art. 30), exceptuando, lo mismo que el nuestro, a los parientes cercanos. Pero el Penal, en el lugar que en nuestro Código ocupa el art. 438, tiene el siguiente:

«Art. 378.—Los médicos, cirujanos y otros oficiales de salud, los farmacéuticos, parteras y todas las demás personas depositarias por su estado o profesión de los secretos que se les hubiere confiado, que los revelaren, *a no ser en los casos en que la ley les impone la obligación de denunciarlos*, serán castigados con las penas de prisión de uno a seis meses y multa de ciento a quinientos francos».

Como se ve, de este artículo se ha copiado literalmente el nuestro, agregando sólo las palabras

*Juera de los casos en que sean llamados a declarar en juicio*, que no se encuentran en el modelo; resultando de aquí que la prohibición cesa entre nosotros en dos casos, mientras que en el Derecho Francés, en uno solo, *cuando la ley obliga a la revelación*.

Ahora pues, este caso no tiene tampoco aplicación alguna en la práctica; porque las leyes y decretos que imponían antes la obligación de declarar han sido revocadas o han caído en completo olvido; y las disposiciones del Código Civil vigente, que imponen la misma obligación carecen de sanción penal. El deber de denunciar los crímenes contra el Estado y la falsificación de moneda, quedó abolido por la ley de 28 de abril de 1832. La denuncia de los heridos a que asistían los cirujanos, impuesta por el Edicto de diciembre de 1666, de Luis XIV, tantas veces renovado hasta el año 1832, fue también en cierto modo revocada con la Ordenanza del 1º de enero de 1836, por la enérgica resistencia que hizo toda la Corporación Médica de París, con motivo de las sangrientas jornadas del 5 y 6 de junio de 1832. Acogiéndose a la citada Ordenanza y a lo dispuesto por el art. 378 del Código Penal, opinan que está abolida la obligación de denunciar a los heridos, no sólo los médicos legistas franceses, sino muchos de los más eminentes jurisconsultos, como Hemar, Chauveau, Faustin Hélie, a quienes cita Brouardel en su importante tratado de "Le Secret Médicale".

El art. 30 del Código de Enjuiciamientos Criminales que impone a todos los franceses la obligación de declarar o denunciar los crímenes o delitos que presenciaren, no tiene sanción penal y por esto no lo obedecen los médicos cuando se consideran obligados a guardar secreto en virtud de los deberes profesionales. Además, el Comité Consultivo de Asistencia Pública de París, estableció terminantemente, en 1902, la conducta que deben seguir los médicos de los hospitales, y esta misma conducta han seguido todos los otros médicos. El Director de la Administración preguntó al Comité

si los médicos y cirujanos de los hospitales podían denunciar a los juzgados de investigación las huellas de un delito que hubiesen comprobado o de las que tuvieren conocimiento en el ejercicio de sus funciones, sin violar el secreto profesional; y el Comité emitió la opinión de que el secreto profesional constituía una regla absoluta para todos los médicos de los hospitales, en todo lo relativo a los hechos de que hubieren tenido conocimiento por los cuidados prestados a los enfermos de los establecimientos.

Respecto de la declaración testimonial, no sólo existe la prohibición del artículo 378 del Código Penal, sino un decreto expedido por la Corte de Casación de París, en 1882, que autoriza a negarse a declarar a todos los que estén obligados por el secreto profesional; y una decisión más significativa todavía, pronunciada en 1899, en la cual declaró *nula* la declaración de un médico recibida con violación del secreto profesional.

No quedan, pues, sino los artículos 55, 56 y 57 del Código Civil, que imponen la obligación de dar aviso de los nacimientos al Oficial del Registro Civil, no sólo a los padres del nacido, sino al médico, cirujano o comadrona, o a cualquiera otra persona que hubiera asistido al parto. Pero como el art. 57, que es el que prescribe la declaración de los nombres domicilio y profesión de los padres, no está comprendido en la sanción impuesta por el art. 346 del Código Penal a los que no cumplen lo dispuesto por los arts. 55 y 56, los médicos se acogen a esto para limitarse a indicar el día del nacimiento, el sexo del recién nacido y los nombres que debe llevar, guardando secreto absoluto sobre todo lo que podía delatar a los padres, que es el principal deber del médico, cirujano o comadrona que asisten a un parto reservado. Y esta conducta de los médicos ha sido aprobada por las Cortes de Agen y de Angers, y por la Corte Suprema de París, y está apoyada en la muy autorizada opinión de M. De-

molombe, según lo exponen Brouardel, Vibert, Thoinot y Luteaud en sus obras citadas.

De manera que podemos concluir que realmente el secreto médico es inviolable en Francia.

En los Estados Unidos está también el médico exento de la obligación de declarar.

En la República Argentina, el Código de Enjuiciamientos Criminales, en el art. 275, prohíbe terminantemente que se cite como testigos a los abogados, médicos, farmacéuticos y parteras, respecto de los hechos que se les ha revelado en el ejercicio de su profesión; y el Código Penal, art. 265, establece la pena de suspensión de seis meses a un año y multa de veinticinco a trescientos pesos, sin exceptuar caso alguno. En virtud de estas disposiciones, se tiene por absolutamente inviolable el secreto profesional; y la obligación impuesta por el art. 165 del Código de Procedimientos Criminales a los médicos, cirujanos, farmacéuticos, &, de denunciar al juez competente o al Ministro Fiscal los casos de envenenamiento y todos los ataques personales, cualesquiera que fuesen, en los que hayan prestado los socorros de su profesión, se entiende siempre que no haya incompatibilidad con el deber de guardar el secreto profesional. Y hasta la Ley de Registro Civil, respetando este secreto, no impone a los médicos y comadronas, el deber de declarar los nacimientos; sino a los padres y parientes inmediatos, en los nacimientos legítimos, y a la persona a cuyo cuidado quede el niño, en los ilegítimos. Arts. 36 y 37 de la citada Ley.

En el Código Penal Chileno, el art. 247 impone pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de ciento a quinientos pesos a los que, *ejerciendo una profesión que requiere título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubiere confiado*. Y como esta disposición no exceptúa ningún caso, se acogen los médicos a ella para negarse a declarar como testigos, en los asuntos secretos de su profesión, cuando son llamados

por el juez, en virtud de lo dispuesto por el art. 494, Nº 12, del mismo Código, que obliga a los médicos, cirujanos, farmacéuticos, matronas o cualquier otro llamado como testigo o perito, a declarar o practicar la operación exigida, bajo las mismas penas del art. 247.

La Ley de Registro Civil no impone al médico o la comadrona la obligación de declarar los nacimientos, sino cuando es expresamente llamado por el jefe de la oficina; y en los partos secretos, se les exige *pura y simplemente el hecho material del nacimiento*.

Las disposiciones relativas al secreto profesional en el Perú, son enteramente iguales a las nuestras.

En España, el Código Penal, al tratar de la violación de los secretos, impone también la obligación general de no revelarlos (art. 284). Mas el Código de Enjuiciamientos Criminales retrocedió bruscamente en esta materia e impuso a los médicos, no sólo el deber de declarar como testigos, sino el de denunciar, sin excluir caso alguno (arts. 262 y 416), formando así un chocante contraste con el espíritu de las legislaciones modernas que, de un modo más o menos terminante, van consagrando el principio eminentemente filosófico y moral de la inviolabilidad absoluta del secreto profesional.

#### § II—*Razones que exigen la inviolabilidad del secreto médico*

Terminado el estudio de la parte legal relativa a esta importante materia, veamos brevemente las razones que abogan en favor de la inviolabilidad absoluta del secreto médico e imponen una reforma de nuestras leyes en este sentido.

El primer principio moral "Haz el bien" aplicado a las relaciones de los hombres con sus semejantes, impone el deber de callar lo que a

éstos les perjudique. Mas este deber cesa, con arreglo a la misma base, cuando está en conflicto con otros superiores, como el de atender al orden público, al bienestar social, o a un derecho individual más evidente.

En la naturaleza del hombre y de la sociedad se funda el tributo de verdad, o sea el deber de cooperar a la acción social y al bien de los demás, dando testimonio de los hechos que sirven a la administración de justicia, o a la conservación de los derechos de los asociados.

En principio, estamos, pues, obligados a responder a la autoridad que nos interroga, y aún a manifestar espontáneamente a ella o a los particulares los hechos que les interesan.

Mas esta regla comporta excepciones. Las leyes no son justas y convenientes si no ven en el hombre lo que es y lo que debe ser, tomando en cuenta todas sus relaciones, sus necesidades, inclinaciones y sentimientos, y aún sus instintos. Por esto exímese con razón de aquel deber a los parientes íntimos, para no ponerles en la tortura de cometer una falsedad o violentar los impulsos de la naturaleza, y para proteger y respetar la unión y fraternidad de la familia, elemento indispensable de bienestar social.

Y con mayor razón se exime al individuo de dar testimonio contra sí mismo.

Otras veces tiene la excepción base más evidente: si se llega a conocer un hecho a condición de reserva, esta condición constituye un pacto que no nos es lícito violar. El que debe una suma a Pedro, no se la puede dar a Juan, aunque de esto se siga un bien a la sociedad; así también, el que ha recibido una confidencia de Pedro, no puede revelarla a Juan, porque este secreto constituye, por decirlo así, un depósito cuya propiedad pertenece al depositante. Afirmar que, por hacer un servicio al público, se puede revelar un secreto recibido bajo pacto de reserva, equivale a sostener que se

puede robar para beneficiar a la sociedad con el producto del robo. Esto en el supuesto de que la revelación del secreto sea realmente útil y ventajosa para la sociedad; pero luego veremos cuan falso es este supuesto tratándose del sigilo médico.

El depositario de un secreto lo tiene a condición de no entregarlo a terceros; de modo que, para el efecto de esta entrega, se puede decir que no lo tiene, porque la tenencia se halla ligada a la condición, como el efecto a la causa. Por tanto, no sólo debe negarse a declarar, sino que, en casos extremos, puede y aun debe contestar que nada sabe; ya que, en verdad, para el efecto de revelar, no lo sabe.

«Lo que sé por medio de la confesión, dice San Agustín, sé menos que lo que no he sabido nunca».

La eficacia de este pacto se aumenta si se ha verificado, no por la libre voluntad de las partes, o por esa inclinación natural a buscar alivio a las dolencias del alma, mediante desahogos confidenciales, sino por otra necesidad más apremiante, como la de salvar la honra, la vida, la salud.

El que roba en un incendio, el que despoja al naufrago que en nombre de la naturaleza reclama la compasión y el socorro de sus semejantes, es más criminal y execrable que los ladrones comunes, y es tratado con mayor rigor por las leyes penales.

Y las leyes civiles, al tratar de los contratos, confieren mayores garantías y protección al depósito llamado *necesario*, que es el que se efectúa en caso de ruina, incendio, saqueo u otra calamidad.

Por idéntica razón, el abogado y el médico que reciben un secreto del menesteroso que se acoge a ellos, obligado está a sacrificarse mil veces antes que violar ese depósito sagrado, del cual por ningún título puede disponer.

Nadie, absolutamente nadie, podrá negar que son no sólo útiles sino indispensables para la curación de muchas enfermedades esas confidencias íntimas, esas revelaciones de lo más oculto y secreto,

hechas por el enfermo a su médico. Muchas veces por el hecho de manifestar su dolencia, está revelando al médico un secreto que a ninguna otra persona lo confiaría, y que a muchos haría resignarse a la muerte antes que descubrirlo, si tuvieran el temor de que pudiera divulgarse. Me admira, por lo mismo, que el Dr. Ferrer, notable médico legista español, haya llegado a decir que los enfermos, callando sus secretos, podrían evitarse el disgusto de verlos revelados; y los médicos, negándose a recibirlos, librarse de las odiosas obligaciones que la ley les impone.

Se podrá creer que el enfermo que abre al médico completamente las puertas de su corazón y le confiesa los actos más íntimos de su vida, lo hace por pura indiscreción o pasatiempo, y no llevado de una necesidad imperiosa, que cubre de rubor su angustiada fisonomía y hace aparecer muchas veces a sus ojos las lágrimas de la vergüenza? El padre cuidadoso del porvenir y la salud de su familia; la madre que aceptaría gustosa la muerte antes que la deshonra, pero que acepta el horrible dolor de una vergüenza suprema en aras del amor a sus hijos; la esposa desdichada que tiene desgarrado el corazón y envenenado el organismo por las infidelidades de su marido; una desgraciada mujer, víctima de la debilidad de su carácter o de la mala educación que ha recibido, que no puede resistir a los engaños de un seductor, llamarán al médico, para desahogar su corazón atribulado y pedirle el auxilio de su noble y generosa profesión, por sólo un capricho de su voluntad, por una indiscreción y ligereza, y no llevados de una imperiosa y amarga necesidad?

Y no sólo en las enfermedades de suyo reservadas, sino en cualesquiera otras que no lo sean, se ve a veces el paciente obligado a hacer al médico revelaciones de cosas secretas que torturan su conciencia y tienen su ánimo abatido y postrado, por estar directa o indirectamente ligadas con sus pa-

decimientos físicos. Muchas veces en estas amarguras secretas está toda la causa de su enfermedad, y para encontrar la salud le son necesarios íntimos desahogos en un corazón amigo; frases de consuelo y de aliento, que sólo puede esperarlas y recibirlas del médico; porque hay secretos desgarradores del alma que no se pueden decir al padre, ni a la madre, ni a la esposa, ni al hijo. Muchas, muchísimas veces está el alma más enferma y dolorida que el cuerpo; y estos dolores y enfermedades se curan solamente con el bálsamo de la confianza íntima que inspira la seguridad de no ser nunca traicionado.

Y podrá decirse que el depósito de los secretos de un enfermo no es un *depósito necesario*, que debe, por lo mismo, ser más escrupulosamente asegurado y protegido por las leyes que aspiran al honroso título de justas y sabias? “Una confidencia hecha por necesidad a un amigo íntimo, no puede ser de ningún modo comunicada a otros, porque es como una arca sellada que se entrega sin llave, la cual no puede abrirse sin fractura, o como un depósito sagrado al cual no puede tocarse sin cometer un sacrilegio”, dice el Dr. Pedro Mata.

El pacto o condición de reserva de que vengo hablando puede ser expreso o tácito: es tácito cuando la naturaleza del asunto o las circunstancias manifiestan que las partes proceden en ese concepto. Tal es el que de ordinario media entre los médicos y abogados y sus clientes, afianzando, además, por el juramento que éstos prestan al recibir su investidura profesional. De aquí que podría justamente reputarse ofendido el médico o abogado a quien el cliente le exigiese en su favor una renovación expresa de las promesas hechas en lo más sagrado de la conciencia desde que nos iniciamos en la carrera profesional.

Debe tenerse presente que este pacto expreso o tácito es aquel por el cual se nos hace sabedores de un hecho, confiándonoslo verbalmente o dejándonos

conocerlo de cualquier otra manera en el ejercicio profesional; pacto esencialmente distinto del de no declarar lo que ya sabemos por otros medios, el cual aún puede ser nulo por ilicitud de materia. Si el que presencia un crimen o un contrato se compromete después con juramento a no declarar, el compromiso y el juramento son nulos; porque por el hecho de haber presenciado aquel hecho, contra-jo el deber social de declarar como testigo, y la autoridad adquirió el derecho de exigirle esa declaración. El pacto, por lo mismo, tendría por objeto la violación de un deber y la enagenación o renuncia de un derecho ajeno, perteneciente a la sociedad y a los interesados en la declaración. Lo contrario sucede en el pacto de que aquí tratamos: antes de conocer el hecho no hay deber de declarar; y como si no se acepta la condición de reserva, no se trasmite el secreto, el que lo recibe confidencialmente de nada priva ni a la sociedad ni a terceros. El pacto en análisis no es, por tanto, ilícito.

El único argumento de los adversarios a la in- violabilidad absoluta del secreto profesional, es el de que los respetos y miramientos a los particu- lares deben sacrificarse al bien general, esto es, al in- terés social de descubrir los hechos que, sin la de- claración de los médicos quedarían sepultados en el misterio. Este argumento no tiene ninguna fuerza, como lo vamos a ver brevemente.

Desde luego es falso que el sigilo médico inte- rese sólo a los particulares. Si convenimos en que él es indispensable para la práctica de la Medicina, y sin él se haría casi imposible el conocimiento y curación de muchas y graves enfermedades, se de- gradaría el nobilísimo sacerdocio del médico, tan beneficioso para la humanidad, llegando a inspirar desconfianza y horror; debemos consentir en que el sigilo médico es un verdadero bien, más aún, una necesidad social, sin duda de mayor importan- cia y urgencia que la consecución de un odioso medio de investigación de algunos hechos punibles.

Verdad es que en las circunstancias ordinarias de la vida la mayor parte de los individuos no tienen nada que ver con los Tribunales, ni están, por lo mismo, expuestos a que sus secretos sean divulgados por la confesión forzosa que arranque un juez a los médicos; pero tampoco existe en la sociedad familia alguna, por honrada y virtuosa que sea, que pueda creerse absolutamente garantizada para todo tiempo, contra toda desgracia, y al abrigo de esas calamidades que hacen desear desde el fondo del corazón el más absoluto e inviolable secreto. Quién podrá prever los misterios del porvenir y mirar a lo lejos, a través de las densas sombras de lo futuro, para estar seguro de que jamás ni él mismo ni ninguno de los miembros de su familia, podrán contraer una enfermedad o ser víctimas de cualquier otro accidente que les obligue a recurrir a un médico en la más íntima y profunda reserva?

Un asunto que así toca a la actualidad y al porvenir de las familias y en el cual todos están vivamente interesados, no puede ser de ninguna manera un asunto de interés particular, sino de grande y positivo interés social, superior, como ya lo hemos dicho, a la consecución de un vergonzoso medio de pesquisar algunos crímenes. Y esta superioridad del interés social de declarar inviolable el sigilo médico, respecto de la utilidad que los Tribunales podrían obtener obligando a violarlo, fue ya expresamente definida por la Corte de Aix, el 19 de Marzo de 1902; pues en los *considerandos* de una de sus sentencias dijo: «Que la no divulgación del secreto es una regla de orden público que «no admite ninguna excepción ni cede delante de «ninguna restricción; que ella priva al testigo de la «obligación de declarar respecto del hecho que su «testimonio tenía por objeto; y que, en el conflicto «entre estos dos deberes, debe triunfar la inviolabilidad del secreto profesional».

Menos acertados andan todavía los que dicen que defendemos el sigilo médico por interés de los

profesionales. Qué utilidad, qué bien le reporta al médico hacer de su conciencia el arca sagrada donde se depositen en silencio los secretos más amargos y vergonzosos de la humanidad desgraciada? Ninguno, absolutamente; y por el contrario este deber le impone hasta el sacrificio inmenso de no poder defender su honor y su crédito profesional, por no divulgar la verdad respecto de las enfermedades secretas que ha curado, cuando se le hacen imputaciones falsas y calumniosas relativas a la manera como ha intervenido o al éxito que ha alcanzado. Y ¿acaso no ha habido clientes ingratos que se han negado a pagar al médico el honorario justamente debido por su asistencia, confiando en que la obligación del secreto hace imposible llevar la demanda ante los Tribunales? . . . . .

Entonces ¿por qué jura el médico callar para siempre todo lo reservado que sepa en el ejercicio de su profesión? Lo jura para inspirar confianza absoluta en él a todos los que le puedan necesitar; para que todos se le acerquen sin temor ni vergüenza; para que todos sepan que las cosas que van a decirle quedarán cubiertas por el más absoluto silencio, como si jamás se lo hubieran dicho a nadie; lo jura, pues, por hacer un grande bien a todos, es decir, a la sociedad, ya que ninguno de sus miembros puede estar seguro, por lo menos de no contraer alguna de esas enfermedades que, sin necesidad de ser buscadas por medios bochornosos, como el cáncer, la lepra, &, avergüenzan al que tiene la desgracia de contraerlas, y aún a toda su familia; y son, por lo tanto, reveladas al médico bajo la condición y la confianza del sigilo.

Y será justo, será razonable que la misma sociedad le quite al médico el derecho de hacerle este grande bien, imponiéndole, en cambio, una obligación humillante, un deber vergonzoso y depresivo de su dignidad?

Dicen algunos que siendo la declaración prescrita por la ley y exigida por la autoridad, no de-

grada ni envilece de ninguna manera al que la presta. No podemos aceptar esto como cierto, de un modo general, ni en relación con el asunto de que tratamos.

Las leyes humanas no pueden cambiar la naturaleza de las cosas: cuando lo que se declara se ha sabido bajo la condición de reserva, esa declaración voluntaria o forzada es la violación de un pacto sagrado, una traición inicua al que confió en nuestro sigilo, una delación; y la delación nunca es noble, nunca es digna, nunca es honrosa, aun cuando leyes inconsultas la legitimen o la exigan por medios coercitivos.

«Ora sea espontáneamente, dice el señor Ma-  
«ta a este respecto, ora por mandato de un Tribu-  
«nal, siempre resulta que el que revela lo que ha  
«presenciado en el interior de una familia, en la  
«cual le han introducido los privilegios de su pro-  
«fesión, viola un secreto; hace traición a una con-  
«fianza; comete, por tanto, una inmoralidad. Po-  
«co importa que sea una ley indiscreta la causa de  
«esa inmoralidad. Las leyes no siempre son jus-  
«tas, no siempre son, como debieran, la expresión  
«fiel de ese sentimiento que esculpió Dios, con el  
«cincel de su inmensa sabiduría, en la conciencia  
«de los hombres. Una inmoralidad, ya sea el fruto  
«de una inclinación perversa, ya de una obligación  
«legal, de una ley injusta, siempre empaña, por lo  
«menos, el prestigio de quien la comete; siempre  
«hace perder la estimación de ese individuo en la  
«conciencia del público; porque dentro de esta con-  
«ciencia nunca ha podido establecer su trono el  
«albedrío de los hombres. Las tablas de la ley  
«natural, de la ley divina, están clavadas en ella.  
«La fuerza podrá destrozar esa conciencia o el co-  
«razón que le da asiento; mas así como roto en pe-  
«dazos un espejo, cada fragmento refleja entera la  
«imagen de nuestro rostro, así también, aunque  
«destrozada por las iras de los hombres, la concien-  
«cia refleja siempre toda entera la ley de Dios, que

«la soberbia loca de aquéllos quiere sustituir con «su capricho».

Si la ley que prescribe la declaración obligatoria de los médicos, cuando son llamados por el juez, crea para ellos una obligación depresiva y humillante, nivelándolos, en cierto modo, con los agentes de policía secreta, esto sólo bastaría para que fuera borrada de todas las legislaciones, y para que todo médico honrado y de carácter proteste con noble altivez contra ella, y prefiera sufrir las torturas y vejámenes de la injusticia o de la tiranía, antes que ver humillada su dignidad y ultrajada su conciencia.

Se ha querido disculpar esta vergonzosa humillación del médico, con el pretexto de los grandes servicios que presta a la autoridad; pero ninguna persona de honor sirve jamás a nadie a costa de su dignidad y su buen nombre. Y si alguna vez, en alguna excepcionalísima ocasión, pudiera ser esto, para un individuo, un sacrificio más sublime y doloroso que el de la vida; como condición impuesta a toda una clase social, como norma invariable de conducta para una corporación, sería la abyección más ruín y degradante, el más fundado motivo para el desprecio público.

Por otra parte, el citado argumento de que los intereses de los particulares deben posponerse a los generales, es de aquellos que, por probar mucho, no prueban nada. «Conviene a la sociedad el castigo de los crímenes; luego se han de pesquisar todos los hechos criminales y no se ha de omitir medio alguno para descubrirlos». Este es, en forma silogística, el argumento citado; y con él podría justificarse lo más absurdo e inicuo, hasta el tormento.

Las legislaciones cultas, sin desconocer esta conveniencia, se han visto obligadas a omitir las pesquisas de muchos hechos y a renunciar muchos medios de investigación, para salvar así otros miramientos y consideraciones que no pueden desa-

tenderse en el gobierno de las sociedades humanas.

Convienes que se castiguen los crímenes; y sin embargo no se persigue el adulterio, sino a instancias del esposo; y se dejan impunes muchos atentados contra el pudor, porque interesa más a la sociedad el respeto a la paz, a la honra y la dignidad de las familias.

Convienes que se descubran los hechos punibles; y sin embargo no se rompen los vínculos de fraternidad, ni violentan los sentimientos de la naturaleza obligando al reo a confesar su delito, o a los parientes a declarar unos contra otros.

Convienes que el delincuente sea aprehendido y conservado en cautiverio; y sin embargo no se castiga al reo que se oculta, ni aún al que se fuga de las cárceles o presidios, porque se respeta el instinto natural de libertad, que, como el de la conservación, le fuerza al hombre a huir de lo que le aflige y atormenta.

Convienes el descubrimiento de las infracciones; y con todo, el abogado defensor que tanta luz podría suministrar con su declaración, está eximido de ser testigo; porque al reo se le reconoce el derecho de defenderse y la defensa es imposible sin el secreto del defensor.

Y todas estas disposiciones son buenas, y no hay pueblo civilizado que no las consagre, ni publicista o jurisconsulto que en estos tiempos trate de confutarlas.

Ahora bien, si todo esto es legítimo y verdadero, forzoso es confesar que la legislación ha incurrido en la más absurda inconsecuencia con los mismos principios que la informan, al reservarse todavía como medio de investigación las declaraciones de los médicos.

Se respeta el honor y decoro de las familias hasta el punto de dejar impunes hechos que son, a veces, de los más criminales y escandalosos; y no se ve que los muros que guardan ese honor y deco-

ro caerían por su base, si el miembro más íntimo del hogar fuera constreñido a entregar al juez el depósito de los más recónditos secretos de la familia; el más íntimo, sí, porque el médico penetra hasta donde no han llegado, a veces, la madre, la esposa y la hermana.

Respetando los sentimientos de la naturaleza, la Constitución y las leyes prohíben que se obligue al reo a declarar contra sí mismo; pero no se comprende que el apremio ejercido sobre el médico recae, en último análisis, sobre el mismo reo, a quien se le pone en la terrible disyuntiva de perecer por falta de la asistencia de un médico, o ser el delator de sí mismo; ya que a esto equivaldría revelar sus secretos a una persona que tiene obligación de declarar ante el juez.

Con indignación y asombro contemplamos ahora a lo lejos la monstruosa institución del tormento como medio de obtener declaraciones o confesiones; y para que no queden ni sombras de ella en las modernas legislaciones filosóficas y humanitarias, no se permite que a nadie se le someta a tormento moral, precisándole a perjurar o condenarse a sí mismo, o a sus parientes íntimos, y sin embargo permitimos que, violentando al médico a declarar sus secretos profesionales, se imponga un tormento peor al pobre enfermo, y se constriña al médico a conculcar un pacto legítimo e inviolable, a disponer de lo ajeno, por prestar a la administración pública el menguado y odiosísimo servicio de los espías, servicio que, interponiendo entre el médico y las familias el inmenso abismo de la desconfianza, dificulta el ejercicio de una profesión noble y bienhechora, y acarrea a la sociedad males incomparablemente más graves que los que se evitarían con las indignas y vergonzosas revelaciones de los médicos.

No hay, pues, razón ninguna para que subsista la obligación de declarar impuesta al médico; y, por lo mismo, es indispensable la reforma de la ley.

## CAPÍTULO IV

### DEL PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

(LIBRO I.—TIT. II DEL CÓDIGO CIVIL)

#### § 1—*Principio legal de las personas*

Para ser persona legal, es decir, capaz de adquirir y transmitir derechos civiles, no basta siempre y en todas partes el hecho de haber nacido vivo; pues las leyes de las distintas naciones han apreciado de diferentes maneras esta importante cuestión, como lo vamos a ver brevemente por los variados asuntos médico-legales que pueden suscitarse en cada país, según sean sus respectivas disposiciones legales.

Nuestro Código Civil llama *personas* a todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo y condición (art. 51); y después, en el 71, dice:

«El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinticuatro horas por lo menos, desde que fue completamente separada de la 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 veinticuatro horas a lo menos, se reputará no haber existido jamás».

Y luego, hablando de los derechos que pudieran corresponderle al no nacido, añade:

«Art. 74.—Los derechos que corresponderían «a la criatura que está en el vientre materno, si «hubiese nacido y viviese, estarán en suspenso 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 le correspondieron. En el caso del art. 71, inciso 2º, «pasarán estos derechos a otras personas, como si la «criatura no hubiese existido jamás».

Por tanto, si se hace una donación o un legado a un feto, suspéndese el derecho hasta el nacimiento: si el donatario o legatario nace vivo y vive a lo menos veinticuatro horas después de separado de la madre, la donación o legado valen como si cuando se hicieron aquél hubiera existido legalmente; pero si no nace vivo o no vive las veinticuatro horas, supónese que no ha existido jamás, y la donación o legado son nulos, y los bienes donados o legados siguen perteneciendo a la persona a quien corresponderían si jamás hubiera habido tal legado o donación.

Por lo mismo, si el feto muere en el vientre materno o no sobrevive a su nacimiento y separación veinticuatro horas, no puede tener herederos ni transmitir cosa alguna, por cuanto jamás ha reposado en él ningún derecho.

Mas si la ley no le reconoce al feto como actual sujeto activo o pasivo de relaciones civiles, quiere, por lo menos, facilitarle su advenimiento y llegada al mundo jurídico, dirémoslo así, a este centro de relaciones civiles, y por esto dice:

«Art. 72.—La ley protege la vida del que está «por nacer. El juez en consecuencia, tomará, a «petición de cualquiera persona o de oficio, todas «las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre «que crea que de algún modo peligrará.

«Todo castigo de la madre, por el cual pudie-  
«ra peligrar la vida o la salud de la criatura que

«tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento».

Las legislaciones antiguas, en especial la romana y la española, consagraban el axioma de que el feto se reputaba nacido para todo lo que podía favorecerle, y no existente para lo que le perjudicaba; y aun algunas modernas, como la argentina, consideran existente a la persona desde el instante de la concepción; pero todas unánimemente convienen en que si la criatura muere en el vientre materno o si el nacimiento no constituye un principio de existencia legal, se reputa que jamás ha existido la persona ni puede transmitir derecho alguno.

Hay, sin embargo, gran variedad y discordancia en las reglas dadas para fijar el principio de la existencia legal. Así el Código chileno (\*), del cual se copió el nuestro casi literalmente, y el argentino no tienen la condición de las veinticuatro horas de vida independiente del niño: basta que la criatura nazca viva y, separada de su madre, viva un instante.

El Derecho Romano exigía lo mismo que el chileno y argentino, añadiendo sólo, según la opinión de los más respetables intérpretes, que tenga figura humana y llore.

El francés, secundado por el napolitano, austriaco, bávaro, sardo y muchos otros, agrega la condición de que la criatura nazca viable, esto es, que no sea imposible la continuación de

---

(\*) He aquí, literalmente transcrita, la disposición de este Código: "Art. 74.—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 si- "quiera, se reputará no haber existido jamás".

su existencia, por lo prematuro del parto o por algún vicio orgánico.

Finalmente, la Ley del Toro, española, exigía que la criatura naciese viva, fuese viable, viviese veinticuatro horas y recibiese el bautismo (Esto último tenía por objeto excluir a los moros).

Como se ve, existen cinco sistemas distintos entre los cuales ocupa el nuestro un lugar medio, porque unos exigen más y otros menos condiciones. Entre la viabilidad requerida por el sistema francés y sus similares, sujeta a incertidumbres y graves y dudosas cuestiones, y el instante de vida extrauterina, talvez obscuro y cuestionable, del sistema chileno y argentino, quiso nuestra legislación buscar una base más precisa e inequívoca, las veinticuatro horas de vida independiente de la madre; pero base que carece de un fundamento filosófico y justiciero, puesto que establece enormes diferencias en las consecuencias legales de la existencia según que dure pocos minutos más o pocos menos; y que llega a sacrificar en muchos casos derechos evidentes, ya que puede ocurrir muy fácilmente que dentro del término de las veinticuatro horas perezca por cualquier accidente una criatura que, habiendo nacido viva y con todas las condiciones de existencia, debió naturalmente entrar en la posesión de sus derechos y ser órgano de la trasmisión de ellos.

Síguese de lo expuesto que las cuestiones médico-legales sobre la viabilidad, tan importantes en Francia y en los demás pueblos que han seguido su sistema, no tienen significación alguna entre nosotros; pues ni la ley penal ni la ley civil atribuyen ninguna consecuencia jurídica a este hecho: sea viable o no viable el feto, la pena del aborto es la misma; sea viable o no viable el recién nacido, la pena del homicidio o parricidio (*Infanticidio* de otras legislaciones) es la misma; sea viable o no viable el hijo separado de la madre, si vive veinti-

cuatro horas, es persona civil; y si no cumple esta condición, no ha existido jamás.

Las enseñanzas de la Medicina Legal concernientes a esta materia deben estudiarse entre nosotros sólo para el caso de que las leyes se reformen, como puede suceder.

Pero sí puede tener gran importancia en nuestra práctica forense la intervención del perito médico para resolver las otras dos cuestiones que se derivan del tenor de nuestras disposiciones legales, a saber: declarar si el niño nació vivo, y si vivió por lo menos veinticuatro horas después de separado completamente del vientre materno.

Los procedimientos de *docimasia pulmonar óptica, hidrostática e histológica*, con sus modernos progresos, permiten al médico afirmar con seguridad, en la generalidad de los casos, si el niño vivió o no vivió; y ayudado de los demás medios de investigación puede presentar un informe que valga más, en concepto del juez, a este respecto, que las declaraciones testimoniales u otros medios de averiguación que pudiera emplear. Pero, desgraciadamente, no posee la ciencia datos igualmente precisos para afirmar si la vida de un recién nacido duró pocas horas o quizá pocos minutos más o menos; pues las modificaciones que la evolución de la vida imprime al organismo no varían sensiblemente ni pueden apreciarse de una manera exacta en términos tan estrechos. Se necesitaría que la vida del niño llegare al tercer día para poder afirmar, por sólo el examen del cadáver, que el niño vivió más de veinticuatro horas.

Mas como un asunto previo para apreciar el plazo de las veinticuatro horas, es necesario resolver lo que en el sentido legal debe entenderse por *criatura completamente separada del vientre materno*, puesto que la vida extrauterina puede principiar y durar algún tiempo estando todavía la criatura ligada a la madre por el cordón umbilical.

No se ocupan, por lo general, de este asunto los autores de Medicina Legal, dejando al juez la interpretación de este concepto, como lo hacen también con el de *recién nacido* que usan las leyes de muchos países al calificar el delito de infanticidio; pero si es el perito quien debe decidir si el niño vivió más o menos de veinticuatro horas, es indispensable fijar el momento preciso desde el cual ha de contarse este plazo.

Tomando literalmente las palabras del Código, es indudable que el niño no está completamente separado de la madre, sino después de la sección del cordón o después de la expulsión de la placenta; pues aun aceptando que ni el cordón ni la placenta pertenezcan ni a la madre ni al niño, es de todo punto indiscutible que es el medio de unión entre los dos; ya que la placenta y el cordón establecen la comunidad de la circulación sanguínea entre los dos organismos.

Sin embargo, el Dr. Puga y Borne no acepta esta manera de pensar, en su «Compendio de Medicina Legal», porque traería consecuencias inaceptables: «Si el niño no comenzara a existir, dice, «sino después de practicada esta operación (sección «del cordón o expulsión de la placenta), resultaría «que el nacimiento no sería un acto puramente natural, sino en muchos casos esencialmente artificial. Los padres podrían entonces decidir a voluntad la hora del principio de la existencia de la «persona».

Sentimos no estar de acuerdo con el ilustrado Profesor chileno; en primer lugar, porque aquello de decidir a voluntad sobre la hora del principio de la existencia, anticipando o retardando la sección del cordón, no puede aplicarse sino a un tiempo relativamente corto, como es el de la expulsión de la placenta en los casos normales; pues si hubiera de atenderse a los casos anormales, también la salida del feto del claustro materno se puede anticipar o retardar, dentro de un límite estrecho, procediendo

más o menos rápidamente a practicar la operación necesaria, o postergándola todo lo posible; y de esto no sería lógico deducir que la hora del nacimiento o el principio de la existencia se haya convertido en voluntaria.

En segundo lugar, porque el perito no está en ningún caso autorizado para interpretar la ley en contra de su tenor literal, sean cuales fuesen las consecuencias que de ello se sigan. Si la ley dice: "*criatura completamente separada de su madre*", debemos necesariamente exigir la extinción de todo lazo, de todo medio de unión entre los dos organismos, puesto que, de otra manera, no existiría la separación completa.

Podría objetarse, quizá con más razón, que el niño vive ya de su vida propia e independiente desde que ha salido del vientre y ha respirado, y que, por lo mismo, éste debería ser el instante preciso para fijar la existencia legal de la persona, o también para principiar a contar las veinticuatro horas de vida que exige nuestro Código. Pero si ésta pudiera ser una razón para la reforma de la ley, no lo es para señalar el momento desde el cual han de principiar a contarse las veinticuatro horas, tales como ahora están determinadas; ya que no se exige sólo veinticuatro horas de vida, sino de vida de la *criatura completamente separada de la madre*.

#### § II—*Del fin de la existencia de las personas*

"Art. 75.—La persona termina con la muerte natural".

El Código aplica a la muerte el calificativo de *natural*, para contraponerlo al de *civil*; pues existe legalmente la *muerte civil*, que no termina la existencia natural de la persona. En el lenguaje médico llamamos *muerte natural* a la que termina la vida de una persona con una enfermedad o accidente patológico cualquiera; para distinguirla de la *muerte violenta* ocasionada por un atentado contra la persona, o

por un suceso inesperado o imprevisto, como el descarrilamiento de un tren, la caída desde una altura, &.

La determinación del momento preciso de la muerte de una persona o la relación de prioridad entre dos o más fallecimientos, puede ser de grande trascendencia en las cuestiones de sucesión, dependiendo en gran parte o en la totalidad del informe de los médicos legistas. La ley no señala ningún medio de prueba para semejantes casos; y, por lo mismo, puede acudirse a todos los que, por regla general, se admiten en los litigios. El informe pericial estaría, por consiguiente, sujeto en cuanto a su valor probativo, o mejor dicho, a su fuerza legal de convicción, a las reglas generales que explicamos en su lugar.

Sólo para el caso en que no fuera posible probar el orden de los fallecimientos, y éstos hubieran ocurrido en un mismo accidente o catástrofe, establece el Código Civil la presunción de que todos han ocurrido en el mismo momento, en estos términos:

«Art. 76.—Si por haber perecido dos o más «personas en un mismo acontecimiento, como en un «naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra «causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en «que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá, «en todos casos, como si dichas personas hubiesen «perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas «hubiese sobrevivido a las otras».

En esto ha seguido nuestra legislación al Derecho Romano. Otros Códigos, como el francés, establecen reglas diferentes, tomando en consideración la edad y el sexo para presumir, hasta prueba en contrario, el orden de los fallecimientos.

La regla francesa consignada en los arts. 720, 721 y 722, se reduce a lo siguiente: el orden de los fallecimientos se determina por las circunstancias del caso. A falta de toda prueba, si todas las personas tenían menos de quince años, se presume que el mayor ha sobrevivido al menor; si todos tenían

más de sesenta años, el menor ha sobrevivido al mayor; si los unos tenían menos de quince y los otros más de sesenta, aquéllos han sobrevivido a éstos. En igualdad de edad, o siendo la diferencia menos de un año, el varón ha sobrevivido a la mujer; y si son del mismo sexo, mayores de quince años, se sigue el orden de la naturaleza, el menor vive más que el mayor.

Estas reglas son indudablemente arbitrarias, pues la diferencia de fuerza vital o de energía de resistencia a las causas de muerte, ni son fijas ni constantes, ni tienen de ordinario importancia alguna al tratarse de accidentes que, como un proyectil de arma de fuego, un terremoto, un naufragio, &, pueden aniquilar instantáneamente al individuo, sin consideración a su edad ni grado de robustez, o establecer diferencias dependientes de circunstancias casuales, completamente extrañas al sexo, edad y vigor de la persona, como la naturaleza y sitio de las heridas o contusiones.

Otros fundamentos mucho más científicos tiene la Medicina Legal para determinar el orden en que han fallecido varias personas; y si es verdad que éstos tampoco son absolutamente precisos y exactos, la determinación aproximada que puede hacerse del tiempo de que data la muerte podría valer, por lo menos en algunos casos, para fijar el orden de los fallecimientos.

Con motivo de la aplicación del art. 75 del Código Civil, pueden, pues, proponérsele al médico perito las siguientes cuestiones cuya solución consta en todos los tratados de Medicina Legal:

1º—Distinguir la muerte real de la aparente:

2º—Apreciar el número de horas o días transcurridos desde el instante de la muerte de una o varias personas, en presencia de los cadáveres no descompuestos por la putrefacción; y

3º—Hacer la apreciación aproximada de la data de la muerte, en presencia de cadáveres en descomposición más o menos completa.



## CAPITULO V

### DEL MATRIMONIO

#### LIBRO I. TIT. IV. DEL CODIGO CIVIL Y LEY DE MATRIMONIO CIVIL)

Es el matrimonio uno de los actos de más trascendencia en las relaciones de familia, en las relaciones sociales de orden civil y político, en las religiosas y aun en las internacionales. Las cuestiones que con motivo de él se suscitan son, por tanto, muy varias y muy importantes y delicadas.

Antes de la expedición de nuestra Ley de Matrimonio Civil, el Código principiaba por definir el matrimonio, y luego decía: «Art. 100.—Toca a la «autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído.

«La ley civil reconoce como impedimentos «para el matrimonio los que han sido declarados «tales por la Iglesia Católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensa de ellos».

También en lo relativo a la disolución del vínculo matrimonial y al divorcio, que era la separación de los cónyuges sin disolución del matrimonio, acataba la ley civil las disposiciones de la canónica, y sometía todas las cuestiones a la autoridad eclesiástica, de acuerdo con el reconocimiento de la unidad religiosa de los ecuatorianos hecho por la Constitución del Estado.

Bastaba entonces al médico legista estudiar las disposiciones canónicas concernientes, para es-

tar preparado a resolver todas las cuestiones que se le propusieran con motivo de impedimentos, nulidad o divorcio matrimoniales.

Mas ahora que tenemos una ley especial para los matrimonios civiles, necesitamos conocer tanto ésta como la canónica; puesto que la inmensa mayoría de los ecuatorianos se casa civil y eclesiásticamente.

§ 1—*Ley de Matrimonio Civil*

Las disposiciones de esta Ley que pueden motivar la intervención de un perito médico son las siguientes:

«Art. 3º—No podrán contraer matrimonio:

«2º—El hombre o mujer, con su correo en el delito de adulterio;

«3º—Los impúberes;

«5º—Los impotentes;

«6º—Los dementes.....».

La ley no dice nada respecto de la manera como habría de procederse para probar el adulterio que impide contraer matrimonio, y bien podría apelarse a la intervención de un médico, a fin de que exponga si la existencia de una enfermedad venérea en la esposa de un hombre sano, por ejemplo, o el estado de preñez de ésta, estando ausente el marido, reconocido y comprobado por el médico, es o no fundamento seguro para declarar el adulterio.

El Código Civil llama impuber al varón que que no ha cumplido catorce años y a la mujer que no ha cumplido doce: si no existe otro medio más seguro de comprobar la edad, el médico puede ser llamado a fijarla, mediante el examen del supuesto impúber.

La impotencia señalada en el Nº 5º de los impedimentos, es *inhabilitas ad actum conjugalem perfectum*, no la esterilidad de cualquiera de los dos contrayentes; pues ésta jamás se ha tomado como motivo de impedimento por ninguna legislación. El significado literal de los términos, es por sí solo suficiente para no poderlos confundir ni tomar el

uno por el otro. El perito médico debería, en consecuencia, limitarse a la investigación de los vicios de conformación y de las enfermedades locales y generales capaces de acarrear la impotencia temporal o perpetua, general o relativa.

Siendo el matrimonio civil un simple contrato, y sacramento y contrato según la ley canónica, es indispensable que los contrayentes gocen de la integridad de sus facultades intelectuales y volitivas en el momento de realizarlo, para que sea válido. Esto es lo que la ley dice al señalar la *demencia* entre los impedimentos del matrimonio, comprendiendo malamente con esa palabra todas las formas de alienación mental. Mas como hemos de ocuparnos en un capítulo especial en el estudio de todo lo que en nuestras leyes civiles y penales se relaciona con la perturbación y la pérdida de las facultades mentales, nos limitamos ahora a esta breve observación.

Viene después del art. 5º de la ley, y en él expone las causas de nulidad del matrimonio, en estos términos:

«1º—La falta, por parte de alguno de los contrayentes, del libre y espontáneo consentimiento, al tiempo de la celebración del mismo;

«2º—El error, en cuanto a la identidad del contrayente;

«5º—La impotencia anterior al matrimonio».

La falta de libre y espontáneo consentimiento puede depender, ya de la coacción física o moral ejercida sobre uno de los contrayentes; ya de incapacidad mental para manifestarlo, por falta de la inteligencia y voluntad necesarias para conocer el acto y expresar el consentimiento en uso de la propia libertad o libre albedrío. Este segundo caso se reduce, pues, al mismo de la *demencia* tomando como impedimento. La coacción moral, esto es, la amenaza que coarta la libertad, debe ser grave; pero la gravedad debe estimarse de un modo relativo a la condición o estado de persona amenazada; lo cual podría dar talvez lugar a algún informe pericial,

para descubrir el influjo que en el ánimo de ésta debió ejercer el temor del mal inferido o amenazado.

El error, en cuanto a la identidad del contrayente, no consiste sólo en que uno de los contrayentes resulte casado con persona distinta de aquella que debió ser su cónyuge: si María quiere casarse con Pedro y por error la casan con Juan, el matrimonio es nulo: esto nada tiene de particular. Pero la identidad del contrayente puede resultar dudosa desde otro punto de vista, capaz de hacer necesaria la intervención del perito médico. María quiere casarse con Juan; pero sucede que Juan es, o parece ser Juana. He aquí, pues, la célebre cuestión del hermafroditismo figurado entre las causas de nulidad del matrimonio.

Desde el punto de vista puramente legal, este debatido asunto se facilita mucho, tomando los vicios de conformación sexual externos como causas de impotencia; pues, por regla general, todo pseudohermafrodita, o hermafrodita verdadero, si los hay, es impotente.

De la 5ª causa de nulidad hablamos ya, al ocuparnos de los impedimentos.

Terminada la enumeración de las causas de nulidad, se ocupa la ley en la manera cómo ha de celebrarse el matrimonio, y de otras cosas que nada tienen que ver con los médicos; pero después constan, en el art. 22, las causas de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial; y la primera de éstas es el adulterio de la mujer, que, como ya dijimos a propósito de los impedimentos, puede motivar la intervención del médico. Las otras causas no puede dar origen a cuestiones médico-legales.

Luego siguen las causas que producen separación de vida marital, sin destruir el vínculo matrimonial; y entre las cuatro enumeradas al respecto no constan las enfermedades contagiosas graves, curables o permanentes, de uno de los cónyuges; y es, en verdad, cosa digna de notarse, que una ley tan laxa en lo relativo a la disolución del

vínculo matrimonial, no siquiera autorice al un cónyuge para separarse temporalmente del otro, cuando éste se halle afectado de lepra, sífilis, tuberculosis, &.

Y nada más hallamos en la Ley de Matrimonio Civil cuyo conocimiento nos interese desde el punto de vista médico legal. Mas como el art. 70 de esta Ley dispone que *los púberes menores de edad* no pueden contraer matrimonio, sin la respectiva licencia de sus padres o guardadores, con arreglo al Código Civil; necesitamos ocuparnos un momento en el art. 109 de este Código, el cual, limitando las causas de oposición legal de los padres o guardadores de un púber menor de edad, dice:

«Las razones que justifiquen el disenso no pueden ser otras que éstas:

«3º--Grave peligro para la salud del menor a «quien se niega la licencia, o de la prole».

Es evidente que este *grave peligro* se lo ha de buscar, tanto en el estado de la salud del mismo menor a quien se niega la licencia, como en la posibilidad de un contagio por parte del otro contratante, y lo mismo ha de entenderse de la transmisión hereditaria a la prole. Pero en todo caso, el médico es el único capaz de dilucidar esta importante y difícil cuestión.

#### § II--*Disposiciones del Derecho Canónico relativas al Matrimonio*

En el Derecho Canónico se llaman impedimentos dirimentes los que anulan el matrimonio, y los hechos de que se originan están expresados en los siguientes versos:

«Error; conditio; votum cognatio; crimen;  
«Cultus disparitas; vis; ordo; ligamen; honestas;  
Amens; affinis; si clandestinus; et impos;  
Si mulier sit rapta; loco nec reddita tuto;  
Hæc facienda vetant connubia; facta retractant».

Veamos ligeramente los impedimentos que pueden dar origen a la intervención de médicos peritos en los juicios eclesiásticos; pues en éstos se observan las mismas formas y trámites de los civiles, siempre que no se opongan a las disposiciones expresas del Derecho Canónico.

“Error”. El error, en cuanto a la identidad de la persona, vicia el consentimiento. No tenemos, pues, nada que agregar a este respecto a lo dicho ya al tratar del error, en cuanto a la identidad de la persona, en la Ley de Matrimonio Civil.

“Crimen”. Es el adulterio con promesa de matrimonio, o el conyugicidio con el propio fin. También hemos hablado ya de este impedimento al tratar de los civiles.

“Vis”. Es la fuerza o coacción física o moral empleada para obtener el consentimiento.--  
“Impos”.--La impotencia. Ambos puntos quedan ya expuestos.

Los demás impedimentos no tienen ninguna relación con los conocimientos médicos y, por lo mismo, no nos interesan.

*El divorcio* canónico no produce en ningún caso la disolución del matrimonio, sino únicamente la separación temporal de los cónyuges; pero entre los motivos admitidos por el Derecho Canónico para este divorcio, se encuentran, entre otros que no interesan al médico legista, las enfermedades graves que de un modo cierto o probable pueden transmitirse del un cónyuge al otro, por el hecho de continuar la vida conyugal. Este asunto es de tal naturaleza que los mismos cánones se refieren expresamente al dictamen de peritos en la ciencia médica.



## CAPÍTULO VI

### TÉRMINO LEGAL DE LA GESTACIÓN

Terminado el estudio de las disposiciones legales relativas al matrimonio, viene bien ocuparnos en las cuestiones que se refieren a la gestación, aun cuando los artículos pertinentes del Código Civil están comprendidos en el mismo Título II "Del principio y fin de la existencia de las personas"; pues procediendo de esta manera resulta mejor ordenado el estudio de los asuntos médico-legales.

El art. 72 del citado Código, dice: «La Ley «protege la vida del que está por nacer. El juez, «en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera «persona o de oficio, todas las providencias que le «parezcan convenientes para proteger la existencia «del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá.

«Todo castigo a 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».

Este solo artículo bastaría para que el médico legista estudiase todas las cuestiones que pueden proponerse relativamente a la gestación, ya que, para su completa aplicación, podría pedírsele no sólo el diagnóstico de la preñez, sino la fijación del tiempo de que data, la fecha o el plazo en que terminará, la resolución de si la madre pudo o no ignorar su estado, si la ejecución de tal acto que

quiere obligársele a cumplir pondrá en peligro la salud o la vida del feto, &.

Pero relativamente a la duración mínima y máxima de la preñez, el art. 73 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».

Llámase *presunción* en lenguaje legal “la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias”; pero de manera que se puede probar la no existencia o la falsedad de esa consecuencia, aun siendo ciertos los antecedentes. Así cuando se dice: el poseedor se *presume* dueño, se significa que, a pesar de ser cierto el hecho de la posesión, puede probarse la no existencia del dominio.

Mas cuando la ley dice que una cosa se *presume de derecho*, da a entender que no admite prueba en contrario.

Teniendo en cuenta esta explicación, veremos que, combinando el hecho del nacimiento con el del matrimonio, surgen las presunciones siguientes:

1ª Si el nacimiento se efectúa antes de los ciento ochenta días del matrimonio, se *presume de derecho* que la concepción fue anterior al matrimonio. Esta afirmación no admite prueba en contra; y, por lo mismo, el hecho del nacimiento no puede dar origen a interpretación pericial:

2ª Si el nacimiento viene después de los ciento ochenta días, pero antes de los trescientos, se presume, *pero no de derecho*, que la concepción ha tenido lugar durante el matrimonio. El hecho acepta prueba en contrario:

3ª Si el nacimiento ocurre después de los trescientos días, se presume *de derecho* que la concepción se efectuó durante el matrimonio:

4ª Si el nacimiento se efectúa dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, existe simple presunción de que la concepción se efectuó en el matrimonio.

5ª Si la criatura nace después de los trescientos días, se presume *de derecho* que la concepción fue posterior a la disolución.

La paternidad del marido nunca se presume *de derecho*; y en los casos de presunción simple, que son el 2º y el 4º, puede combatirse probando que, durante los ciento veinte días anteriores a los ciento ochenta que precedieron al parto, el marido estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

Notemos, sí, que el Código, en su art. 73, define las discusiones relacionadas con la duración mínima y máxima de la gestación, pues afirma, de manera que no quepa prueba en contrario, que esa duración está comprendida entre los ciento ochenta y los trescientos días. Esto es indudablemente arbitrario, tan arbitrario como la exigencia de las veinticuatro horas de vida señaladas al niño que nace vivo para que principie su existencia legal; pero la ley lo ha aceptado, sin duda, para evitar males más graves dejando el asunto al variable criterio de jueces y peritos.

La duración precisa de la preñez, científicamente considerada, ni puede ser determinada, porque no se puede fijar el instante preciso de la fecundación del óvulo, ni parece ser la misma para todos los casos. *Calculada según los elementos empíricos más precisos*, como dice Thoinot, es decir, eligiendo los casos en que no ha habido sino una relación entre el hombre y la mujer fecundada, y cuyo parto ha venido a término normalmente, el plazo de la gestación oscila entre 262 y 277 días, en once estadísticas distintas de Pinard, Depaul, Wallich, Schaveget, &. Otra muy importante de Varnier, referente a novecientos casos, da un término medio de 271 días. En la de Reid, en cuarenta

casos, la duración varía de 260 a 294 días. La de Oldham tiene casos desde 266 hasta 285 días. En muchas otras, que sería largo detallar, la duración oscila entre 267 y 287 días.

Pero esto no quiere decir que falten ejemplos, citados por médicos distinguidos, de gestaciones prolongadas. Ya antiguamente Ambrosio Paré decía: «Todos los animales tienen un tiempo fijo para «cargar y llevar a sus hijos; pero el hombre no tiene ningún tiempo prefijado, y viene al mundo en «todo tiempo; así unos nacen a los siete meses, «otros a los ocho, otros a los nueve, que son los más «comunes, otros a los diez, y quizá al principio de «los once».

Zachias dijo que nunca puede durar la gestación sino hasta *diez días después del décimo mes*.

Entre los modernos, Olshausen, Veit, Winckel, Bensinger, y Tuchs, citan casos de gestación de más de trescientos días, hasta trescientos cuarenta y uno. Pero, como dicen Casper y Liman, las mentiras y los hechos apócrifos quitan mucho valor a estas cifras.

Sin embargo, no es posible dudar de la realidad, en presencia de datos como los presentados en la discusión promovida acerca de esta materia por la Sociedad de Obstetricia de Berlín, en la cual Alfeld presentó una rigurosa estadística de 683 partos, doce de los cuales se verificaron después de los trescientos días; y Veit otra de 665 partos, con trece verificados después de trescientos días de gestación. Sumadas estas dos estadísticas, dan casi exactamente un dos por ciento de nacimientos después de trescientos días, lo cual no es una cifra despreciable.

Respecto del mínimo de duración de la preñez, la ley se ha apartado quizá más del término normal, al fijarle sólo ciento ochenta días. Los caracteres de madurez que permiten sobrevivir después del nacimiento no se adquieren sino más tarde; tanto que en Alemania la ley y los reglamentos juzgan inúti-

les las autopsias de los niños que no manifiestan haber llegado a los *doscientos diez días* de vida intrauterina (treinta semanas, según la manera de medir el tiempo de la preñez, en esa Nación), pues se suponen que no podían haber vivido.

En los tratados de Obstetricia se exigen, por regla general, siete meses de vida intrauterina para que el niño nazca viable. Un solo caso, citado por Villemin, hace relación a un niño que nació a los *cinco meses y medio* y se crió perfectamente.

De manera que, por lo tocante al mínimo del plazo de la gestación, la ley más fácilmente puede legitimar hijos concebidos antes del matrimonio, que perjudicar a los legítimos nacidos antes de ciento ochenta días, como el caso único de Villemin.

Las legislaciones antiguas, entre éstas la romana y la española, computaban por meses: seis y un día mínimo; diez y un día máximo; pero como no todos los meses tienen el mismo número de días, la regla no era precisa ni uniforme.

El legislador francés, para formular su regla de ciento ochenta días a lo menos y trescientos a lo más, imitada casi universalmente por todos los Códigos modernos, consultó al célebre naturalista Tourcroy, quien, citando en su apoyo a Zachias y Hocker, contestó: «La fijación de 186 días para los nacimientos acelerados y de 286 para los nacimientos tardíos, se encuentra perfectamente de acuerdo con la opinión de la parte más ilustrada y más sabia de los físicos (médicos), de los naturalistas y de los jurisconsultos».

A pesar de esto, deseando favorecer la legitimidad y seguir el ejemplo de las antiguas legislaciones, consignáronse en el Código francés los términos de ciento ochenta y trescientos días.

Jurisconsultos hay, y médicos también, que citan casos de gestaciones de cinco y seis meses, y de once y aun doce, pero cuya autenticidad es, por lo menos, problemática; y se sabe que Justiniano y Adriano declararon alguna vez, previa prolija ave-

riguación, que un hijo había nacido en el mes undécimo (\*). Pero estos casos, siquiera sean ciertos, son tan extraordinarios que los legisladores han creído preferible prescindir de ellos, aunque se sacrifiquen alguna vez legítimos intereses, antes que dar cabida a la incertidumbre y arbitrariedad en asuntos de tamaña importancia.

El Código de Prusia, anterior al francés, fija en siete meses el mínimo y 302 días el máximo; el de Noruega en 31 semanas (217 días) el mínimo y 40 semanas (280 días) el máximo. Turquía fija en sus leyes seis meses para el mínimo y catorce para el máximo.

---

(\*) La Facultad de Medicina de Leipzig rechazó en 1630 la legitimidad de un niño nacido 309 días después de la muerte de su padre putativo; y en 1638 aceptó la de un niño nacido 378 días después de la muerte de su presunto padre. Un crítico lo explica, porque en el primer caso la madre era pobre y rica en el segundo.—Citado por Thoinot, que lo ha tomado de Strassmann.

## CAPITULO VII

### A CUÁL DE LOS MARIDOS PERTENECE EL HIJO

#### TIT. VII. PARRAFO 4º DEL CODIGO CIVIL)

Si una mujer se casa dentro de los primeros 120 días de su viudedad, y pare después de los 180 del segundo matrimonio, pero antes de los 300 de la muerte de su primer marido, puede dudarse a cuál de los matrimonios pertenece el hijo, pues coinciden dos presunciones legales contrarias: por una parte, se presume que el hijo que nace dentro de los 300 días posteriores a la muerte del marido, es hijo de éste; y por otra, se presume también que el que nace después de 180 del segundo matrimonio, tiene por padre al nuevo marido. Para resolver esta cuestión, muchas veces obscura y difícil, el Código Civil dice:

«Art. 195.--Cuando, por haber pasado la madre a otras nupcias, se dudare a cuál de los matrimonios pertenece un hijo, y se solicitare una decisión judicial, el juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias, y oyendo el dictamen de facultativos, si lo creyere conveniente.

«En el caso de este artículo, la mujer y su nuevo marido estarán solidariamente obligados a indemnizar los perjuicios y costas ocasionadas a terceros por la incertidumbre de la paternidad».

El Derecho Romano y el español, el Código francés y casi todos los europeos, el argentino y muchos otros americanos, inclusive el chileno,

tienen además otra disposición en la cual le prohíben a la viuda, con severas penas, pasar a segundas nupcias antes de un determinado plazo, que ordinariamente es de 300 días, o antes del parto si ha quedado en gestación.

El plazo de 300 días llamábase en las Partidas, *año de viudedad*.

No sé por qué en nuestro Código se omitió esta disposición que, a la vez que tiende a evitar tan grave conflicto, consulta también otras razones de orden doméstico y moral pública. La Ley de Matrimonio Civil tampoco ha querido acordarse de este importante asunto.

Para el mero efecto de evitar la confusión sobre la paternidad, basta que la prohibición se extienda a los 120 días, que sumados con los 180 indispensables para que el hijo pueda pertenecer al segundo marido, completan los 300 desde la muerte del primero.

Mas si con prohibición y todo, la viuda se casa y viene el conflicto, las circunstancias del caso y el dictamen de los facultativos serán el único medio de resolverlo.

La intervención del perito médico sería en estos casos, si no de ineludible necesidad, por lo menos indiscutiblemente útil; pues él, mejor que nadie, podría apreciar los caracteres de raza, la semejanza, las enfermedades u otras condiciones hereditarias, y, principalmente, la edad intrauterina del recién nacido, que sería quizá el dato de mayor importancia. Si una viuda se casa, por ejemplo, treinta días después de muerto su primer marido, y tiene a los 190 o 200 de su segundo matrimonio un niño que presente los signos de la madurez, o respecto del cual no quede duda de que haya cumplido el octavo mes de vida intrauterina, el recién nacido pertenece al primer matrimonio.

El segundo inciso del artículo de nuestro Código entraña, en cierto modo, una prohibición tácita impuesta a la viuda y al que quiere casarse,

haciéndoles solidariamente responsables de todos los perjuicios que cause la incertidumbre de la paternidad.

En Inglaterra se le reconoce al hijo el derecho de elegir por padre a cualquiera de los dos maridos, cuando el caso es dudoso.



## CAPITULO VIII

### DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO

#### TIT. VII DEL CODIGO CIVIL

Al tratar el Código Civil de los hijos concebidos en matrimonio, consigna las siguientes disposiciones que pueden dar ocasión a interesantes cuestiones médico-legales.

«Art. 175.—El hijo que nace después de expirados los 180 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 en que, según el art. 73, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer».

Como se ve, para este caso no tiene el marido otra excepción que la de la absoluta imposibilidad física: de nada le serviría, por ejemplo, si el parto viene a los 185 días, probar, con el parecer de médicos, de manera segura, indudable, que el recién nacido es un niño de término, que no puede tener menos de 255 días de vida intrauterina, por presentar todos los signos de madurez que jamás se pueden hallar en un feto de seis meses y cinco días. Si no prueba su imposibilidad física de tener acceso a su mujer, la ley, inexorablemente consecuente con el plazo mínimo y máximo que señala a la preñez, le obliga a reconocer por su hijo legít-

timo al recién nacido, por mucho que la evidencia más palmaria clame en contrario.

Pero en seguida de la transcrita, viene esta otra disposición:

«Art. 176.—El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo verificarse la concepción, no autoriza, por sí sólo, al marido para desconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre».

De manera que, para este caso, sí valdrían las consideraciones anteriores, y la prueba de ése y de otros hechos, como la trasmisión hereditaria de una enfermedad sifilítica, los caracteres de raza, &, lo mismo que la de ciertos casos de imposibilidad física, dependería en su totalidad o en su mayor parte del dictamen de médicos legistas.

Los artículos siguientes del Código declaran que la acción le compete sólo al marido, y que para ejercerla tiene el plazo de sesenta días desde que supo el parto. Si muere el marido dentro de este plazo, pueden ejercerla, en los mismos términos, los herederos y todos aquellos a quienes perjudique la supuesta legitimidad.

A continuación se prevé el caso de que el nacimiento venga después de disuelto el matrimonio, en estos términos:

«Art. 180.—A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio.

«Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que se empezó esta imposibilidad.

«Lo dicho acerca de la disolución del matrimonio se aplica al caso de separación de los cón-

«yuges por declaración de nulidad del matrimonio».

En este caso, con más razón que en otros, la imposibilidad física puede consistir en una enfermedad que haya vuelto al marido impotente con mucha anticipación a la fecha de la muerte, como sucede en las parálisis de origen medular; y para esta investigación sería ineludible la intervención pericial del médico.

Concluídas estas reglas generales relativas a la legitimidad de los hijos, en el estado normal del matrimonio, vienen las especiales para el caso de divorcio. Desde luego, la presunción es contraria: el hijo concebido en este estado no es del marido, si no se prueba que éste, por actos positivos, le reconoció como suyo, o que durante el divorcio intervino reconciliación privada entre los cónyuges. (Art. 185) Por cierto, esto debe entenderse ahora sólo respecto del divorcio que no disuelve el vínculo matrimonial, o sea de la separación de vida conyugal a que se refiere el Código al hablar *de divorcio*.

En seguida, para evitar tan delicadas cuestiones, dispone que la mujer recién divorciada, o que, pendiente el juicio de divorcio, está actualmente separada de su marido, si se creyese preñada, debe avisarlo al marido, y que éste tiene derecho de enviarle una compañera que le sirva de guarda, y una matrona que inspeccione el parto, y de exigir, además, que sea colocada en el seno de una familia honesta y de su confianza.

Luego viene la sanción para la mujer que se resiste a estas precauciones y para el marido que las omite, en estos términos:

«Art. 189.—Si no se realizaren la guarda e inspección, porque la mujer no ha hecho saber la preñez al marido, o porque, sin justa causa, ha rehusado mudar de habitación, pidiéndolo el marido, o porque se ha sustraído al cuidado de la familia o personas elegidas para la guarda e inspección, o

«porque de cualquier modo ha eludido su vigilancia, no estará el marido obligado a reconocer el hecho y circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren de un modo inequívoco, por parte de la mujer o del hijo, en juicio contradictorio».

«Art. 190.—Si el marido, después de la denuncia antedicha, no usare del derecho de enviar la guarda y la matrona, o de colocar a la mujer en una casa honrada y de confianza, estará obligado a aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto».

Para esa *prueba inequívoca* de que habla el art. 189 podría ser, no solamente útil, sino indispensable el dictamen de los facultativos, a los cuales el juez podría proponer, con este motivo, todos los problemas médico-legales relativos al parto; tales como la comprobación de los signos de un parto reciente o antiguo, de la fecha en que se realizó el parto, la unidad o pluralidad de partos de una mujer, la correlación entre la edad del niño que se dice haber nacido, y el tiempo transcurrido desde el parto, la época a que llegó la gestación, a fin de saber si fue un aborto, un parto de niño viable prematuro, o un parto a término, &.

Después da el Código reglas relativas al hijo póstumo, análogas a las precedentes. La mujer que, muerto el marido, afirma que lleva en su seno un hijo de su esposo, debe avisarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a la herencia. Estos podrían tomar las mismas precauciones sobredichas, con las propias sanciones (art. 193). Podría, pues, también en este caso ser necesario, primero comprobar la preñez, y después, la realidad del parto.

Existen además otras disposiciones de nuestro Código Civil, aunque en título diferente, que podrían dar motivo a las mismas cuestiones médico-legales referentes al parto, por lo cual nos limitaremos a transcribirlas a continuación. Tratando de la *maternidad disputada*, dice el art. 290:

«La *maternidad*, esto es, el hecho de ser una «mujer la verdadera madre del hijo que pasa por «suyo, podrá ser impugnada, probándose falsedad «de parto, o suplantación del pretendido hijo al «verdadero».

Trata en seguida de las personas que podrían impugnar la maternidad y del plazo, que es de diez años desde el parto, y añade:

«Art. 291.—Con todo, en el caso de salir inopinadamente a luz algún hecho incompatible con «la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir «la acción anterior, por un bienio, contado desde la «revelación justificada del hecho».

De paso, y a fin de evitarnos repeticiones en otro lugar, haremos notar que este hecho de la suposición de parto se halla castigado en el Código Penal, lo mismo que el de la sustitución de un hijo por otro, con reclusión menor de tres a seis años. (De los atentados contra la familia y la moral pública art. 348).



## CAPITULO IX

### DE LA EDAD SEGÚN EL CONCEPTO LEGAL

En la Ley de Matrimonio Civil, cuyos artículos directamente relacionados con la Medicina Legal dejamos ya estudiados, se encuentran algunas disposiciones relativas a la *edad* de las personas que pretenden contraer matrimonio. El art. 3º, hablando de los que no pueden contraer matrimonio, enumera entre ellos a los impúberes; y el art. 7º dice:

«Los púberes menores de edad no podrán contraer matrimonio sin la respectiva licencia de sus padres o guardadores, con arreglo al Código Civil; pero el matrimonio celebrado sin esta formalidad, no es nulo si el contrayente tiene más de diez y ocho años de edad».

En el Código Civil hallamos igualmente muchas referencias a la edad de las personas, en los tratados de la tutela y curaduría, de la sucesión por causa de muerte, de la capacidad para los contratos, de los delitos y cuasidelitos, etc. Lo propio sucede en los Códigos de Procedimientos y en el Penal, especialmente cuando éste determina las circunstancias que eximen de responsabilidad o la atenúan.

Esto nos ha determinado a ocuparnos, en un capítulo especial, de todo lo relativo a la edad en el concepto legal y en cuanto puede dar origen a

asuntos médico-legales. Así dejaremos estudiada esta materia de una manera general, y nos evitaremos incurrir en repeticiones cada vez que la encontremos en las disposiciones legales que sucesivamente iremos viendo.

Es un fenómeno cierto e invariable en la especie humana el de que las facultades psíquicas constitutivas de la racionalidad se desarrollan lenta y gradualmente; que en los primeros instantes de la vida son casi nulas en su ejercicio; que luego comienzan sus primeras y dudosas manifestaciones, y van en seguida desarrollándose sucesivamente hasta llegar a su plenitud ordinaria y normal. Por consiguiente, las leyes llamadas a reglar la capacidad de los individuos para los distintos actos de la vida social que requieren el ejercicio de esas facultades, y a regirlos en sus múltiples relaciones domésticas, sociales y políticas, debían naturalmente apercibirse de este fenómeno y tomarlo en especial consideración.

Estos grados del desenvolvimiento de las facultades racionales, no están separados entre sí con toda precisión y claridad; y, por el contrario, se suceden de un modo lento e imperceptible, como de las tinieblas de la noche se llega a la luz del medio día. Empero, para el efecto jurídico que el legislador se propone, pueden reducirse a cuatro, a saber: 1º falta absoluta del ejercicio de esas facultades; 2º facultades imperfectas y dudosas; 3º facultades imperfectas, pero ciertas; 4º ciertas y perfectas.

Estos cuatro grados se han reconocido uniformemente en las legislaciones; mas como la naturaleza no suministra ningún dato preciso e invariable para la determinación del número fijo de años correspondientes a cada uno, los legisladores han tenido que regirse, como dice Ortolán, por la regla *de eo quod plerumque fit*, esto es, por lo que más ordinaria y generalmente acontece, teniendo en cuenta la índole especial de los pueblos, su gra-

do de cultura y adelanto intelectual y moral, sus hábitos, su clima, los cálculos estadísticos que determinan la duración de la vida media, la precocidad o lentitud del desarrollo físico y moral, &, &.

Así el Código Civil, llamado a reglar el estado y la capacidad civil, las relaciones de familia y los derechos y obligaciones civiles, divide la edad de la manera siguiente:

«Art. 21.—Llámase *infante* o *niño* el que no ha cumplido siete años; *impúber* el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; *adulto* el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad*, o simplemente *mayor*, el que ha cumplido veintiún años; y *menor de edad*, o simplemente *menor*, el que no ha llegado a cumplirlos».

Otros legisladores han determinado reglas y medidas del todo diversas; así, en orden a la mayor edad, unos la fijan a los veintiún años, otros a los veintitrés, otros a los veinticuatro, y muchos a los veinticinco, sin que falten también algunos que se queden debajo de la nuestra en el número de años; la de Dinamarca, por ejemplo, ha elegido los diez y ocho años; la de Neufchatel los diez y nueve, y la de Turquía los quince. Siendo de notarse que habiendo sido nuestro Código una copia fiel del chileno, nuestro legislador quiso hacer en este punto una de sus poquísimas variaciones, pues aquel Código fija los veinticinco años, y el nuestro, como se ve, los veintiuno.

Los pueblos antiguos que apenas reconocían para el hombre otra profesión que la milicia, por lo menos, ninguna más noble e importante, fijaban con frecuencia la mayor edad ateniendo sólo a la capacidad física para el manejo de las armas, y por eso se vieron guerreros precoces tan notables como Scipión el Africano y muchos otros, decidiendo de la suerte de su patria en muy temprana edad. Mas cuando el círculo de las relaciones que rodean al individuo vino a extenderse y complicarse, fue necesario alterar en algún tanto la regla,

atendiendo a todas las consideraciones que debían entrar en cuenta para la fijación.

Antes del Código de Napoleón, la mayor edad comenzaba en Francia a los veinticinco años; y después de larga discusión y de elocuentes y acalorados discursos de los redactores del Código, se cambió la regla con la de veintiún años, que ha sido seguida por la mayor parte de los Códigos posteriores.

Esos mismos discursos pueden justificar también nuestra reforma respecto de la regla chilena y la antigua española, que señalaba también los veinticinco. La menor edad tiene al individuo paralizado, encadenado, haciéndole depender de otro en el gobierno de sus propios intereses; y esto es perjudicial para el mismo individuo cuyas aspiraciones ahoga o dificulta, teniéndole privado de estímulos y de iniciativa hasta casi la mitad y mejor parte de su vida, y para la sociedad a la que priva de la cooperación de ese miembro, de su actividad civil y comercial, y del contingente con que él podría contribuir a la riqueza y prosperidad social.

A esa edad, el organismo ha adquirido la plenitud de su desarrollo físico y funcional; y las facultades intelectuales siguen casi la misma evolución. La inteligencia, la voluntad, la memoria han llegado quizá a su apogeo, y sólo necesitan del caudal de la experiencia para adquirir el término de su perfeccionamiento. El individuo puede ya gobernarse por sí mismo, atender a sus negocios y dirigir sus pasos y sus aspiraciones por el mejor camino; y el que a los veintiún años carece de estas aptitudes, probablemente, por no decir seguramente, nunca las llegará a tener.

Dícese que el imperio de las pasiones se ejerce principalmente en esa edad de los diez y ocho a los veinticinco años; pero esto lo que significa es que se ha de procurar moderar y enderezar ese imperio que, bien gobernado, es una palanca poderosa

sa para lo bueno; y para esto sirven no poco los estímulos de que se rodea al joven, sacándole de la indiferencia y abandono a que se entrega con una prolongada incapacidad civil, y haciéndole aspirar a ocupar pronto un puesto honroso en la sociedad; y provocándole desde más temprano a la dignidad del hombre y al ejercicio de sus derechos civiles y políticos; en una palabra, enseñándole a luchar y vencer, movido por esos estímulos cuyo influjo es más poderoso cuando el hombre es más sensible, más puro y menos estragado por el imperio mismo de las pasiones.

Así discurrieron los redactores del Código de Napoleón, y así podemos discurrir también nosotros, agregando la circunstancia, generalmente aceptada, de que la vida en los países ecuatoriales es más corta, y, en cambio, más rápido o más precoz el desarrollo físico e intelectual.

En cuanto a la fijación de la edad de la *pubertad*, quizá la ley se ha anticipado un poco; pues, por regla general, no principia a los doce años en las mujeres ni a los catorce en los hombres: trece y quince respectivamente habría sido mucho más exacto, no sólo atendiendo a lo que pasa en casi todas nuestras poblaciones, sino a lo que nos enseñan las estadísticas de muchas otras naciones de Europa y América. De las que tenemos a la vista, la de Max Rubner da los siguientes datos para la mujer: «En Laponia la pubertad principia a los 18 años; «en Munich, de 16 a 17; en Estokolmo, Berlín y «Viena, de 15 a 16; en Londres y París, de 14½ a «15; en Calcuta, a los 12 años». Para los hombres, dice este autor, generalmente la pubertad se presenta de los 17 a los 20 años. Ribemot y Lepage fijan en 12 años la edad de la pubertad en la mujer, en los climas cálidos, es decir, cuya temperatura media oscila al rededor de 25 grados; hacia los 15 en los climas templados, y de los 15 a los 16 en los fríos. La estadística de Joulin, relativa a más de once mil observaciones, fija la edad de 12 a

13 años, para las mujeres de los climas cálidos, de 14 a 15 años para las de los templados, y de 15 a 16 para las de los fríos. Estos mismos y muchos otros autores están acordes en que la pubertad del hombre principia entre los 14 y 16 años, en los climas templados y calientes, y más tarde en los fríos. F. Viault, F. Joliet, M. Duval y los demás profesores de Fisiología que hemos podido consultar, señalan para la pubertad del hombre y de la mujer exactamente estas mismas edades.

Por otra parte, el Código establece esta división de las edades para principiar a conceder a las personas algunos de los derechos civiles de que carecen los impúberes y que no los gozan en toda su plenitud sino los mayores de edad; porque para su recto y seguro ejercicio son indispensables el juicio, la discreción, la prudencia, el *discernimiento* que sólo se puede alcanzar con el completo desarrollo de las facultades racionales. Los púberes, por ejemplo, pueden casarse, previo el consentimiento de sus padres o tutores; pueden servir de testigos en ciertos casos, acompañados de sus tutores o curadores; y, sobre todo, pueden disponer libremente de sus bienes, por causa de muerte, porque no les está prohibido testar. Una muchacha de doce años goza, pues, en el concepto de nuestro legislador, de la razón, el juicio, la prudencia, el discernimiento necesarios para verificar el más solemne y trascendental contrato que puede realizarse en la vida, el matrimonio, ya que la ley lo mira sólo como tal, a condición de conseguir la aquiescencia de sus padres o tutores; y podría disponer libremente de sus bienes propios, con arreglo al Código Civil, aun haciendo un testamento cerrado, es decir, sin que nadie la guíe, o aconseje, o sepa siquiera lo que hace.

Mientras tanto, al tratar de la responsabilidad civil o penal, el mismo legislador hace una suposición contraria, pues antes de los quince años ape-

nas acepta como muy dudosa la existencia del discernimiento, como vamos a verlo de seguida.

El Código Penal, teniendo en cuenta los cuatro períodos en que, como dijimos antes, puede dividirse la edad, establece las siguientes reglas:

«Art. 22.—Éstá excento de responsabilidad «criminal el menor de diez años; y lo estará también el mayor de diez y menor de diez y seis, «cuando constare de manera plena que ha obrado «sin discernimiento.....»

«Si constare que el menor de diez y seis años «y mayor de diez, ha obrado con discernimiento, «se le aplicará una pena que no exceda de la mitad «ni baje de la cuarta parte, de la que se habría impuesto en caso de ser mayor de diez y seis «años.. . . .».

Si comparamos estas disposiciones con las del Código Civil, relativas a la responsabilidad por los delitos y cuasidelitos, notaremos una muy notable incoherencia de parte del legislador; en efecto, el artículo 2301 dice: «No son capaces de delito o cuasidelito los *menores de siete años*, ni los dementes; «pero serán responsables de los daños causados por «ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere «imputárseles negligencia.

«Queda a la prudencia del juez determinar si «el menor de diez y seis años ha cometido el delito «o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se «seguirá la regla del caso anterior».

Notemos, en primer lugar, que mientras el Código Penal exime de toda responsabilidad al menor de diez años, por creerle completamente desprovisto del discernimiento, o de la *necesaria inteligencia* exigida por el art. 20 para que alguien pueda ser delincuente, el Código Civil le declara ya capaz de cometer delitos y cuasidelitos al que apenas ha cumplido siete años. Y es evidente, de manera que nadie lo podría poner en duda, que más inteligencia, mejor discernimiento se necesita para calcular el mal que se puede causar a otro,

en su persona o en sus bienes por una simple falta de previsión o precaución, que para comprender la inmoralidad que encierra el hurto, el herir intencionalmente a un individuo, &. Para que quepa en una persona el proceder con *falta de previsión o precaución*, es indispensable que sea capaz de discernimiento; porque el que carece de éste será también incapaz de prever y calcular los daños, más o menos indirectos, que podrían sobrevenir de una acción, que bien pudiera no ser en sí misma notoriamente inmoral, ni directa o expresamente prohibida por la ley. De manera que, en rigor lógico y estricta justicia, debería exigirse más edad en una persona para que sea capaz de cuasidelito, que para hacerla penalmente responsable; y en nuestra legislación sucede todo lo contrario.

Notemos, en segundo lugar, que el Código Penal, para castigar al mayor de diez años y menor de diez y seis, exige que *conste* que ha procedido con discernimiento: y esta constancia nunca podrá referirse a la mera apreciación hecha por el juez, sino al informe pericial o a otra clase de pruebas; de manera que cabría comprobar la falta de discernimiento sin tomar en cuenta el criterio personal del juez, o aún en contra de él. Mas el Código Civil deja la apreciación de un discernimiento, indudablemente más difícil de medir, a cargo únicamente de la *prudencia del juez*.

Por último, el Código Penal señala como máximo de la pena para el menor de diez y seis años, la mitad de la que, por el mismo crimen o delito, se aplicaría a un adulto; y según el Código Civil se podría condenar a la misma indemnización a un niño de siete años cumplidos y a un mayor de edad.

Todo esto es, pues, muy incoherente, muy contradictorio; y para que haya unidad en la legislación y vayan las leyes siempre conformes con la justicia y la ciencia, es indispensable poner de acuerdo en este punto nuestros Códigos, reformando lo que exige reforma.

Nos queda aún por estudiar el asunto más importante y difícil, desde el punto de vista médico-legal, ya que sobre él debería versar principalmente el informe de los peritos relativo a la capacidad para delinquir de un menor de diez y seis años; nos referimos a lo que debe entenderse por el *discernimiento* exigido por las leyes civiles y penales, y a la manera de apreciarlo o graduarlo.

Ninguno de nuestros Códigos define el discernimiento ni determina la manera de comprobarlo; y tampoco dicen nada a este respecto los Códigos de otras naciones que emplean la misma palabra, como el español, el argentino, el chileno y el francés, que hemos podido consultar. Mas desde que todos ellos suponen que no existe en los menores de nueve o diez años, declarándoles por esto excentos de responsabilidad, y lo encuentran muy dudoso antes de los quince o diez y seis, es evidente que no debemos confundirlo con la inteligencia más o menos desarrollada y el juicio más o menos perspicaz que a esa edad tienen todos generalmente, excepto los idiotas, imbeciles y degenerados que jamás llegarán a tenerlo. La ley entiende, pues, que para el discernimiento se necesita algo más que la simple razón o inteligencia: alguna experiencia de la vida, algún conocimiento del mundo, son indispensables para formar un juicio apreciativo de las cosas y de sus consecuencias y relaciones, que es lo que se llama propiamente *discernir*.

Todos comprendemos fácilmente y aplaudimos la razón y la justicia con que procede la ley al dividir la edad en diferentes períodos, con el fin de graduar la responsabilidad según la perfección y claridad que el curso de los años y la experiencia de la vida vayan dando al discernimiento; pero es muy difícil hacer en cada caso la apreciación segura del grado de discernimiento con que se haya ejecutado un acto, en relación con lo exigido por la ley, para abolir o atenuar la responsabilidad del agente. Desde los primeros años de la vida, con

los primeros destellos de la inteligencia, surge en la conciencia humana una vaga idea del bien y del mal, de lo lícito y de lo ilícito, de lo que debemos hacer y de lo que nos está prohibido; y a medida que la vida avanza, que nuestro organismo se desarrolla y la educación nos da luces que nos guíen en el sendero de la vida, la idea del deber se ilumina en el fondo de la conciencia, y el conocimiento de lo bueno y de lo malo se aclara y perfecciona. Pero esta evolución de nuestro sér moral progresa por pasos tan pequeños, por graduaciones tan insensibles, y es tan variable de un individuo a otro, que es harto incierto saber cuando deberemos decir que existe y cuándo que no todavía, ese grado exigido por la ley para establecer la responsabilidad.

Nada podremos, pues, hacer mejor en beneficio de los médicos legistas, para auxiliarles en sus apreciaciones en esta importante y obscura materia, que transcribir algunos conceptos relativos a ella, del eminente comentador del Código Penal español, Don Joaquín Francisco Pacheco; ya que los autores de Medicina Legal nada, absolutamente nada, exponen al respecto.

«Una cosa nos queda que observar, dice, en este punto de que vamos tratando, y es la expresión «particular que usa la ley. El artículo no dice voluntad, no dice inteligencia, no dice razón: dice «discernimiento. Y esta palabra no ha sido empleada al acaso, sino muy cuidadosamente; porque «ninguna otra expresaría lo que la ley ha querido «que exprese: y esta palabra es muy digna de ser «meditada cuando se presentan en la práctica semejantes casos, para no exponernos a admitir como pruebas de culpabilidad las que justifican otra cosa que lo que ha entendido la ley, otra que lo que ha pedido se justificara.

«*Discernir* no sólo es juzgar, ni *discernimiento* «es cualquier juicio. Si fuera así no cabría la menor duda de que habría de hallarse en los menores «de quince años. De ocho y diez ya juzgan los ni-

«ños: de trece y catorce no hay ninguno que no ra-  
«ciocine, como no sean aquellos que en toda su vida  
«no han de raciocinar. Si, pues, la ley supone que  
«ordinariamente hasta los quince años no tenemos  
«completo el discernimiento, consiste en que bajo  
«esta palabra se encierra algo más que la mera  
«voluntad y que el mero ejercicio de la simple razón.  
«Alguna otra cosa ha de haber en ella: algún más  
«conocimiento, no sólo de los hechos mismos que  
«puedan emprenderse, sino de sus consecuencias,  
«y de los resultados de estas consecuencias. No es  
«*discernir* juzgar únicamente, y en globo, de lo  
«bueno y de lo malo, pues que esto lo hacemos to-  
«dos antes de llegar a la edad fijada.

«Equivocaríase, pues, quien para impugnar  
«en un caso dado la ley, articulase y justificase que  
«el autor del pretendido delito tenía una regular,  
«una clara inteligencia. La ley no había de supo-  
«ner, como base de presunción, que hasta los quin-  
«ce años eran tontos la mayoría de las personas.  
«Si, pues, estima que hasta los quince años no sue-  
«le haber discernimiento, debemos inferir de aquí:  
«primeramente, que en su idea se comprende algo  
«más que la inteligencia ordinaria, a la cual no  
«falta, por lo común, perspicuidad, sino conoci-  
«miento de las cosas y del mundo; y en segundo  
«lugar, que la prueba reconocida en el artículo co-  
«mo posible para destruir la presunción, ha de te-  
«ner por objeto ese mismo conocimiento del mundo  
«y de las cosas, ese adelanto de malicia, esa com-  
«prensión de las consecuencias, esa síntesis, por  
«decirlo así, de los objetos exteriores y de las rela-  
«ciones que los enlazan, que es ya el carácter distin-  
«tivo de la inteligencia varonil».

«A esto es lo que la ley llama *discernimiento*;  
«y se lo llama con justísima razón, atendida la idea  
«originaria, la aplicación exacta de esta palabra.  
«Discernir es, según el Diccionario de la Acade-  
«mia, juzgar con rectitud, distinguir una cosa de  
«otra por las diferencias que entre ellas hay. Dis-

«cernimiento es el juicio recto, por cuyo medio se «distinguen las cosas diferentes. Tanto, pues, ha- «cen alusión estas expresiones a la fuerza vital, «activa del ánimo, como al conocimiento de lo que «está fuera de nosotros. Tanto indican la inteli- «gencia de la mente, como la noción de lo que su- «cede y pasa en el mundo. Por esto los niños no «tienen discernimiento: fáltales lo objetivo para «que sea recto y completo el uso de su razón. Sin «duda tienen ya la idea del mal; pero esta idea es «confusa; pero no conocen las consecuencias de los «males. Éstán aprendiendo la sociedad y la vida, «y no pueden juzgárseles como si ya la supieran. «Falta lastre en el fondo del barco, y nada tiene de «extraño que cabecee. Hay desgracia, o debe pre- «sumirse que la hay, más bien que presumir que «haya delito». (El Código Penal Comentado y Con- cordado.—Tomo 1º, págs. 143 y 144).

De lo expuesto y de los párrafos transcritos se deduce, pues, claramente que es asunto arduo y delicado el concepto que hemos de formar respecto de la falta o la existencia y el grado de discernimiento con que se haya ejecutado un acto; y esto tratándose de la responsabilidad penal, cuyo objetivo son de ordinario los hechos intencionales. ¿Qué diremos de la seguridad con que deja el Código Civil a la *prudencia del juez*, el determinar si el mayor de siete y menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento?

Los frecuentes fracasos de los métodos y sistemas pedagógicos, aún de los escritos por hombres que han dedicado gran parte de su vida al estudio y la observación metódica del niño y del adolescente, nos manifiestan con evidencia lo difícil y laborioso que es darse cuenta exacta de la evolución de la inteligencia, la voluntad, la razón y el discernimiento durante los años de la niñez y los primeros de la juventud. Cuánto tino, cuánta sagacidad, cuán atenta y prolija observación, y qué profundos estudios del desarrollo y el funcionamiento normal

de las facultades racionales, son necesarios para resolver acertadamente el difícil problema legal. ¿Poseerán todas estas cualidades la generalidad de nuestros jueces? Será justo y acertado su juicio *prudencial*, muchísimas veces empírico y ciego, por no decirlo siempre?

Si el Código Penal considera dudoso el discernimiento hasta los diez y seis años, en los actos inmorales directa o expresamente prohibidos y castigados por la ley ¿será posible hallarlo tratándose de las meras consecuencias de una omisión, negligencia o imprudencia? No habría sido, quizá, más lógico, más conforme con el espíritu de nuestras leyes, declarar al menor de diez y seis años irresponsable del cuasidelito que cometa, dejando la responsabilidad para las personas a cuyo cargo esté, a fin de no perjudicar al damnificado, como lo hace la ley respecto de los menores de siete años que han cometido delitos civiles, es decir, daños intencionales?

Pero existe aún otra incoherencia en nuestras leyes: El Código Civil limita o niega la *capacidad* de los *menores* adultos, es decir, de los que no han cumplido todavía veintiún años, fundándose, indudablemente, en que antes de esa edad el individuo no tiene el discernimiento necesario para verificar contratos o ejecutar otros actos o declaraciones de voluntad que le obliguen para con otra persona, sin grave riesgo para sus propios intereses o los de su familia. Les reconoce, sin duda, algún discernimiento al que ha cumplido diez y ocho años y en general a todos los menores, salvo el caso de probarse lo contrario; puesto que declara válido el matrimonio que han contraído los mayores de diez y ocho años, sin el consentimiento de sus padres o tutores, y califica de *obligaciones naturales* las ejecutadas por todos los menores, esto es, de obligaciones cuyo cumplimiento no es exigible, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas (art. 1460). Pero esto mismo manifiesta que, en el concepto de la

ley civil, el discernimiento, o no existe, o no es completo antes de los veintiún años.

De muy distinta manera apreciaron la edad del discernimiento nuestros legisladores al redactar el Código Penal; pues el período del discernimiento dudoso principia tres años después, según este Código, respecto de lo que dice el Civil, y sólo se extiende hasta los diez y seis años.

Entre los diez y seis y los diez y ocho años, apenas podrá apreciarse como una circunstancia atenuante la corta edad del delincuente; y de los diez y ocho años en adelante, ya no podrá tomársela ni en este concepto. Es decir que desde los diez y ocho años la ley penal conceptúa completo y perfecto el discernimiento.

¿Por qué veintiún años en el Código Civil y diez y ocho en el Penal?

La noción de lo justo y de lo injusto, el discernimiento entre el bien y el mal moral, se anticipa indudablemente al conocimiento de la conveniencia de los negocios y de las complicadísimas relaciones de la vida civil; antes puede, en verdad, ser el hombre delincuente que experto y atinado en el gobierno de sus intereses; pero así y todo, no es equitativo y conforme a la razón exigir el máximo de la responsabilidad a un individuo a quien la ley civil no le reconoce el discernimiento completo. La serenidad de espíritu, el dominio de sí mismo, la discreción en sus actos, la experiencia de la vida, que no puede tener en su plenitud un joven de veinte años, no deben ser tampoco olvidados por el legislador justiciero que gradúa la responsabilidad de los menores de edad; y si hay, en efecto, fundamento suficiente para exigir al mayor de diez y ocho años que responda de sus actos, la atenuación de sus faltas, en consideración a la edad, debería extenderse hasta los veintiún años. De esta manera sería, en nuestro concepto, la ley más conforme con la razón y con la ciencia, y

desaparecería la incoherencia de nuestros Códigos (\*).

Nada dice el Código Civil respecto del otro extremo de la vida humana, de la senectud; y hay razón para ello: prudente, reflexivo, sagaz, desconfiado, bien aleccionado por las vicisitudes de la vida, los azares de la suerte, el conocimiento de los hombres, la fragilidad de la esperanza y lo fecundo de la vida en desengaños de todo género, tiene el anciano en sí mismo cuanto es necesario poseer para gobernarse solo y dirigir acertadamente todos sus negocios y todas sus relaciones civiles. Procede siempre con maduro juicio, con orden y lógica; prevé con fundamento las eventualidades futuras, y busca en sus contratos y obligaciones el mayor número de seguridades posibles. No necesita, pues, una protección especial de la ley civil, sino cuando por los mismos progresos de la edad o por los achaques anexos a la última etapa de la vida, se debilitan las facultades intelectuales, decae la memoria, desfallece la energía de la voluntad; es decir, principia la demencia senil. Pero entonces no es la edad la que vuelve a hacerle acreedor al amparo de la ley, sino la alteración de sus facultades mentales; y desde este punto de vista, le hemos de encontrar nombrado en las leyes relativas a la tutela y curaduría y a la capacidad legal de los dementes, en que hemos de ocuparnos a propósito de las cuestiones médico-legales relativas a la alienación mental.

Sólo en el Título XXVI, § 1º—Del arrendamiento de criados y trabajos asalariados—, hace re-

---

(\*) Varios Códigos penales, entre ellos el austriaco y el del Brasil, consideran como circunstancia atenuante que sea *menor de edad* el delincuente; y nuestro Código anterior estimaba de un modo más general, como circunstancia atenuante, la corta edad del delincuente; lo cual era mucho más racional y científico.

ferencia indirecta a la edad avanzada el último inciso del art. 1984 del Código Civil, que dice: «Si el «criado o trabajador asalariado quedaren imposibilitados para el trabajo, por el largo servicio que «hubieren prestado o en razón del mismo trabajo, «el amo no podrá despedirlos, y los conservará dándoles los recursos necesarios para su subsistencia». Y el art. 105 del Código de Policía fija la edad de sesenta años para los efectos de este inciso.

No está tampoco en esto de acuerdo el Código Penal con el Civil, pues el primero nivela al hombre que ha cumplido sesenta años con el joven que tiene más de diez y seis y menos de diez y ocho, aceptando la consideración de esas edades en igual grado, como motivo de atenuación de la responsabilidad. En efecto, el art. 32 de dicho Código está redactado en estos términos:

«Son circunstancias atenuantes:.....

«2º Cuando el culpable es menor de diez y «ocho años y mayor de sesenta».

A decir verdad, no encontramos fundamento sólido para esta atenuación de la responsabilidad establecida por nuestra ley. A los sesenta años se conservan aún en pleno vigor todas las facultades intelectuales, exceptuando los raros casos en que principia antes de esa edad la demencia senil; pero entonces deja el individuo de ser responsable, total o parcialmente, no por razón de la edad, sino en virtud de un estado patológico que exime igualmente de culpa a los jóvenes y a los adultos. El hombre provento tiene, en cambio, en su contra, a más de la presunción del discernimiento completo, el desprecio de las lecciones de la experiencia y la falta de muchos móviles que impulsan a la delincuencia. Frío, sereno, reflexivo, dominado ya el ímpetu de las pasiones, convencido de lo inútil y pernicioso de la venganza, y habiendo saboreado, quizá, la amargura de muchos remordimientos, lleva en su corazón y su cerebro un gran caudal de

lecciones para aprender a amar y practicar el bien, y alejarse del vicio y el crimen.

Probablemente así han juzgado los legisladores de otros países; pues en ninguno de los Códigos que hemos podido consultar se halla una disposición igual a la del nuestro; y el argentino, que acepta la senectud como circunstancia atenuante, fija la edad de *setenta* años, es decir, diez más tarde que el nuestro.

El Diccionario Penal de Jurisprudencia y Legislación Peruana, del Dr. Miguel A. de la Lama, dice: «El anciano en el estado fisiológico, no puede «obtener motivos de excusa en el hecho solo de su «edad avanzada; no es más culpable que otro cual- «quiera, pero tiene contra sí las lecciones desper- «diciadas de la experiencia, el amortiguamiento de «las pasiones y la ausencia de más de una causa «impulsiva».

Y en los Comentarios del Código Penal argentino, se encuentra esta transcripción de Adolfo Chauveau: «La vejez no nos parece en sí misma «una causa de excusa, porque la edad sola, por «avanzada que sea, no es incompatible con la cri- «minalidad. Es cierto que la vejez produce mu- «chas veces una debilitación de las facultades inte- «lectuales, pero esta debilitación, mientras no dege- «nere en un estado de imbecilidad, no excluye la «culpabilidad. La vejez, por el contrario, es to- «davía más culpable, puesto que tiene en su contra «las despreciadas lecciones de una larga experien- «cia, los hábitos morales de toda la vida, y el amor- «tiguamiento de las pasiones. Sin embargo, la ley «debe suavizar los castigos que inflija a los ancia- «nos, *no porque su edad atenúe su acción criminal,* «sino a causa de la excesiva gravedad que tendrían «ciertas penas en su aplicación a un individuo *de- «masiado viejo*, o por la repugnancia que suscita «el hecho de tronchar una vida espirante».

Son cosas muy diferentes *atenuar la criminalidad, y atenuar la pena*; y en este concepto estamos

completamente de acuerdo con el sabio comentador de los Códigos franceses. La debilitación del vigor físico y moral, y la proximidad a la muerte que se suponen naturalmente en un individuo demasiado viejo, abogan enérgica e irrefutablemente en favor de la atenuación de la pena. Por esto, los Códigos que tienen entre sus penas las de trabajos forzados y de muerte, excluyen de ellas a los que pasan de sesenta años. El Código argentino cambia la pena de presidio con la condena de penitenciaría. (Art. 62).



## CAPITULO X

### DE LAS ALTERACIONES MENTALES EN SUS RELACIONES CON NUESTRA LEGISLACIÓN

La falta de razón produce muy importantes y delicadas consecuencias jurídicas, tanto en lo civil como en lo criminal, en las cuales, si bien las reglas abstractas de derecho son a veces obvias y evidentes, su aplicación práctica da lugar a las más serias dificultades. Es ésta una de las cuestiones en que el hecho domina al derecho, y les toca la peor y más ardua parte a los peritos médico-legistas. En efecto, la determinación del estado psíquico o intelectual de un sujeto, para juzgar de su capacidad legal, o de la validez y responsabilidad de sus acciones, es a veces uno de los problemas más laboriosos y difíciles que pueden presentarse en el ejercicio de la Medicina Legal, y que exige de parte del perito profundos conocimientos científicos, y mucha práctica y sagacidad en la investigación de las variadas y caprichosas formas que pueden presentar las alteraciones patológicas de la inteligencia y la voluntad.

Observemos, ante todo, que a nuestra legislación se le puede hacer, en esta materia, la misma censura de Dn. Pedro Mata a la española, respecto del abuso de las diversas denominaciones con que se enuncia la falta de razón. El Código Civil emplea generalmente la palabra *demencia*; el de Enjuiciamientos dice *loco*, *fatuo*, *mentecato*, *destituido de juicio*; el Penal, *demente* y *loco*; y como, por una

parte, no ha habido el menor cuidado de ceñirse en el empleo de estas palabras o frases a su acepción científica y peculiar; y por otra, tampoco ha querido la ley definir las de un modo preciso, es necesario, para fijar su alcance y comprensión, atender en cada caso al espíritu de las respectivas disposiciones legales, a sus antecedentes históricos, al sistema general de la legislación, &.

Las legislaciones francesa y española han sido todavía más arbitrarias que la nuestra en este punto, como lo veremos al hacer el paralelo de las respectivas disposiciones. (Véanse Tardieu, Legrand du Saulle, Vibert, Thoinot, Lutuaud, Mata, &).

A fin de proceder con orden, estudiaremos primero las disposiciones de nuestra legislación civil que hacen relación a la pérdida o perturbación de las facultades intelectuales, y después, las de la criminal.

### § 1—*Legislación Civil*

**Código Civil.**—El Código Civil trata por primera vez este punto al desarrollar, en el Libro 1º, la materia de los tutores y curadores.

Después de haber consignado en algunos títulos las reglas generales sobre los tutores y curadores, ocúpase en el XXIV en las especiales relativas a la curaduría del demente; y las que tienen relación con nuestro objeto, son las siguientes:

«Art. 445.—El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos.

«La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa».

Este artículo se copió en el Código chileno, y de éste en el nuestro, del 484 del Código francés, que comienza así: «El mayor que se halla en estado habitual de inbecilidad, demencia o furor, de-



«be ser puesto en interdicción . . . . . ». Estas tres palabras tienen, en verdad, diversa significación en la ciencia; pero como sería absurdo suponer que nuestro Código ha querido conceder el auxilio del curador al que ha perdido el uso de la razón, mas no al que no la ha tenido jamás, ni al que la tiene en completo desconcierto y desorden, es indudable que la palabra *demencia* no tiene en nuestro artículo el significado técnico, y comprende todas las formas de enagenación mental respecto de las cuales existe también la misma razón jurídica.

Por consiguiente, aun cuando el juez en el nombramiento de peritos se limite a decir que informen si un individuo es o no demente, no han de circunscribirse en el examen a esta sola forma de enagenación mental, sino que han de investigar la existencia de cualquiera otra, aun de las transitorias y sintomáticas, a fin de suministrar al tribunal todas las luces que le sean necesarias.

Si el idiota o imbecil es, además, sordo-mudo, como sucede algunas veces, estará sujeto a las reglas del título XXV, dadas especialmente para los sordo-mudos.

Si los enfermos de delirio parcial sistematizado, o monomaníacos de Esquirol, y los degenerados (obsesos, desequilibrados, &), están o no sujetos a este artículo cuando conservan completa, en apariencia por lo menos, la razón fuera del círculo de sus ideas delirantes o de sus obsesiones y temas, no está claro en la ley; pero si la perturbación mental fuera evidente y pudiera influir en la administración de los bienes y en el ejercicio de los derechos civiles, la razón jurídica de la interdicción obraría plenamente y deberían aplicarse las mismas reglas consignadas para el caso de demencia.

Mas si la alteración mental o monomanía se revelase sólo por actos de dilapidación de los bienes, quizá cabría más bien la interdicción especial establecida para los disipadores.

Y a propósito, no será por demás recordar aquí, a fin de que lo tengan presente los jueces y abogados, que la clásica monomanía, tal como la describían los antiguos autores, con delirio relativo a una sola idea o a un círculo muy limitado de ellas, conservando el sujeto íntegro el funcionamiento de sus facultades intelectuales para todo lo que no esté ligado con aquellas, ha sido muy debatida desde los estudios de Lasegue, y está casi generalmente negada por los hombres más eminentes de la ciencia; pues aun el mismo Dr. Mata, autor ya bastante antiguo, que la aceptó y describió muchas de sus formas en su Tratado de Medicina y Cirugía Legal, pone esta salvedad: «En sentido absoluto, ni hay locura general ni locura parcial; «sólo pueden tomarse una y otra en sentido relativo».

Las locuras o perturbaciones provenientes de la acción transitoria de algún agente, llamadas sintomáticas, no estarían en lo concerniente a tutela y curaduría, sujetas a la ley; ya que ésta se refiere al *estado habitual* de demencia o enajenación mental.

Esto en lo tocante a la interdicción; que por lo que respecta a la nulidad de los actos y a la responsabilidad del agente, debe atenderse al estado actual de éste al tiempo de ejecutarlos, como luego lo veremos; y entonces el problema médico-legal consistirá en resolver si estuvo o no el sujeto en uso de su razón cuando ejecutó el acto, haya o no tenido antes o después de ejecutado, cualquiera forma de enajenación mental, idiopática o sintomática, y, respecto de la responsabilidad, haya o no habido interdicción.

En el art. 448 encontramos una prueba evidente de que el legislador ha juzgado sinónimas las palabras *locura* y *demencia*, pues dice así: «Podrán provocar la interdicción del *demente* las «mismas personas que pueden provocar la del disipador.....»

«Pero si la *locura* fuera furiosa, &c.»

El art. 449 determina los antecedentes que han de servirle al juez para decretar la interdicción, en estos términos:

«El juez se informará de la vida anterior y «conducta habitual del supuesto demente, y oirá «el dictamen de facultativos de su confianza, sobre «la existencia y naturaleza de la demencia.

«Pero no podrá decretar la interdicción sin «examinar personalmente al demandado, por me- «dio de interrogatorios conducentes al objeto de des- «cubrir el estado de su razón».

La forma del procedimiento tiene que ser re- glada por el Código de Enjuiciamientos Civiles, el cual dice:

«Art. 823. Si se solicitare la interdicción ju- «dicial por causa de demencia, el juez nombrará «dos facultativos que reconozcan al supuesto de- «mente e informen sobre la realidad y naturaleza «de la supuesta demencia; y el mismo juez, acom- «pañado del escribano, le examinará por medio de «interrogatorios, y se instruirá de cuanto concier- «na a la vida anterior, estado actual de la razón y «circunstancias personales del supuesto demente, «sin perjuicio de oír en privado a los parientes y a «las personas con quienes éste viva.

«Art. 824.—Se sentará acta de lo que se hu- «biere practicado con arreglo al artículo anterior; «y si de las observaciones del juez y del parecer de «los facultativos resultare haber justo motivo para «dictar la interdicción provisional, el juez la orde- «nará y nombrará curador interino, previa audien- «cia del defensor de menores».

Del tenor de estos artículos se sigue: 1º Que la ley no exige que los facultativos reconozcan al demente en presencia del juez y del escribano, si- no que pueden hacerlo separadamente, al contrario de lo dispuesto para el cuerpo del delito; 2º Que este Código, lo mismo que el Civil, insiste en que los facultativos determinen, no sólo el estado, sino la naturaleza de la demencia o enajenación, a fin de

que así quede el juez mejor ilustrado de los hechos que debe conocer para fijar los términos de su resolución; 3º Que el juez podrá apartarse del dictamen de los peritos, según las reglas generales ya conocidas; puesto que la ley no hace en esta parte ninguna excepción, y más bien manifiesta que el juez debe formar también por sí mismo su convicción.

Si los peritos discordaren, se nombrará un tercero según las reglas generales.

La prescripción legal que obliga al juez a examinar por sí mismo al supuesto demente, recogiendo todos los antecedentes de la vida del examinado y todos los demás datos necesarios para formar juicio respecto del estado de su razón, es decir, autorizándole expresamente para hacer un diagnóstico que podría ser, no sólo diverso, sino opuesto al de los peritos, presupone que no son indispensables los conocimientos médicos para resolver si un individuo es o no demente, en el sentido lato dado por la ley a esta palabra. Pero si esto es verdadero en los casos comunes de enajenación mental completa y franca, en los cuales aun se podría prescindir de la intervención de los peritos, que se reduce á llenar una mera fórmula legal, no sucede lo propio en muchos otros casos en que, como queda dicho, resulta ese uno de los problemas más difíciles de la Medicina Legal. Cuando se investiga el estado de la razón de los que tienen *delirio sistematizado*, o de algunos *degenerados superiores*, de los impulsivos y obsesionados, de todos los semilocos, como los llama Grasset, no es posible ni examinar al enfermo, menos formar juicio del estado normal o patológico de su razón, no poseyendo conocimientos científicos profundos, y práctica en la manera de proceder; lo cual no es frecuente encontrar ni entre los mismos médicos.

En casos de esta condición, el juez tiene que resignarse, indudablemente, a no formar por sí mismo ningún juicio, por mucho que cumpla fiel-

mente lo prescrito por la ley en cuanto a la forma de procedimiento; y llenará sus deberes escogiendo para peritos a los especialistas o a los médicos más competentes, y acogiendo el parecer de ellos.

Volvamos al Código Civil. El art. 454 regla los efectos de la interdicción y de la demencia, respecto de los actos jurídicos del demente, en estos términos:

«Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aun que se alegue haberse celebrado o ejecutado en un intervalo lúcido.

«Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados sin previa interdicción, serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente».

Cuando hay interdicción, ésta constituye por sí misma una incapacidad jurídica, y no es necesario entrar en cuenta la condición del sujeto, ni practicar el reconocimiento o la investigación judicial del estado de su inteligencia al tiempo del acto o contrato. Cuando no la hay, la nulidad no puede provenir sino de la incapacidad natural del agente en el momento del acto; y podrían suscitarse con este motivo cuestiones médico-legales tan difíciles, como determinar si un individuo que ha muerto, o que actualmente está sano, estuvo o no enajenado cuando ejecutó un acto de fecha muy remota.

En seguida trata el Código de la conducta que se debe usar con el demente, en lo concerniente a su persona, diciendo:

«Art. 455.—El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe así mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros.

«Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras, a solicitud del curador, o de cualquiera

«persona del pueblo; se obtenga autorización judicial para cualquiera de estas medidas» (\*).

Dispone luego el Código que los frutos de los bienes del demente y aun los capitales se empleen en aliviar su condición y procurar su restablecimiento; y concluye hablando de la rehabilitación, en estos términos:

«Art. 457.—El demente podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con «justa causa».

Nada dice de la forma del procedimiento relativo a la rehabilitación, ni se sabe a ciencia cierta lo que debe entenderse por ese recobro *permanente* de la razón; pero como habla de que puede volver a ser inhabilitado, es natural juzgar que la *permanencia* en el uso de la razón bien puede ser sólo temporal.

---

(\*) En el Código de Policía tenemos al respecto las siguientes disposiciones: “Art. 77.—El que se encontrare en “cualquier lugar público en estado de enagenación mental “será cogido por la Policía, y previo el reconocimiento de facultativos, reducido al Manicomio, si sus padres o guardadores no garantizaren su conservación en otro lugar seguro.

“En caso de locura furiosa, se procederá a las medidas “que aseguren inmediatamente a la persona del furioso en el “establecimiento destinado al efecto, y si no lo hubiere, en el “Manicomio más cercano.

“En uno y otro caso, la Policía notificará el hecho a la “familia del demente o respectivo defensor, para los efectos “legales”.

“Art. 38.—Serán castigados con multa de veinte centavos a seis sucres:..... 21.—Los encargados de la guarda “de un loco o demente que le dejaren vagar por sitios públicos sin la debida vigilancia;..... ”

El Código de Enjuiciamientos Civiles, después de fijar los trámites relativos a la interdicción, de las cuales hemos tratado ya, añade:

«Art. 829.--Para la rehabilitación del demente se observarán los mismos trámites que para declarar su interdicción». Habría, pues, necesidad de nuevo examen del juez y los peritos, y de que la *permanencia* en el uso de la razón fluya del parecer conforme de ellos.

Concluído el Tít. XXIV--De la curaduría del demente--sigue en el Código Civil el XXV, relativo a la del sordo-mudo; la cual se sujeta a reglas casi idénticas, aún en lo tocante al procedimiento. Por tanto, también a este respecto, habrá lugar al informe de los facultativos, examen del juez, &.

Al tratar de los incapaces para curadores, en el Título XXIX, cuéntase a los dementes, aunque no estén en interdicción. Art. 486.--Nº 3º

En el Libro II del Código Civil sólo se nombra a los dementes para decir, en el artículo 711, que ellos y los infantes (menores de siete años) son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión.

En el Libro III--De la sucesión por causa de muerte--tenemos la importante materia de los testamentos.

«Art. 995.--No son hábiles para testar:

«1º—La persona que ha muerto civilmente:

«2º—El impúber:

«3º—El que se hallare en interdicción por causa de demencia:

«4º—El que actualmente no estuviere *en su sano juicio*, por ebriedad u otra causa:

«5º—El que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente.

«Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar».

De donde se sigue: 1º—Que el que ha sido puesto en interdicción por demencia (\*), no puede testar ni en sus intervalos lúcidos, ni aun cuando recobre plenamente su salud, a menos que previamente se le rehabilite por declaración judicial, siguiendo los trámites que ya hemos examinado:

2º—Que si no hay interdicción, es necesario, para que el testador sea incapaz y nulo el testamento, que conste que al otorgarlo se hallaba aquél privado de la razón por cualquiera causa, aún cuando fuera por embriaguez, o por una enfermedad, o por cualquier accidente que ocasione delirio o perturbación de la razón:

3º—Que en el propio caso, esto es, si no hay interdicción, es válido el testamento del loco otorgado en un intervalo lúcido, o después de haber recobrado el juicio:

4º—Que el monomaniaco o delirante parcial no sujeto a interdicción, podrá testar si este acto no está comprendido en el orden de sus ideas delirantes, es decir, si lo ejecuta en uso de su razón:

5º—Que si este monomaniaco está en interdicción por demencia, será nulo el testamento; pero si está como disipador, será válido; porque los disipadores no son, según este artículo, inhábiles para testar:

6º—Que será incapaz el sujeto y nulo el acto, si por razón de alguna enfermedad u otro accidente, o por ser sordo-mudo, aquél no puede hablar ni escribir. No cabe, por tanto, el testamento por señas o gesticulaciones:

7º—Que la ley no prohíbe los testamentos a la hora de la muerte, aunque, en verdad, con frecuencia no tendrá el testador la integridad de sus facultades y la calma necesaria para tan grave asun-

---

(\*) Siempre que usemos la palabra *demencia* sin ninguna advertencia o explicación, se entenderá que la tomamos en el sentido general que le da la ley, y no en el científico.

to; y ha tenido para esto en cuenta que semejante prohibición daría por resultado dejar a la mayor parte de los hombres sin el derecho de expresar su última voluntad y disponer de sus bienes por testamento; pues rara vez se podría obtener que este acto se practicase con la debida oportunidad.

Lejos de prohibirse tales testamentos, más bien se facilitan; pues se permite otorgarlos verbalmente en casos de extrema urgencia.

Lo más que ha podido hacer la ley es tomar las posibles precauciones, ya para que no teste sino el que está en su sano juicio, ya para evitar las sugerencias interesadas de que pudiera ser víctima en esos momentos. Para lo primero, dispone que el empleado que autorice el acto—ordinariamente juez o escribano—procure cerciorarse del estado mental del testador, y siente razón de ello en el mismo testamento. Para lo segundo, declara incapaces de heredar a los curas y confesores, al escribano y testigos del testamento y a los parientes íntimos de éstos (\*).

La declaración del escribano admite prueba en contrario; pues la sanidad intelectual no es siempre un hecho de simple percepción, sino que a veces requiere una apreciación bastante delicada de las circunstancias, y aun el empleo de conocimientos científicos; y el escribano limitase a exponer lo que él y los testigos pueden notar al respecto por la mera apreciación.

De aquí podría nacer el muy delicado y arduo problema médico-legal, de resolver si el testador estuvo fuera del uso de su razón, al otorgar el testamento, aun cuando digan lo contrario el escribano y los testigos.

Por lo demás, el Código ha querido ser muy claro y expreso en cuanto a que, para reconocer la

---

(\*) En el Derecho francés se extiende la incapacidad de heredar a los médicos del testador.

capacidad del testador y la validez del testamento, se ha de atender al estado de aquél al tiempo de testar. Por esto, después de enumerar las incapacidades en el art. 995, añade:

«Art. 996.—El testamento otorgado durante «cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas «en el artículo precedente es nulo, aunque poste-  
«riormente deje de existir la causa.

«Y por el contrario, el testamento válido no «deja de serlo por el hecho de sobrevenir después «alguna de esas causas de inhabilidad».

Después de la capacidad de testar, trata el Código de la de ser testigo en un testamento; y se rige por idénticos principios en lo tocante a la falta de razón: «No podrán ser testigos en un testamen-  
«to solemne otorgado en el Ecuador, dice el artícu-  
«lo 1002:

«1º—Los menores de diez y ocho años:

«2º—Los que se hallaren en interdicción, por «causa de *demencia*:

«3º—Los que *actualmente* se hallaren privados «de razón:

«4º—Los ciegos:

«5º—Los sordos:

«6º—Los mudos . . . . .».

En este Libro III se toman también en cuenta los dementes, para impedirles ser albaceas y hacer donaciones.

En el Libro IV.—De las obligaciones y contratos—se les nombra al tratar de los actos o declaraciones de voluntad; y en el título de los delitos y cuasidelitos.

Cuanto a los primeros, el art. 1437 dice: «Son «absolutamente incapaces los dementes, los impú-  
«beres y los sordo-mudos que no pueden darse a «entender por escrito.

«Sus actos no surten ni aún obligaciones natu-  
«rales, y no admiten caución.

«Son también incapaces los menores adul-  
«tos . . . . .».

La demencia de que habla este artículo debe también tomarse en su más lato sentido; pues de cualquier modo que el hombre se halle privado del uso de la razón tiene incapacidad natural de declarar racionalmente su voluntad, y la ley no puede conferirle capacidad jurídica.

La parte difícil en estos casos consiste en la determinación práctica del grado de demencia necesario para la incapacidad, sobre todo tratándose de la embriaguez.

Por lo demás, la incapacidad de que trata este artículo no es la habitual, sino la actual, esto es, la que existe en el momento del acto o declaración de voluntad. Mas si ha habido interdicción, los actos posteriores a ella son nulos, aunque en el momento de ejecutarlos tenga el agente capacidad natural.

Cuanto a los delitos y cuasidelitos, cuya naturaleza queda explicada al tratar de la responsabilidad profesional de los médicos, dice el Código Civil, en la parte que nos interesa: «Art. 2300. El «ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito».

«Art. 2301. No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiese imputárseles negligencia.

«Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior».

Esto es todo lo que tiene el Código Civil en esta materia.

Nada diremos respecto de la responsabilidad civil de los niños y jóvenes menores de diez y seis años, porque fue ya estudiado este asunto al tratar de la edad de una manera general. Tampoco merece observación especial la disposición relativa a la irresponsabilidad de los dementes; más, atento lo

dispuesto por el art. 2300, creen algunos que el Código hace siempre responsable al ebrio, aún cuando el abuso del alcohol le hubiera puesto completamente fuera del uso de la razón, esto es, en estado de *demencia*, usando la misma palabra empleada por el Código; y aun dicen que con este exclusivo objeto ha hecho especial mención de la embriaguez, formando una especie de contraste con lo que en seguida se dispone respecto de los dementes.

Mas, en nuestro concepto, esa interpretación es errónea, y queremos manifestarlo, tanto por juzgarla injusta, como por la aplicación que de ella podría hacerse para exigir a los ebrios la responsabilidad penal en todo caso.

En efecto, la ley no dice que el ebrio es responsable de *todos los daños que cause*, sino de los *delitos y cuasidelitos* que cometa, esto es, de los daños intencionales y de los que provengan de imprudencia o descuido. Ahora bien, como la embriaguez puede ser absolutamente involuntaria e inculpable, es evidente que todos los daños que cause el agente en estado de completa perturbación de la razón, no podrán imputarse a malicia ni imprudencia, y por lo mismo, no constituyendo delito ni cuasidelito, no darían lugar a responsabilidad civil.

Si la embriaguez fuera voluntaria, habría cuasidelito; no por el hecho nocivo cometido fuera del uso de la razón; sino porque, como la embriaguez puede naturalmente llevar al individuo a ocasionar daños, el que se embriaga voluntariamente comete imprudencia o culpa.

Si fuese incompleta, voluntaria o involuntaria, no eximiría de responsabilidad civil; pues no impediría que el sujeto pudiera proceder en el acto dañoso, no sólo con temeridad o imprudencia, sino aun con malicia.

Toda otra forma de locura inculpable, idiopática o sintomática, está comprendida en el art. 2301. Se requiere, sí, que la falta de razón sea ca-

tual, y para este efecto el mero hecho de la interdicción no tiene gran importancia. El demente, puesto o no en interdicción, si comete un daño en estado de lucidez, o después de haber recobrado la razón, es civilmente responsable por delito o cuasidelito.

La demencia habitual, y con mayor razón la interdicción, podrán suministrar una presunción respecto de la demencia actual, para el caso de que no hubiera pruebas suficientes a este respecto; pues si un individuo es habitualmente loco, y no hay prueba del estado en que se encontraba en el momento en que causó el daño, es racional presumir que obró en estado de locura.

Notaremos, de paso, las dos cosas siguientes: 1ª que no todas las formas de locura presentan intervalos lúcidos en su evolución; de manera que, aceptado el diagnóstico de una de estas formas, podría de hecho desecharse la idea de haber sido cometido el acto en un intervalo lúcido: 2ª que si bien el Código habla expresamente de *intervalos lúcidos*, cuando dispone que sea privado de la administración de sus bienes el adulto que se halle en estado habitual de demencia (art. 445), y cuando regla los efectos de la interdicción por causa de demencia (art. 453), generalmente se refiere, al *estado actual de demencia, o de uso de la razón*, sin expresar si ese *estado actual* puede o no ser un intervalo lúcido, ni hacer referencia ninguna a los estados de demencia anteriores o posteriores a dicho estado actual.

La doctrina de nuestro Código en lo referente a la locura se halla conforme con la del Derecho francés y de casi todas las legislaciones que hemos podido consultar. Sólo en el Código Penal español, en el cual se trata a la vez de la responsabilidad civil, quiso introducirse la novedad de hacer civilmente responsable a los dementes, a pesar de haberseles eximido de la responsabilidad criminal, pretendiendo justificar esta doctrina con el siguien-

te sofisma: «El loco es, en verdad, un agente material; sus hechos dañosos son casos fortuitos; pero el legislador, para proceder con equidad, debe hacer recaer los efectos de este caso fortuito en el mismo loco a quien la naturaleza le ha deparado esa desgracia, y no en el tercero que no está de ningún modo obligado a soportar las consecuencias de la locura de aquél».

Pero en este caso, el legislador no está en circunstancias de elegir cuál de los dos ha de sufrir el caso fortuito, puesto que éste de hecho ha recaído ya en uno de ellos. Si un loco quema una casa ajena, el dueño está ya acontecido, y el caso fortuito pesa sobre él como si hubiera provenído de un rayo o de otro accidente natural; y el legislador no puede hacer responsable al loco, sin afirmar el absurdo de que este es capaz de contraer obligaciones y de obrar como un sér moral que conoce el orden y debe adaptar a él sus acciones; absurdo que resulta más evidente, desde que la ley civil declara al demente tan absolutamente incapaz, que sus actos no surten ni obligaciones naturales, y la penal le absuelve de toda responsabilidad.

Sin embargo, Pacheco apoya la disposición del Código Penal español, con los singulares razonamientos que transcribimos a continuación, entre otros que expone en sus Comentarios:

«Así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. Sus semejantes no han de sufrir, porque él sea loco, más de lo necesario, los desastrosos efectos de sus obras. Sus convecinos no han de llorar en la miseria lo que él en su delirio ejecutó. No se le puede igualar con el que obra con derecho, porque él no ha tenido esta circunstancia: es una infelicidad, pero no es un derecho el carecer de juicio».

Sin desconocer ni por un instante el mérito indiscutible del ilustre Comentador, podríamos nosotros decir: es una infelicidad apelar a estas razones para defender una ley que no las tiene.

Réstanos sólo observar que el Código no exige de responsabilidad civil al sordo-mudo que procede con discernimiento, siendo así que, en igual caso, el Código Penal le libra de responsabilidad criminal. Hay, por tanto, incoherencia en los dos Códigos.

**Código de Enjuiciamientos Civiles.**—Este Código es más arbitrario en el uso de los términos con que enuncia la falta de razón. Fijémonos en sus disposiciones:

En el art. 159 dice: «No pueden ser testigos «en las escrituras públicas los menores, los *dementes*, los ciegos, etc.»

Posteriormente trata de la prueba testimonial relativa a los actos que no constan de instrumento público, y dice que para ser testigo idóneo se requiere edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. (Art. 210).

Y luego añade: «Por falta de conocimiento no «pueden ser testigos los *locos*, *fatuos* o *mentecatos*, «*ebrios* de *costumbre* y demás personas que por cualquier motivo están destituidas de juicio.

«El testigo que, sin ser ebrio, declare sobre lo «que vió u oyó cuando estuvo completamente embriagado, no hará fe.

«El sordo-mudo es testigo idóneo si sabe leer «y escribir, y si su declaración se refiere a lo que «vió». Arts. 213, 214 y 215.

La Ley Orgánica del Poder Judicial formaba antes parte del Código de Enjuiciamientos; y decía, como dice hasta ahora, que no pueden ser jueces, entre otros, los *fatuos* o *locos*, y que no pueden ejercer la abogacía los *locos* o *fatuos*.

Todo esto manifiesta que la variedad en el lenguaje no es sino pura arbitrariedad o impropiedad; pues de otro modo se seguiría el absurdo de que los dementes y mentecatos pueden ser jueces, y los locos o fatuos, testigos en las escrituras, sólo porque no se hace en cada caso mención expresa de todas esas diversas formas de falta de razón.

Habiendo dado el Código Civil a la palabra *demencia* un sentido general que comprende todas las formas de alteración mental, lo lógico, lo correcto, habría sido usar de esta palabra cada vez que, en cualquier Código, se hubiera tratado de referir a todas las variedades de locura.

Nótese también que a los ebrios de costumbre se les declara inhábiles, por falta de conocimiento, aun respecto de lo que presenciaron sin estar embriagados. La embriaguez actual, para que inhabilite al testigo, debe ser completa.

## § II—*Legislación Penal*

**Código Penal.**—El agente está libre de pena—lo hemos dicho en otra ocasión—o porque el hecho no le es imputable, o porque lo ha ejecutado con derecho.

Los elementos de la imputabilidad son dos: la razón moral, es decir, el conocimiento de la bondad o maldad de la acción, o sea su relación con el orden; y la libre determinación de la voluntad.

Si falta alguno de estos elementos no hay imputabilidad, ni por ende, responsabilidad; si concurren parcialmente, la hay atenuada o parcial; si plenamente, la responsabilidad es también plena.

Este es el principio racional, abstracto, que informa nuestra legislación y la de todos los pueblos civilizados.

Las grandes dificultades dependen tan sólo de su aplicación a los múltiples y variados casos concretos.

Nuestro Código Penal, siguiendo al francés, es muy lacónico y mesurado en esta ardua y espinosa materia. En el capítulo III.—De la responsabilidad criminal y de las circunstancias que eximen de ella, la excusan, atenúan o agravan—, tiene las siguientes disposiciones que enuncian su sistema en orden a la irresponsabilidad por falta de co-

nocimiento, dependiente de la locura, la falta de edad o la condición de sordo-mudo del agente:

«Art. 20.--Son delincuentes únicamente los individuos que han cometido el hecho punible con la necesaria inteligencia y en uso de su libertad.

«Art. 21.--No hay infracción cuando el hecho está ordenado por la ley; o determinado por resolución definitiva de autoridad competente; o cuando el individuo lo ejecutó en estado completo y actual de demencia; o cuando fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.

«Si el hecho ha sido cometido por un loco o demente, el juez que conozca de la causa, decretará su reclusión en un hospital de alienados; y no podrá ser puesto en libertad, sino con audiencia del Ministerio Público, y previo informe satisfactorio de la Facultad de Medicina, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del recluso.

«Art. 22.-- Está exento de responsabilidad criminal el menor de diez años; y lo estará también el mayor de diez y menor de diez y seis, cuando constare de manera plena que ha obrado sin discernimiento.

«Sin embargo, según las circunstancias, podrá ser conducido a una casa de corrección, para que sea educado en ella, hasta que cumpla veintiún años.

«Si constare que el menor de diez y seis años y mayor de diez ha obrado con discernimiento, se le aplicará una pena que no exceda de la mitad ni baje de la cuarta parte, de la que se le habría impuesto, en caso de ser mayor de diez y seis años; y podrá ser colocado bajo la vigilancia de la autoridad, por un tiempo igual a la condena.

«Cuando un sordo-mudo mayor de diez y seis años, cometiese un crimen o delito, no será castigado si constase plenamente que ha obrado sin discernimiento; pero podrá colocársele en una casa de educación adecuada, hasta por diez años; y si

«constare que ha obrado con discernimiento, se observará lo dispuesto en el inciso anterior».

Detengámonos en el estudio de estos artículos.

Dijimos al principiar este párrafo que la imputabilidad supone, de parte del agente, el conocimiento de la bondad o maldad del hecho, y la libre determinación de la voluntad. Esto mismo lo dice exactamente el art. 20 del Código Penal, cuando declara delincuentes sólo a los que cometen el hecho punible *con la necesaria inteligencia y en uso de su libertad*. Y el art. 21 lo ratifica, diciendo que no hay infracción cuando el que ejecutó el acto estuvo *en estado actual y completo de demencia*; es decir, cuando el agente es incapaz de juzgar de la moralidad de sus acciones.

Pero como el art. 20 habla sólo de la *necesaria inteligencia*, y el 21, del estado *completo de demencia*, podría creerse que para carecer de esa necesaria inteligencia que hace al individuo capaz de ser delincuente, debería hallarse siempre en estado de locura general; quedando, por lo mismo, sujetos a responsabilidad los monomaniacos o *delirantes sistematizados*, aun cuando cometan el hecho punible dentro del círculo de sus ideas delirantes; puesto que estos no son *completamente dementes*.

Pero tal interpretación, originada del mal uso que hace el Código del término *demencia*, sería evidentemente errónea. Basta que el individuo se halle en incapacidad completa de conocer la moralidad o inmoralidad de un acto, en el momento de ejecutarlo, para que carezca de la necesaria *inteligencia*, que es elemento indispensable de la imputabilidad. *La demencia completa y actual* de que trata el Código quiere, pues, decir cualquier perturbación completa de la inteligencia en el momento de ejecutar el acto; ora sea ésta debida a un delirio transitorio provocado por una enfermedad aguda, como la fiebre tifoidea; ora a un delirio crónico, general o sistematizado, continuo o intermitente, como son los de las enfermedades mentales. Lo único que

la ley, la razón y la justicia exigen para eximir de imputabilidad al agente, es que se halle completamente privado del uso de su inteligencia cuando cometa el crimen o delito; y el monomaniaco que ejecuta un acto dentro del círculo de sus ideas delirantes, carece en ese momento del uso de su razón.

Y para juzgar mejor de lo que debe entenderse por la *necesaria inteligencia* y el *estado completo de demencia*, de que hablan los dos artículos citados, tengamos presente lo que el mismo Código dice respecto de la responsabilidad criminal de los menores de diez años y de los mayores de diez y menores de diez y seis. El menor de diez años, que carece de discernimiento y es por ello siempre irresponsable, según la ley, no es un individuo absolutamente privado de razón, ni se parece en nada a un enagenado en estado de demencia completa: el niño raciocina, comprende y juzga, recuerda, prevé; tiene, pues, por regla general, el uso de todas las facultades intelectuales. Sólo que estas facultades no han llegado a su completo desarrollo, no tienen la madurez necesaria, ni han acoopiado las nociones objetivas y las enseñanzas de la experiencia indispensables para que sea completo el discernimiento, como lo expusimos ya al tratar de la edad.

Esto mismo debe, por tanto, aplicarse al estado de la inteligencia del adulto que, por enfermedad u otra causa cualquiera, tenga perturbado el uso de la razón. Para declararle irresponsable, no hemos de exigir que se hayan borrado por completo todas sus facultades intelectuales, o que las tenga en tal estado de perturbación y desconcierto que sea incapaz de formar una idea racional, de conservar un recuerdo, de juzgar con algún acierto, de darse cuenta de sus actos, &c. No exijamos, pues, para la irresponsabilidad del adulto, un estado intelectual inferior al que generalmente tienen los niños menores de diez años, o los menores de diez y seis que obran sin discernimiento, sin ser dementes.

Al hablar de la irresponsabilidad de los dementes, el Código se refiere siempre al estado actual; por tanto, el estado habitual de falta de razón, aun acompañado de interdicción judicial, serviría tan sólo para suministrar una presunción respecto del estado del agente en el momento del acto, como dijimos al tratar de los delitos y cuasidelitos.

Pero el Código declara también que no hay infracción cuando el actor *fue impulsado por una fuerza que no pudo resistir*.

¿Qué deberemos entender por esta *fuerza irresistible*? Será sólo la violencia o la coacción ejercidas sobre una persona para obligarle a cometer un crimen en el cual ella es sólo instrumento material y absolutamente involuntario, como en el caso de tomarle la mano por la fuerza y hacerle clavar un puñal en el pecho de otro individuo? Estará también comprendido en esa *fuerza irresistible* el temor infundido por medio de graves amenazas o castigos?

Pero dejando esto al juicio de los jurisconsultos, los médicos legistas encontramos mucho más aplicable esta declaración de irresponsabilidad, a los que obran en virtud de impulsos morbosos o fisiológicos, absolutamente involuntarios e irresistibles, que llevan al individuo a cometer actos que jamás quiso cometerlos, y de los cuales tampoco tiene conocimiento perfecto en el momento de ejecutarlos; como son los actos verificados por impulsos epilépticos, los del automatismo ambulatorio, los del delirium tremens y los del sonambulismo natural o provocado, &.

Verdad es que algunos de estos estados podrían quedar incluidos en la *demencia completa* de que trata la disposición legal; pues es evidente que el Código Penal, lo mismo que el Civil y los de Enjuiciamientos, han querido comprender con esa denominación todas las formas de perturbación mental o enajenación; y el epiléptico, que obedece a un impulso anterior o posterior al ataque, o sustituti-



vo de éste, y el sonámbulo, no están en el uso de su razón, aun cuando, pasado el acto impulsivo del primero, y despierto el segundo, gocen de todas sus facultades.

Exigiendo la ley que el agente obre con la inteligencia necesaria y en uso de su libertad, para que sea capaz de delinquir, no puede haber duda respecto de que también las locuras sintomáticas o perturbaciones transitorias de la razón, debidas a la acción de una sustancia tóxica o medicinal, como el cloral, la belladona, el estramonio, el alcohol, están comprendidas entre las causas que hacen irresponsable al actor, cuando la perturbación o locura es completa. De éstas, la embriaguez es sin duda la más frecuente, la más perniciosa, la más equívoca y varia en sus manifestaciones y efectos. Conviene, por tanto, que precisemos respecto de ella algo más los principios, en la inteligencia de que las reglas que vamos a consignar podrán también aplicarse a otras locuras que se hallen en circunstancias análogas.

Recordemos ante todo el teorema general de esta materia: falta absoluta de razón, responsabilidad nula; falta parcial, responsabilidad atenuada.

Tengamos también presente que la falta de razón proveniente de la embriaguez es casi siempre voluntaria, y, por lo tanto, culpable en sí misma; pues hay temeridad e imprudencia en el agente, como en el que dispara sin las debidas precauciones una arma de fuego; imprudencia o temeridad que implican volición o aceptación de las consecuencias contingentes, pero más o menos probables, de la embriaguez.

Combinando, pues, estos dos elementos, el grado y la moralidad intrínseca de la embriaguez, tenemos las siguientes conclusiones:

1ª--Completa e involuntaria, responsabilidad nula;

2ª--Incompleta e involuntaria, responsabilidad atenuada; puesto que no hay pérdida completa

de la razón, ni hay tampoco imprudencia ni inmoralidad en el hecho involuntario de la embriaguez:

3ª—Completa y voluntaria; responsabilidad civil y criminal por la imprudencia o temeridad, como la del que mata disparando una arma de fuego en una población. La pena es, por tanto, mucho menor que la del acto intencionado; puesto que la embriaguez completa priva íntegramente del uso de la razón, y lo que la ley castiga en el agente, no puede ser el acto cometido en ese estado de verdadera y completa locura, sino el habérsela provocado; es decir, el hecho de haberse embriagado, aceptando temeraria e imprudentemente todas las consecuencias posibles de la embriaguez:

4ª—Incompleta y voluntaria; atenuación proporcional a lo imperfecto del conocimiento, según el grado de embriaguez, y agravación por la maldad propia de ésta. La pena será, poco más o menos, la misma que se impusiera sin la embriaguez.

Mas nuestro Código Penal, que en todas sus disposiciones está informado por los mismos principios de moral y filosofía que nos han servido para formular estas cuatro conclusiones, no acepta la embriaguez como circunstancia atenuante sino en el caso de habersele embriagado al actor contra su voluntad y completamente; pues el art. 34 dice:

«El estado de embriaguez en que se hallare el «autor del hecho, al tiempo de cometerlo, no se «tendrá como circunstancia atenuante; a menos «que constare que se le embriagó completamente y «contra su voluntad».

A más de los cuatro casos arriba mencionados, los criminalistas tienen en cuenta otros dos: 1º La embriaguez posterior a la resolución criminal; y 2º la embriaguez buscada como medio de facilitar la infracción, por el arrojo y la exaltación que causa. Y opinan casi unánimemente que en el primer ca-

so no hay atenuación, y en el segundo hay agravación.

Mas si nos hemos de ceñir rigurosamente a los principios, debemos convenir en que, aún en el primero de estos casos, debe haber, por lo menos, atenuación, si la embriaguez es completamente involuntaria; atendiendo a que, en este estado, el hombre se halla en imposibilidad de continuar y desarrollar sus ideas anteriores, y de reflexionar y escuchar los dictámenes de la conciencia para revocar su resolución criminal.

Aun no siendo completa, la embriaguez perturba el discernimiento: el individuo que ha tomado un poco de licor y siente la exaltación general, la actividad circulatoria, la vivacidad de la imaginación y los demás fenómenos de excitación cerebral, que son los primeros efectos de las bebidas alcohólicas, no se puede decir que está embriagado. La embriaguez implica necesariamente, a lo menos, un principio de perturbación cerebral, un desequilibrio en el funcionamiento normal de las facultades intelectuales. Por tanto, la ley que exime de responsabilidad al que se halla privado del uso de la razón, y le atenúa al que no goza de ella completamente, no puede exigir responsabilidad íntegra, sin contradecirse a sí misma, al que está privado parcialmente del uso de sus facultades, como consecuencia de una embriaguez involuntaria. Y el hecho de ser la embriaguez posterior a la intención criminal, tampoco debería agravar la condición del agente, siempre que fuera involuntaria; ya que, en este supuesto, no la ha buscado el sujeto como medio de facilitar su resolución, aprovechando la acción excitante del alcohol; y por el contrario se puede suponer que, sin esta perturbación parcial de su razón, sin este motivo de ofuscación de su discernimiento, no se hubiera decidido a cometer el crimen.

El segundo caso, el de la embriaguez voluntaria y buscada como medio de perpetrar la infracción, sí

puede estimarse como agravante (\*), sobre todo si es incompleta, como tendría que ser en la hipótesis; pues una embriaguez completa, es decir, una completa locura, no puede ser buscada por nadie como medio de realizar un plan.

La embriaguez habitual agrava la maldad intrínseca de esa locura voluntaria, es decir, aumenta uno de los factores de que vengo hablando; pero es también cierto que el abuso diario o constante de bebidas alcohólicas hasta la embriaguez, perturba más gravemente la razón. Pacheco aprueba el que la legislación española quite hasta el carácter de atenuante a la embriaguez habitual, aun cuando sea completa en el momento de ejecutar el acto punible. «Los vicios, dice, no han de ser causa para eximirse de la irresponsabilidad en los crímenes. Quien no sólo cae, sino que permanece en ellos, ni puede ignorar, ni quiere evitar sus consecuencias. Pague, pues, la pena de sus obras; resígnese al resultado de lo que seguramente había de prever. No hubo ignorancia: hubo voluntad, hubo culpa».

Pero si los vicios le han llevado a un hombre a la locura, ¿se le podrá castigar como a un sano por las infracciones que en este estado cometa? Evidentemente que nó: se castigará en él la inmoralidad de entregarse voluntariamente al vicio; se le exigirá la indemnización de los daños que cause, por la imprudencia y temeridad que implica el hecho de embriagarse habitualmente, es decir, de privarse voluntaria y habitualmente del uso de la razón; pero ir más allá sería injusto. Supongamos, que, en vez del alcohol, abuse el sujeto de la cocaína o la morfina, y que, en el estado de embriaguez o delirio que estas sustancias producen, cometa un crimen. ¿Habrán quien opine por la responsabili-

---

(\*) Así lo declara expresamente el artículo 35, número primero, del Código Penal.

dad completa de este delincuente? Y el abuso de la cocaína o la morfina no es tan inmoral y pernicioso como el alcoholismo? Y no hay la misma, sino mayor, temeridad e imprudencia en entregarse al cocainismo o morfinismo?

Cuando el alcoholismo ha llegado a producir el *delirium tremens* no puede dar lugar a dudas, pues en nada difiere de las demás locuras.

Estas son las conclusiones científicas que fluyen del teorema fundamental relativo a la responsabilidad, y a las cuales da cabida el Código Penal, con la generalidad y laconismo de sus disposiciones. Así lo creen varios comentadores del artículo 64 del Código Penal francés, que es semejante al artículo 21 del nuestro; y aun citan veredictos de jurado que han eximido de pena a bebedos, con arreglo a las precedentes conclusiones.

Fáltanos sólo tener presente que, tanto el juez como el perito médico legista, deben proceder en esta delicadísima materia con toda mesura y circunspección, cuidando de no conceder a la embriaguez más de lo absolutamente indispensable para salvar la justicia y los principios de razón encarnados en la ley, y teniendo siempre presentes, para los casos dudosos, las presunciones o consecuencias que suministran la misma lógica y la observación de los hechos. Así, como de ordinario la embriaguez es voluntaria, no se ha de establecer lo contrario sino cuando las pruebas lo manifiesten con evidencia. Del mismo modo, si consta del proceso el designio criminal anterior, el hecho de haberlo desarrollado y cumplido hace presumir que la embriaguez no fue completa; y si, por el contrario, el hecho de completa embriaguez consta plenamente, podrá presumirse que el agente no se entregó a ella con el fin de facilitar la infracción; porque cualquiera comprende que en el estado de completa locura no puede haber concierto en nada, ni menos en la realización de un plan tan complicado y difícil como el que ordinariamente supone el delito.

Otros legisladores han querido avocar con franqueza el asunto; pero temerosos de hacer coneciones a este abominable y desastroso vicio y dar campo a los más perniciosos abusos, se han aproximado mucho al extremo contrario. Las legislaciones antiguas eran todas muy severas contra la embriaguez: Solimán I, entre los árabes, ordenó que se virtiera plomo fundido en la boca de los bebedores; los griegos, siguiendo la opinión de Aristóteles, Quintiliano y Pitaco, trataban con suma dureza a los beodos y les imponían dos penas, una por la embriaguez y otra por el delito cometido. Solón condenaba a muerte a los archontes ebrios; y hubo ley, entre los romanos, que autorizaba al marido para dar la muerte a su mujer cuando se embriagase con vino.

Pero aun en las modernas legislaciones hay algunas más rigurosas que la nuestra. En Inglaterra es agravante la embriaguez voluntaria, sea o no completa, y sólo se admite como atenuante la involuntaria y ajena a toda premeditación de un crimen.

En Alemania sirve de excusa la embriaguez involuntaria y completa, como la que produce una pequeña cantidad de bebidas alcohólicas que han sido mezcladas con sustancias narcóticas; pero si la embriaguez es incompleta, no se la admite ni como circunstancia atenuante, aun siendo involuntaria. La voluntaria contraída con la premeditación de cometer un crimen, no es tampoco atenuante, ni cuando es completa.

En los Códigos de Austria, Baviera y los Países Bajos, se expresa que la embriaguez completa, voluntaria o involuntaria, exime de responsabilidad o es causa de excusa, es decir, produce una disminución de la pena mayor que las circunstancias atenuantes.

Análogas disposiciones se hallan en las legislaciones de Italia, Portugal y Holanda. En el Código Penal de Francia se encontrará el ya menta-

do artículo 64, que, lo mismo que el 21 del nuestro, exime de responsabilidad al que ha cometido un crimen o delito fuera del uso de su razón, pero nada dice expresamente de la embriaguez; y como el art. 65 sí dice que ningún delito puede ser excusado, ni la pena mitigada, sino en los casos o circunstancias en que la ley declare el hecho excusable, y permita aplicarle una pena menos rigurosa, no puede alegarse la embriaguez, en ningún caso, como causa de irresponsabilidad o excusa, o de atenuación de la pena.

Sin embargo, la mayoría de los expositores franceses opinan en el sentido que dejamos expuesto. Boitard, Chauveau y Helie, Le Sellier y Blanche participan de la convicción de que la embriaguez completa es eximente de responsabilidad.

Pero no juzgan de este mismo modo todos los autores de Medicina Legal: Legrand de Saulle y Luteaud creen que sólo el *delirium tremens* y la *locura alcohólica*, esto es, la pérdida definitiva de la razón por el abuso habitual del alcohol, pueden eximir completamente de responsabilidad. El segundo de estos autores se expresa en estos términos: «Habríamos podido ocuparnos en la embriaguez, «que es un hecho voluntario, y que, lejos de tener «el privilegio de la excusa legal, *constituye más «bien una condición agravante del crimen y la pe- «nalidad. La Asamblea Nacional de 1871, justa- «mente conmovida por los progresos del alcoholis- «mo, ha dictado una excelente ley de reprensión; «porque la embriaguez es casi siempre voluntaria «y sus consecuencias posibles escapan a las previ- «siones humanas».*

Legrand dice: «Cuando un hombre traspasa los límites de la templanza y bajo el imperio «del vino comete una acción ordinariamente re- «probada, existe un mal en la causa y un mal en el «efecto. . . . He aquí un hombre a quien inten- «cionalmente *se le ha embriagado*, para obtener su «participación en un crimen: el hecho está demos-

«trado en la audiencia por las pruebas testimonia-  
«les más evidentes. ¿Cómo se apreciará esta cir-  
«cunstancia muy favorable a los intereses de la de-  
«fensa? Cuerto, siempre fue honrado; ebrio, ha  
«manchado sus manos en sangre. ¿Se exigirá que  
«el presidio sea para él el despertar de la embria-  
«guez? La cuestión de su irresponsabilidad no de-  
«berá ser llevada al jurado ni admitida por los jue-  
«ces, puesto que la excusa legal es inadmisibile en  
«esta materia. El acusado puede únicamente ale-  
«garla por interpelaciones dirigidas a los testigos.  
«La embriaguez en este caso, tendrá el carácter de  
«una atenuación penal. . . . .»

De manera que, para este autor, ni siendo in-  
voluntaria y completa, en un individuo que siem-  
pre fue honrado, puede la embriaguez eximir de  
responsabilidad, sino sólo servir de condición ate-  
nuante de la pena.

El Código Penal español, en el artículo 9, de-  
clara a la embriaguez circunstancia atenuante,  
siempre que no sea habitual ni posterior al desig-  
nio de cometer el crimen; y el Dr. Mata critica  
extensamente esta disposición, manifestando que,  
si la embriaguez completa es un estado de verda-  
dera locura, que priva al sujeto del uso de la razón y  
le pone en incapacidad de juzgar de la moralidad  
de sus actos, debe ser, como las otras locuras, cau-  
sa de justificación completa del agente, cuando  
sea, además, involuntaria.

Pacheco, que no acepta en sus Comentarios  
del Código Penal español, la condición atenuante  
de la embriaguez habitual, dice que la embriaguez  
completa e involuntaria, eximirá de pena, porque  
faltarían los elementos necesarios del delito deter-  
minados por el artículo primero del mismo Código.

El Código Penal peruano dice casi lo mismo  
que el español; y el Dr. Lama emite un parecer  
en todo igual al que venimos exponiendo, en su  
Diccionario Penal de Jurisprudencia y Legisla-  
ción peruana.

En los Estados Unidos no se admite la embriaguez como causa de irresponsabilidad del agente, ni de atenuación de la pena.

En el Brasil, el artículo 18 del Código Penal, acepta la embriaguez como circunstancia atenuante, en determinadas circunstancias.

En la República Argentina está exento de pena, y aun de responsabilidad civil, el ebrio completo e involuntario; y el que no reúne estas condiciones, sufre una pena atenuada.

No se diga que abogamos en favor de la embriaguez, ni que pretendemos que se hagan concesiones capaces de favorecer ese pernicioso y degradante vicio; pues son cosas muy distintas reprimir y castigar directamente la embriaguez, y sujetar a la responsabilidad y a las penas comunes al que comete un crimen privado del uso de la razón por efecto del alcohol.

La responsabilidad debe ser correlativa de la imputabilidad; y esta exige siempre, como ya lo hemos dicho, el conocimiento de la bondad o maldad de la acción, y la determinación voluntaria y libre. Ahora bien, por muy inmoral, degradante y reprehensible que juzguemos la embriaguez; por muy loables que encontremos las más enérgicas medidas que se tomen para impedir la propagación de ese funesto y desastroso vicio, que es indudablemente una de las más grandes calamidades y vergüenzas que pesan sobre la humanidad; no podemos creer que un hombre completamente beodo sea capaz de juzgar de la moralidad de sus acciones y de ejecutarlas con libertad y conocimiento.

La pena impuesta a un ebrio completo, no puede, pues, decirse que sea justa y racionalmente aplicada a su crimen; es un castigo a su embriaguez; pero un castigo desproporcionado e impropio, y por lo mismo, injusto y reprochable.

La embriaguez es ordinariamente voluntaria, pues salvo el caso que se administre a un individuo bebidas alcohólicas mezcladas con sustancias nar-

cólicas, que por lo regular son en nuestros pueblos jugos de frutos de plantas del género de las soláneas, es muy raro que nadie se embriague sin quererlo, o contra su voluntad. Por otra parte, el que se halla en capacidad de cometer un crimen, especialmente si es premeditado, no está de ordinario en completo estado de embriaguez; porque este estado le pone al individuo en imposibilidad de continuar los raciocinios anteriores y desarrollar los planes preconcebidos, y aun postra las fuerzas físicas y conduce gradualmente a la inacción y al sueño.

Además, la embriaguez completa en el momento de cometer el crimen y el olvido posterior de todo lo ocurrido, son recursos a que apelan con frecuencia los delincuentes que tratan de excusar sus actos con un supuesto estado de inconsciencia, a fin de librarse de la pena u obtener, por lo menos, una ventajosa atenuación.

Estas consideraciones justifican la severidad de los Códigos modernos y las precauciones que se han tomado para no dejar impunes el mayor número de crímenes cometidos por los aficionados a las bebidas alcohólicas, que son seguramente los que se cometen en el período de excitación provocado por el licor, período en el cual se conservan aún perfectamente la razón y la voluntad, y sólo se hallan más o menos exaltadas las pasiones, y hasta la energía física.

Mas esto no imposibilita que suceda lo contrario; y si de las minuciosas, prolijas y delicadas investigaciones hechas por el Tribunal resulta que la embriaguez ha sido realmente involuntaria y completa, de manera que el ebrio se halle en total trastorno de sus facultades en el momento de cometer el crimen, no puede ser conforme a la justicia y a la razón que se le haga responsable de sus actos.

Estas investigaciones serán a veces muy difíciles para el juez y los peritos, y variarán indefinidamente en los distintos casos que se presenten en la práctica, según la condición de los sujetos, su

edad, sus hábitos, el mayor o menor desarrollo de sus facultades, el estado de su salud y del funcionamiento de su cerebro, la calidad y cantidad de bebidas alcohólicas tomadas, el tiempo transcurrido desde la ingestión de éstas hasta la comisión del crimen, &, &. Pero estas dificultades no pueden modificar en nada los principios fundamentales de justicia que deben informar las leyes, y sólo exigirán condiciones adecuadas para vencerlas de parte del juez y los peritos.

De propósito hemos insistido en el estudio de la responsabilidad de los ebrios, no sólo por lo frecuentes que son en nuestro Foro los casos de esta naturaleza, sino también porque mucho de lo que hemos dicho respecto de la irresponsabilidad completa y de la responsabilidad parcial o atenuada de ellos, según el grado y demás condiciones de la embriaguez, es aplicable a las otras formas de locuras completas o parciales.

Pero existe en el Código Penal otro artículo directamente aplicable a los delincuentes que, sin ser locos completos, tampoco son normales, tampoco gozan del uso completo de sus facultades intelectuales; es decir, á los semi-locos, como los llama Grasset.

Este mismo artículo es el que nos da fundamento explícito para decir que nuestra ley acepta el teorema fundamental relativo a la responsabilidad, que enunciamos al principiar este estudio; pues mientras los artículos 20 y 21 del Código Penal eximen de responsabilidad al que carece del uso de la razón, el 32, que es al que nos referimos, acepta la responsabilidad atenuada de los que sólo tienen parcialmente alteradas las facultades intelectuales, como vamos a verlo brevemente.

«Art. 32. Son circunstancias atenuantes todas «las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la «infracción, al estado y capacidad física e intelectual «del delincuente, a su conducta con respecto al he- «cho y sus consecuencias, disminuyen la gravedad o

«malicia de la infracción, o la alarma ocasionada «en la sociedad, como en los casos siguientes, y en «los demás determinados por las leyes»:

El artículo continúa exponiendo ocho de estos casos que atenúan la responsabilidad; y si es verdad que en ninguno de ellos se habla expresamente de la pérdida o perturbación parcial de las facultades intelectuales; es también evidente que este estado de las facultades intelectuales disminuye la malicia del hecho y la alarma causada en la sociedad, porque el agente procede sin discernimiento completo, y su falta es capaz de esta disculpa.

Entre los ocho casos enumerados en el artículo constan el de ser el actor menor de diez y ocho años y mayor de sesenta, y el haber delinquido por temor; esto es, el de obrar sin la plenitud del discernimiento o de la libertad, por falta o sobra de edad, y por la coacción o violencia ejercidos sobre el delincuente. Exactamente estas mismas consideraciones son aplicables al que comete un crimen dejándose vencer de una obcecación, o de las violentas excitaciones del ánimo tan frecuentes en los estados histéricos y neurasténicos; porque en estos casos, y en todos los análogos, el sujeto no goza del uso completo y perfecto de sus facultades, ni es propiamente libre para no cometer la infracción, ya que la enfermedad ejerce sobre su voluntad una verdadera coacción, por decirlo así, constante y tiránica que le lleva a hacer precisamente lo contrario de lo que querría.

No puede, pues, caber la menor duda respecto de que, lo que se llama en Medicina Legal la *Teoría de la responsabilidad atenuada*, es perfectamente aplicable en nuestro Foro, de acuerdo con el Código Penal.

Por cierto, no es el perito médico quien ha de resolver si el individuo es o no civil o criminalmente responsable del hecho que se le imputa, en cada caso concreto: lo único que le corresponde es informar, en términos generales, si el sujeto es o no

capaz de responsabilidad o imputabilidad, teniendo en cuenta el estado en que se hallen sus facultades intelectuales. Dirá, pues, si el acusado, o el sujeto de cuyos actos se trate, estuvo privado completamente de la razón al tiempo de ejecutarlos, o si, por el contrario, gozaba de ella parcial o totalmente.

De manera que, en definitiva, la cuestión de la responsabilidad o irresponsabilidad, de la validez o nulidad de los actos de una persona, se reduce para el perito médico a una cuestión de diagnóstico, y nada más.

Toda otra intervención de su parte sería una extralimitación, inoportuna y censurable, de sus deberes.

**Código de Enjuiciamientos Criminales.**—En este Código no se dice expresamente, pero se sigue del sistema de sus disposiciones, que si el reo aparece privado de razón durante el juicio plenario, tiene que suspenderse el procedimiento; pues sus trámites hacen necesaria la presencia del reo. El sumario no se suspendería, porque no se dirige contra determinado individuo, sino que tiende a inquirir el hecho y descubrir la persona contra quien se ha de proceder.

En el sumario se le toma al reo la declaración llamada indagatoria, y sólo respecto de ésta hay disposición expresa de que se suspenda hasta el restablecimiento del sindicado. Pero esta diligencia no es esencial para la continuación del juicio.

**Código Militar.**—Terminaremos este capítulo haciendo unas pocas observaciones relativas a la legislación militar.

Dice ese Código expresamente que la embriaguez voluntaria y la habitual son circunstancias agravantes; y la involuntaria atenuante.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, nos parece excesivo el rigor de dicho Código. El que está completamente embriagado y el dipsómano que abusa constantemente del licor, de ma-

nera que está siempre ebrio, no por ser militares dejan de ser locos, o de estarlo transitoriamente, y es injusto e irracional hacer de su locura una causa agravante de sus crímenes. Castíguese, en buena hora, con todo rigor la embriaguez en los cuarteles: el honor militar, el pernicioso efecto del mal ejemplo, la severidad de la disciplina, y los gravísimos peligros que surgen para la sociedad y para el orden público del abuso del licor en los cuarteles, exigen, con evidencia, rigurosas medidas de represión. Mas no por esto se ha de llegar hasta cambiar la moral intrínseca de las acciones, ni ha de hacerse del soldado ebrio completamente, es decir, incapaz de obrar con razón y conciencia, un ser doblemente responsable, por su embriaguez y por su delito; cuando un particular, en el mismo estado, encontraría por lo menos una atenuación de la pena.

Cuanto a los otros motivos de irresponsabilidad, excusa y atenuación de la pena, nada tenemos que agregar a lo dicho anteriormente.



## CAPÍTULO XI

### DE LOS CRÍMENES Y DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y LA MORALIDAD PÚBLICA

#### (LIBRO VIII DEL CODIGO PENAL)

Terminado el estudio de las disposiciones del Código Civil que interesan a la Medicina Legal, y el de las cuestiones relacionadas tanto con las leyes civiles, como con las penales, nos corresponde estudiar los artículos del Código Penal que pueden motivar la intervención de peritos médicos en la práctica jurídica; y los primeros que encontramos, desde este punto de vista, son los del capítulo 1º, del Libro VIII de dicho Código, que regulan las penas para el aborto. Después siguen en el mismo Libro las penas para la exposición y abandono de niños, los atentados contra el pudor, &.

#### § 1—*Aborto*

Todas las legislaciones antiguas y modernas que conozco colocan al aborto entre los atentados contra las personas, al lado del infanticidio y del homicidio. Nuestro Código Penal, por el contrario, apartándose aún del francés, su habitual modelo, no considera al feto como sujeto activo de derechos, ni como sujeto pasivo de delitos. El aborto no es, pues, entre nosotros, un atentado contra el feto ni contra la madre, ni se lo cuenta entre los crímenes y delitos contra las personas,

que son materia del Libro IX del Código Penal; sino una infracción *contra el orden de las familias y la moralidad pública*, objeto del Libro VIII.

Las leyes de los pueblos antiguos distinguían si el feto había o no estado animado, e imponían la pena del homicidio en el primer caso, y apenas una muy leve en el segundo. Así constaba también en la versión griega del Exodo, siguiendo al cual adoptaron la misma doctrina algunos célebres canonistas y teólogos, como San Agustín, y también los Códigos de España: el Fuero Juzgo y las Partidas.

En Grecia aun parece que se creía inocente la expulsión del feto no animado; pues Hipócrates, que comienza su obra con el juramento de no auxiliar a ninguna mujer para que aborte, refiere que a una le hizo arrojar el embrión de seis días, sin haber tenido ningún motivo grave.

Esta distinción en las penas daba lugar a la escabrosa disquisición teórica sobre el tiempo necesario para la animación del feto, y a la dificultad práctica de reconocer con entera precisión la edad de éste en cada caso.

Las legislaciones modernas, inclusive la española, la francesa y la nuestra, han abolido unánimemente semejante distinción: la edad del feto no influye en manera alguna en la pena del aborto, y por lo mismo, su examen no tiene ninguna importancia a este respecto, ni en Medicina Legal ni en Jurisprudencia.

Otras bases más precisas y prácticas se han adoptado para distinguir las penas. Se atiende, en primer lugar, a si consintió o no la mujer, y se agrava la pena en el segundo caso. Si no hubo consentimiento, se distingue si el agente tuvo intención directa de ocasionar el aborto; y si no la tuvo, pero lo causó por medio de violencias, se subdistingue si conoció o no la preñez de la mujer; y en estos distintos casos se gradúa la pena proporcionalmente.

Se toma, además, en cuenta el que los medios adoptados para el aborto ocasionen la muerte de la mujer; y, por último, se atiende a la calidad del agente, para agravar la pena si es médico, cirujano, farmacéutico, partera, & (\*).

Tal es la doctrina de nuestro Código Penal, conforme en la sustancia, a la de los otros Códigos modernos, con sólo la distinción del método o sistema apuntado al principiar el estudio de este capítulo.

Tampoco atiende nuestro Código, lo mismo que los otros modernos, a si el feto, al tiempo del aborto criminal, es o no viable. Lejos de esto, aunque nazca vivo y continúe viviendo, hay lugar a la aplicación de la pena.

He aquí el texto de la ley:

«Art. 334. El que por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o por cualquier otro medio, «hubiere intencionalmente hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será castigado «con tres a seis años de reclusión menor.

«Si los medios empleados no han tenido efecto, «se castigarán como tentativa.

«Art. 335. Cuando el aborto ha sido causado «por violencias hechas voluntariamente, pero sin «intención de causarlo, el culpado será castigado «con prisión de seis meses a dos años.

«Si las violencias han sido cometidas con premeditación, o con conocimiento del estado de la «mujer, la prisión será de uno a cinco años.

«Art. 336.—El que por alimentos, bebidas, «medicamentos, o por cualquier otro medio, hubiere «hecho abortar a una mujer que ha consentido en «ello, será condenado a prisión de dos a cinco años.

---

(\*) No se debe emplear en destruir la ciencia inventada para conservar, decía un axioma, justificando el antiguo rigor de la ley con los médicos.

«Art. 337.—La mujer que voluntariamente ha  
«consentido en que se la haga abortar, o causare  
«por sí misma el aborto, será castigada con prisión  
«de uno a cinco años.

«Si consintiere en que se le haga abortar,  
«o causare por sí misma el aborto, para ocultar su  
«deshonra, será castigada con seis meses a dos años  
«de prisión.

«Art. 338.—Cuando los medios empleados con  
«el fin de hacer abortar a una mujer, hubieren cau-  
«sado la muerte de ésta, el que los hubiere admi-  
«nistrado o indicado con dicho fin, será castigado  
«con tres a seis años de reclusión menor, si la mu-  
«jer ha consentido en el aborto, y con reclusión  
«mayor de ocho a doce años, si la mujer no ha con-  
«sentido.

«Art. 339.—En los casos previstos por los arts.  
«334, 336 y 338, si el culpado es médico, coma-  
«drón, partera, practicante o farmacéutico, la pena  
«de prisión será reemplazada con reclusión menor  
«de tres a seis años; la reclusión menor, con reclu-  
«sión mayor de cuatro a ocho años; y la de reclu-  
«sión mayor ordinaria, con la extraordinaria».

De estas disposiciones se sigue:

1º—Que si un médico causa el aborto, sin in-  
tención, pero con el uso imprudente de sustancias  
o procedimientos que podrían causarlo, no incurre  
en responsabilidad penal, porque nada se dice a es-  
te respecto en el capítulo del aborto, y porque lo  
que observamos al ocuparnos en la responsabili-  
dad profesional de los médicos, farmacéuticos, par-  
teras, &, comentando los arts. 409 y siguientes del  
Código Penal, es sólo relativo a los atentados con-  
tra las personas, esto es, a los homicidios y lesio-  
nes corporales. Podrá castigársele por la enferme-  
dad causada a la madre, aplicando el artículo 412,  
pero no por el delito de aborto:

2º—Que la responsabilidad civil sí tendrá lu-  
gar, porque las reglas que examinamos en ese ca-

pítulo, son generales para todo caso de malicia, imprudencia o negligencia (\*):

3º—Que lo que decimos del médico se aplica a cualquiera otra persona que ocasiona el aborto, sin intención y sin violencias, pero usando sustancias que arguyan imprudencia o temeridad: no hay pena para el aborto:

4º—Que habiendo intención criminal se castiga siempre el aborto, distinguiendo los casos para el grado de la pena, con arreglo a las bases adoptadas por el Código:

5º—Que cuando se causa el aborto por medio de violencias, hay pena aunque falte no sólo la intención de provocar el aborto, sino aún el conocimiento de la preñez. El Código no es lógico en esta parte; pues en los artículos anteriores hace de la intención la base fundamental de la responsabilidad, y en el 335 castiga al que, no sólo no tuvo la intención de provocarlo, sino que ni siquiera supo la condición en que se hallaba la mujer, y la posibilidad de que sobreviniera el aborto.

Nada dicen nuestro Código ni los Códigos extranjeros respecto del parto prematuro ni del aborto procurados por un médico con un fin terapéutico, es decir, por un estado patológico o un vicio de conformación de la mujer que hagan imposible esperar el parto natural, sin que la muerte de la madre y del mismo feto sean probables o evidentes. La licitud o ilicitud de estos actos debe, por tanto, regirse por los principios generales que, fundados en la moral y sana filosofía, informan la legislación.

Tampoco hemos encontrado nada a este respecto en los comentadores de los Códigos extranje-

---

(\*) Según las legislaciones extranjeras que consideran el aborto como atentado contra las personas, sí podía haber responsabilidad penal por imprudencia, negligencia o error craso.

ros, pues los que hemos podido consultar se refieren únicamente a los casos en que el médico es cómplice de la mujer en un aborto criminal, y a los abortos provocados por medicamentos prescritos por facultativos que no tuvieron intención de obtenerlos, o que ignoraron el estado de la mujer, por haberlo ella ocultado.

La edición del Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, publicada por los Dres. Vera y Caravantes, tiene un extenso artículo relativo al aborto, pero da también este nombre al parto prematuro artificial; y con respecto al verdadero aborto provocado por los médicos con un fin terapéutico, dice sólo lo siguiente:

«Los médicos que han querido libertar a toda «costa a las mujeres mal conformadas de los peligros del parto, sin atender a la vida de la criatura, provocan aquel acto *desde los primeros meses* «del embarazo, cuando llegan a persuadirse de que «la parturición sería imposible o muy peligrosa, según las leyes naturales. En Inglaterra «W. Cooper, I. Barlow, Hull, & en Alemania «Osiander, Mende, Naegele, adoptaron semejantes «principios, que nosotros *reprobamos completamente*. De ningún modo podemos admitir que el «médico tenga derecho de atentar a la vida del feto: «así, cuando el vicio de conformación de la pelvis «llega a hacer imposible el parto prematuro, siendo «el feto viable, y cuando por consiguiente el principal, el verdadero objeto de la operación no podría lograrse, no hay porque titubear, la operación cesárea es la única a que puede acudirse. . . .» Sigue exponiendo que el aborto es más peligroso que el parto prematuro y las dificultades que surgen al provocarlo.

Y aun entre los autores de Medicina Legal, antiguos y modernos, algunos, como Thoinot, ni se ocupan del asunto, y otros lo tocan muy de paso. Entre estos últimos, el Profesor Vibert dice lo siguiente:

«Tal operación (aborto provocado o parto prematuro artificial) caería bajo la sanción del Código Penal, al atenderse estrictamente al texto de «la ley; pero es evidente que no se debería considerar como un crimen, una intervención médica «cuya utilidad y necesidad imperiosa son incontestables».

Atendiendo a lo que dispone expresamente el art. 339 para el aborto provocado por médicos, cirujanos, comadrones, parteras, &, quizá se podría pensar del mismo modo. Pero el espíritu de todas las disposiciones penales relativas al aborto, dejan comprender claramente que la agravación de las penas señaladas por dicho artículo para los médicos, cirujanos, &, presupone la intención criminal.

Veámos, por tanto, si conforme a la moral y sana filosofía, puede el médico provocar el *parto prematuro* y el *aborto obstétrico o terapéutico*, o sacrificar de cualquier otra manera la vida del feto para salvar la de la madre que se halla en inminente peligro.

Cuanto al parto prematuro, la resolución es sencilla: dudar de su licitud en el caso de la hipótesis, sería poner en duda la licitud de la Medicina. Esta operación, destinada directamente a salvar la vida del mismo feto y la de la madre, puede, en realidad, acarrearle al primero algún daño o peligro, y aún a veces la muerte; pero este mal menos grave y menos evidente, acaecido sin la voluntad ni la intención del médico, debe aceptarse para evitar otro mayor y más seguro: la muerte cierta del mismo hijo y de la madre; y para esto tiene la Medicina tan inconcuso derecho y de ordinario tan ineludible deber, como para amputar el miembro gangrenado, dejando al individuo valdado y en riesgo de perecer, a trueque de evitar una muerte segura.

A este peligroso y delicado recurso deberá, por cierto, acudirse en casos también muy graves y peligrosos; y la responsabilidad del médico, por lo

menos moral y civil, puede provenir, como en los demás casos de su ejercicio profesional, del abuso, mas no del uso concienzudo y prudente de las indicaciones de su arte.

El aborto, que causa seguramente la muerte del feto para salvar la vida de la madre, difiere esencialmente del parto prematuro, y requiere más detenido análisis.

El ya citado Profesor Vibert se expresa en estos términos: «Es un *deber* para los médicos interrumpir la preñez cuando una enfermedad provocada o agravada por ella, *amenaza* la vida de «la mujer». Y de esta misma manera opinan muchos otros autores de obras de Obstetricia y de Medicina Legal.

Pero como los médicos católicos no podemos aceptar esas opiniones, exponremos algunas de las razones en que fundamos nuestra convicción.

Procedamos en el supuesto de que la enfermedad o el vicio de conformación no permiten esperar la época de viabilidad del feto, y, por lo mismo, es evidente la disyuntiva de expelerlo no viable o resignarse a la muerte de la madre y el feto.

Debemos, además, convenir en que, siendo ahora doctrina generalmente aceptada y muy conforme a la razón, la de que la animación del feto es simultánea de la concepción, el aborto entraña un verdadero homicidio—(hominis cedens—matamiento de hombres), aunque nuestro Código haya querido considerarlo simplemente como un ataque al orden de las familias o a la moralidad pública. Así han juzgado los legisladores de otras naciones. No olvidemos, tampoco, que al practicar el aborto no se trata solamente de salvar una vida amenazada, como en otros casos de intervención del médico: elige éste entre dos vidas que están en peligro, pronunciando un fallo para salvar la una a costa de la otra; y es el derecho de hacer esta elección, de pronunciar esta sentencia de vida o muerte, lo que vamos a investigar si lo tiene o no.

Previos estos antecedentes, sentemos los principios, ateniéndonos a los de moral y justicia que informan nuestra legislación y las de todas las naciones civilizadas.

La exención de pena o responsabilidad no puede provenir sino de la no imputabilidad o de la justificación. La no imputabilidad supone que el agente no obra como sér moral, esto es, con conocimiento de la bondad o malicia de la acción, y con libertad: tiene lugar en los casos de demencia, coacción, &. La justificación implica que el agente, sér moral, ha procedido con derecho.

Como el médico, en el caso supuesto, no puede alegar no imputabilidad, réstanos sólo saber si su hecho está, según los principios y la ley, justificado. Ahora bien, la justificación no puede tener lugar sino en dos casos: mandato de la ley u orden de la autoridad, y legítima defensa. Y como tampoco puede aducirse ley ni orden legítima que justifique el hecho en análisis, falta saber si se halla en el caso de legítima defensa.

La defensa, para que exima de responsabilidad y de pena, debe reunir dos requisitos, a saber: agresión ilegítima y necesidad del medio empleado para rechazarla. Si falta una de estas dos condiciones, no es un derecho el que se ejercita; no es la reacción del orden sobre el desorden; no es la defensa legítima. Por lo demás, lo mismo es que el agredido se defienda por sí mismo o por medio del auxilio de otro: el auxilio es lícito siempre que lo requiera la defensa personal.

Si veinte individuos zozobran en una lancha y es evidente que arrojados los diez al mar salvarán los otros diez, y que conservándose todos en ella, no salvará uno solo; los diez no tienen derecho para salvarse a expensas de sus compañeros, porque éstos no son agresores de los primeros, y porque, para que tan absurdo derecho existiese, sería menester que los diez arrojados hubieran estado en el deber de morir para salvar a los otros, ya que todo

derecho supone, por su esencia misma, un deber correlativo.

Así lo entendió el Tribunal de Filadelfia que condenó a cinco años de reclusión al Teniente Holmes, Capitán de la nave Willian-Brown que encalló en un viaje de Liverpool a América. El Capitán, después de agotados los recursos, saltó a la chalupa con los pasajeros; y como ésta amenazaba hundirse, arrojó por suerte al mar a 17 y salvó a los otros restantes, los cuales dieron razón de lo desesperado del caso, y de que el Capitán aun se despojó de sus vestidos para abrigar a los otros que ya perecían de frío, en la noche glacial del siniestro; pero ni esta circunstancia atenuante le eximió de la pena.

Pues bien, si el feto no es agresor de la madre, sino que los dos se hallan acometidos inculpablemente de un accidente natural, del todo ajeno a la voluntad de ambos, ninguno de los dos puede, para salvarse, sacrificar directa y positivamente al otro.

En 1852 se discutió este asunto en la Academia de Medicina de París, con motivo de una comunicación del Dr. Lenoir, que había practicado el aborto para salvar a la madre, afectada de una estrechez pelviana incompatible con las necesidades de un parto de término. El Dr. Cazeaux leyó, con este motivo, un extenso informe que fue aprobado, casi sin modificación, por la mayoría de la Academia; y en él sostenía que la madre estaba en el caso de legítima defensa, y comparaba al feto con un loco furioso que atentase irreflexiva e inconscientemente contra la vida de otro: «Si no hay, dijo, otro «medio de garantarnos de los ataques de un loco «furioso, está permitido matarle. El pobre insensato no es; sin embargo, más culpable de los golpes que nos dirija, que responsable el feto de los «peligros a que expone a su madre, peligros de los «cuales no tiene conciencia alguna».

Véase, pues, por las frases transcritas de ese memorable informe, la poca lógica con que, a veces, se procede hasta en los asuntos más graves, y la

grande facilidad con que nos dejamos convencer con raciocinios que halagan nuestras inclinaciones o vienen en apoyo de nuestros deseos. Comparar al feto con un loco furioso, es decir, con una fiera que trata de despedazarnos; llamar agresión, ataque, a la actitud enteramente pasiva y ajena a toda determinación voluntaria que guarda el feto en el seno de la madre, habría parecido el colmo de la ligereza y sinrazón, si el informe no hubiera venido a sancionar una práctica que ya la deseaba la mayoría de la Academia (\*).

Pero volvamos al razonamiento anterior. Decíamos que no siendo el feto agresor ilegítimo de la madre, ni ésta de aquél, ninguno de los dos podía sacrificar *directa y positivamente* al otro; porque, con arreglo a los propios principios, el sacrificio que venga de un modo indirecto o negativo, puede

---

(\*) El Dr. Beguin, miembro también de la Academia, se opuso al informe del Dr. Cazeaux con un elocuente discurso, del cual son las siguientes frases: "Tengo la convicción de que los comadrones partidarios del aborto obstétrico exageran el derecho que se atribuyen para decidir en ciertos casos, de la vida o muerte de un sér contenido todavía en el seno materno. Estoy convencido igualmente de que si esta doctrina llegara por desgracia a propagarse, abriría camino a los más desfavorables abusos.

"Para el hecho particular del aborto, la ley religiosa no tiene más que reglas absolutas, que no admiten excepción ni excusa alguna para disculpar al autor, siempre que haya acto *directo y deliberado*. La razón es bien sencilla: esta ley se apoya en las leyes natural y divina, que si permiten obrar contra nuestros semejantes cuando nos atacan, prohíben hacerles el menor daño cuando son inofensivos. En el caso de aborto, suponiendo la vida de la madre tan seria e inmediatamente amenazada como se quiera, el hombre de arte no obra tanto sobre ella, como sobre un tercero muy inocente a quien sacrifica para disminuir los peligros que su presencia hace correr a la mujer".

quedar legitimado. Si de los náufragos del ejemplo anterior, los diez están en el mar a punto de perecer, y los otros diez en la lancha, éstos deberán darles a aquéllos acogida en la lancha en cuanto no peligre su propia existencia; pero si de recibirlos se siguiera que perecerían todos, aunque los náufragos fuesen sus hijos o hermanos, podrían legítimamente negarles la acogida.

Así también, si a la mujer que está en gestación le es indispensable tomar un medicamento para salvar su vida, pero que puede ocasionar el aborto, tiene derecho para emplear el medio que tienda directamente a salvar su vida, aunque de un modo indirecto venga el aborto. Si está, por ejemplo, enferma de fiebre palúdica, podrá perfectamente tomar quinina; si tiene hemorragias, podrá emplear para colhibirlas la ergotina, la pituitrina, &, aunque todos estos remedios están incluídos entre los que pueden provocar el aborto.

Mas no le sería lícito usar de estos o de otros medios abortivos, con el propósito directo de procurarse el aborto y salvarse así de un peligro que amenazase su vida; porque estos medios tendrían por fin inmediato y directo matar al hijo, esto es, cometer un homicidio.

En este último caso, y si se tratara de un feto que pudiera ser viable, quizá estaría más bien la madre en el deber de consentir, por su salud y la del hijo, en alguna de las operaciones que pudieran salvar la vida de ambos, como la pubiotomía, la operación cesárea, &; pues por muy graves y peligrosas que sean estas operaciones, ninguna de ellas ataca directamente ni a la vida de la madre, ni a la del hijo, ni es infaliblemente mortal para ninguno de ellos; y, por el contrario, ofrecen esperanzas de salvar simultáneamente la vida de ambos, esperanzas que van haciéndose cada vez más fundadas y halagüeñas, con los progresos de la cirugía moderna.

Así lo juzga el Dr. Surbled en su importante obra titulada *La Morale dans ses rapports avec la*

*Médecine et l' Hygiène.*—Tomo II, Págs. 189 y siguientes. París, 1897.—«Si se deja seguir su curso «al embarazo, dice, puede afirmarse de antemano «que no terminará por el parto natural, puesto que «la estrechez de la pelvis será un obstáculo absolu- «to para el paso del niño; ¿pero significa esto que «se debe remediar esta dificultad por medio de un «infanticidio? La lógica a par de la moral exigen «que se evite toda operación perniciosa o criminal «(aborto, embriotomía); y que sea siempre preferida «la operación cesárea, que respeta todos los intere- «ses y da ella sola la mayor probabilidad de salvar «a la madre y al niño. En este punto la prohibi- «ción del aborto es terminante, la indicación de la «operación cesárea es absoluta, y todo nos induce a «creer que ésta última entrará pronto en la prácti- «ca común, merced a los recientes progresos de la «cirugía abdominal» (\*).

Por cierto, todo lo que hemos dicho respecto del aborto, se aplica igualmente, y aún con mayor razón, a todas las operaciones obstétricas que tienen por fin directo e inmediato matar al niño como medio de salvar a la madre, llámense *perforación, basiotripicia, embriotomía, &c.* Con más razón, decimos, porque en estos casos se trata de ordinario de fetos de término o próximos a nacer, y respecto de cuya vitalidad o animación no pueden suscitarse las disputas que se promovían antiguamente cuando se trataba de fetos de pocos días.

El argumento de los adversarios de esta opinión, es el de que siempre debe salvarse la más preciosa de las dos existencias, esto es, la de la madre, que tiene mayor importancia en la familia y en la sociedad; pero éste es sólo un argumento utilitarista, que no puede nada en el terreno de la moral y la justicia. Desenvolviendo de distintas maneras ese argumento, se han escrito hermosos

---

(\*) De la misma opinión son los Dres. Perales y Massana.

discursos, destinados más bien a conmover el corazón del médico e interesar su sensibilidad en pro de la madre, que no a manifestar la justicia y el derecho que pudiera haber para sacrificar al niño encerrado en el seno materno.

Dícese, en efecto, que no es posible poner en parangón una vida tan débil, tan delicada e incierta, de un niño que no tiene más vínculo con el mundo que el de su madre; que todavía no tiene sentimientos ni afecciones, ni temores, ni esperanzas; que sólo es una carga para la familia y la sociedad; con la de una mujer joven, madre talvez de otros hijos, que está ligada por mil lazos religiosos y sociales, no sólo con la familia, sino con la sociedad, de la cual forma parte activa e interesante. «Por «medio de la operación cesárea, afirma Cazeaux, en «el informe anteriormente citado, lo que cortáis es «el árbol, y en todo su vigor, para conservar el fruto. Sacrificáis un adulto, de quien tanto la familia como la sociedad podían esperar numerosos «servicios, para conservar un niño que, por espacio «de mucho tiempo todavía, impondrá no pocos sacrificios a la familia y a la sociedad».

Mas siendo cierto todo esto, y aceptando como una de las mayores y más lamentables desgracias la muerte de una madre en las condiciones indicadas, no nos es posible deducir de allí el derecho que asiste al médico para sacrificar directa y positivamente al feto, con el fin de salvar a la madre. La conciencia y la moral nos prohíben ceder ante estas consideraciones de puro sentimentalismo o de mera utilidad. Para inclinarse ante ellas sería preciso aceptar previamente que todo lo útil es justo y moral.

«El *homicidio* es siempre un crimen, dice el «Dr. Surbled, en la obra ya citada, y nada lo autoriza, ni aún la necesidad de socorrer a la madre y «salvarla. . . . . Por qué el aborto provocado es aconsejado y realizado tan a menudo por los médicos «de nuestros días? . . . . . Creen talvez, que la vida

«del niño no vale la del hombre, y que la gravedad «de un crimen como el homicidio está en relación «absoluta con la edad de la desgraciada víctima? . . . «La sola garantía seria, eficaz, en los actos de nues- «tro gran ministerio, es la conciencia. Las leyes «imprescriptibles de la moral se imponen a esta con- «ciencia y nos libran de cometer el homicidio, es «decir, el *aborto*».

Por los demás, para los católicos está ya terminantemente prescrita su conducta, respecto del aborto provocado y de las otras operaciones dirigidas a matar al feto para salvar a la madre, por la Iglesia, único juez positivo en asuntos de moral y de conciencia; pues, por resolución de la *Sagrada Congregación de la Inquisición en asuntos de fe y de costumbres*, han sido prohibidas esas operaciones en tres distintas ocasiones: la primera, en la contestación dada el 28 de Mayo de 1884, a la consulta que al respecto elevó, un año antes, el Cardenal Arzobispo de Lyon, la segunda en una carta dirigida al Arzobispo de Cambray, el 19 de Agosto de 1889; y la tercera, con motivo de la insistencia que este mismo Arzobispo elevó ante la Santa Sede, el 24 de Junio de 1895.

Esta última prohibición de la Sagrada Congregación, fue expresamente aprobada, al día siguiente, por Su Santidad León XIII (\*).

Resumiendo todo lo expuesto en este capítulo, diremos para terminar:

La Ley castiga como atentado contra el orden de las familias y la moralidad pública, el aborto provocado con intención criminal; y aún el no intencional que se cause por medio de violencias. Agrava la pena cuando no ha consentido la mujer, cuando se causa la muerte de ésta, y cuando el reo es médico, cirujano, comadrón, partera o farmacéutico.

---

(\*) Acta Sanctæ Sedis, vol. XXVIII, pág. 383.—El Criterio Católico en las Ciencias Médicas.—Noviembre de 1898.

No castiga el aborto no intencional ocasionado por el uso imprudente de medicinas o sustancias nocivas, o por omisión o negligencia del médico. Pero sí habría responsabilidad civil, aún en este caso, con arreglo al Código Civil.

Nada dice del parto prematuro ni del aborto provocado con fin terapéutico, y estos casos se rigen por los principios generales de moral y justicia.

La licitud del parto prematuro, en caso de verdadera necesidad, no puede ponerse en duda.

El feto no es agresor de la madre; y por lo mismo, siendo iguales los derechos de los dos, ésta no puede sacrificar directa y positivamente a aquél, por salvar su propia existencia.

Pero sí podría, en caso de ineludible precisión, emplear medios encaminados a la salvación de su vida, aunque indirecta o negativamente causen la muerte del feto; porque tampoco está obligada a exponer su vida por salvar la existencia natural del feto.

Si atentas las condiciones de la madre, es ésta capaz de soportar las operaciones obstétricas tendientes a salvar la vida del feto y la suya propia, aun cuando no sean de éxito infalible, estaría obligada a recurrir a ellas, para librar la vida del hijo y asegurar para sí algunas probabilidades.

El médico católico no puede sacrificar al feto, como medio de salvar a la madre, sin quebrantar sus creencias religiosas.

§ II—*De la exposición, abandono, sustracción y suplantación de niños*

Después de castigar el aborto, como hemos visto en el párrafo anterior, tiene el Código Penal dos capítulos dedicados a la represión de los crímenes y delitos indicados en el título del presente. Los artículos de estos capítulos, que pueden motivar asuntos médico-legales, son los siguientes:

«Art 342.—Si, a consecuencia del abandono, quedare el niño mutilado o estropeado, los culpados serán castigados.....»

Para la aplicación de este artículo sería indispensable la intervención de los peritos, así para comprobar los maltratos y mutilaciones, como para apreciar si son debidos al abandono, o si han sido anteriores o posteriores, y motivados por otra causa.

La misma consideración cabe respecto del artículo 343, que agrava las penas del artículo anterior, cuando el abandono ha causado la muerte del niño. Habría en este caso que comprobar si el niño estuvo vivo cuando se le abandonó, y si, siendo la muerte posterior al abandono, ha sido ocasionada por este hecho; pues bien pudiera suceder que se tratase simplemente de abandono del cadáver de un niño.

Y esta investigación difícil y delicada, sin la cual no podría comprobarse el cuerpo del delito, sólo la podrían verificar debidamente los peritos médicos.

Respecto de los crímenes y delitos dirigidos a impedir o destruir la prueba del estado civil de un niño, tenemos la siguiente disposición:

«Art. 348.—Serán castigados con reclusión menor de uno a tres años, los culpados de sustracción de un niño; o de sustitución de un niño por otro; o de suposición de un parto; o de usurpación del estado civil de una persona».

Como en estos casos se trata casi siempre de niños recién nacidos o de muy tierna edad, el médico perito podría y aún debería intervenir a fin de suministrarle al juez datos que en algunos casos serían decisivos para la recta apreciación de los hechos. Podría, en efecto, comprobar la realidad o falsedad del parto, y, en el primer caso, apreciar la fecha aproximada en que se verificó para confrontarla con la edad del niño.

Y aún podría comprobar si una enfermedad contagiosa que sufre el recién nacido, ha sido o no tras-

mitida por la mujer que pretende ser su madre, para de esto deducir la verdad o falsedad de este hecho. Si el niño tiene conjuntivitis blenorragica, por ejemplo, y la recién parida está libre de esta infección, habría suficiente fundamento para negarle la maternidad de ese hijo, salvo el caso, muy difícil, de que se probara que el recién nacido ha sido contagiado por otra persona.

§ III—*De los atentados contra el pudor y la violación*

En el mismo Libro VIII trata el Código Penal, en varios capítulos, de los atentados contra el pudor, la violación, los ultrajes públicos a las buenas costumbres, la corrupción de la juventud, el adulterio, &.

Todos estos asuntos pueden dar ocasión a la intervención de peritos médicos, ya para la comprobación de los hechos, ya para apreciar las condiciones del indiciado en el momento que los ejecutó, pues muchos de éstos son enfermos que han perdido o tienen perturbado el uso de la razón. Los ultrajes públicos a las buenas costumbres, los atentados contra el pudor, y la violación de muchachas menores de catorce años, son relativamente frecuentes en el principio de varias formas de enajenación mental, cuyo diagnóstico es todavía deficiente y dudoso en ese período de la enfermedad; como la parálisis general, la demencia precoz, &.

Nada particular o que merezca detenernos encontramos en estos capítulos de nuestro Código, y por lo mismo creemos innecesario transcribir aquí los artículos pertinentes. Para graduar las penas de los atentados contra el pudor y la violación, atiende primero a la edad de la víctima, agravándolas cuando ésta es menor de catorce años, y más aún cuando es menor de once. Tiene, así mismo, en cuenta si hubo violencias y amenazas; si se cometió el crimen abusando de una persona que por efecto de una enfermedad, de la alteración de sus

facultades, o por cualquiera otra causa accidental, hubiere perdido el uso de sus sentidos o hubiere sido privada de él por algún artificio.

Para la investigación de algunas de estas circunstancias, sería también indispensable recurrir a peritos médicos.

Por último, el Código toma en consideración las condiciones del agente, y agrava la pena cuando éste es ascendiente de la víctima, funcionario público, ministro de culto, o médico, cirujano, comadrón o practicante, y comete el delito en persona confiada a su cuidado; como lo expusimos al tratar de la responsabilidad profesional.

Lo único en que nuestras leyes difieren, en esta materia, de las de otras naciones, consiste en que, para el reconocimiento de las mujeres víctimas de atentados contra el pudor o de violación, no son llamados los médicos a servir de peritos, sino las matronas, y a falta de éstas, cualquiera mujer que el juez la crea apta.



## CAPITULO XII

### DE LOS CRÍMENES Y DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

#### LIBRO IX DEL CODIGO PENAL

#### § 1—*Lesiones y heridas*

Los cirujanos y los profesores de Medicina Legal hacen de las lesiones corporales o heridas varias divisiones o clasificaciones más o menos científicas y apropiadas; pero el médico legista tiene que ceñirse en su práctica al sistema establecido por la ley, a fin de que sus conclusiones puedan servir de base al juez para la apreciación jurídica de los hechos y la aplicación del derecho.

Debemos comenzar, por lo mismo, por exponer el sistema legal, para luego hacer las apreciaciones que merezca y juzgar de su conveniencia.

El Libro IX del Código Penal trata de los atentados contra las personas, entre los cuales figuran en primer lugar el homicidio y las heridas. En todo homicidio presume la intención de matar, mientras el acusado no pruebe lo contrario o no lo manifiesten las circunstancias; tales como la calidad de las heridas, los instrumentos empleados, &c.

El homicidio cometido con intención de dar la muerte, es calificado de simple, si no concurren las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo 35, y de asesinato si concurren dichas circunstancias. (Embriaguez intencional para cometer el crimen, premeditación, alevosía, &c.).

Determinados los diversos casos de homicidio y asesinato, pasa el Código a tratar de las heridas voluntarias y del homicidio causado sin intención de matar; y hace de las heridas la siguiente clasificación:

1º Heridas o golpes que causan enfermedad o incapacidad que no baje de tres días, ni pase de ocho; y que serán castigados con prisión de quince días a seis meses, y multa de cuarenta a cien sucres, si no hay circunstancias agravantes, y con prisión y multa dobles en caso contrario. Art. 397.

2º Heridas o golpes que causen enfermedad o incapacidad que pase de ocho días; los que, si no tienen circunstancias agravantes, serán castigados con prisión de dos meses a dos años y multa de cuarenta a doscientos sucres, y si las tienen, con prisión de seis meses a tres años y multa de ochenta a trescientos sucres. Art. 398.

3º Heridas o golpes que causen, ya una enfermedad que parezca incurable, ya una incapacidad permanente para el trabajo personal, ya la pérdida absoluta de un órgano, ya una mutilación grave; y según que concurren o no circunstancias agravantes, la pena varía de dos años de prisión y multa de doscientos sucres, a reclusión menor de seis años y quinientos sucres de multa. Art. 399.

4º Golpes o heridas que causen la muerte, siendo voluntaria la acción de herir, pero sin intención de matar. La pena para este caso es de tres a nueve años de reclusión menor, según que haya o no circunstancias agravantes. Art. 400.

Si la enfermedad o incapacidad para el trabajo personal no llegan a tres días, constituyen sólo contravenciones de Policía, que son juzgadas y castigadas con arreglo a lo que dispone el respectivo Código; pero en este caso, y en el de que pasen de tres días y no de ocho, pueden también perseguirse por acusación particular, como injurias de hecho; esto es, como atentados contra la honra y la consideración de las personas.

Si pasa de ocho días la enfermedad o incapacidad, el Código Penal no hace distinción ninguna, sea cual fuere la duración, con tal que sea limitada. Pero el Código de Enjuiciamientos Criminales si hace subdivisión, sometiendo al *juicio de jurado* todas las infracciones de golpes o heridas castigados con las penas peculiares del crimen; y al *procedimiento económico*, los delitos de heridas comprendidas en los artículos 397 y 398 del Código Penal. A este mismo procedimiento quedan sujetos también los crímenes o delitos castigados en el Capítulo V del Libro VIII de dicho Código; es decir los atentados contra el pudor y la violación.

Este es el sistema legal que, como se ve, ofrece pocas complicaciones y dificultades al perito médico legista; pero que, en cambio, deja para el juez algunas obscuridades y vacíos que pueden ofrecer graves dificultades. Así, por ejemplo, no dice lo que debe entenderse por mutilación grave, ni leve; ni por pérdida absoluta de un órgano; ni hace distinción entre los órganos que pueden perderse por efecto de los golpes o heridas; ni explica si la incapacidad transitoria o permanente ha de ser absoluta o relativa a la industria u oficio del agraviado. Y la resolución de estos puntos ha ocasionado ya serias dificultades aún a la Corte Suprema.

La sección de un dedo es indudablemente la pérdida absoluta de un órgano: ateniéndose, pues, al tenor literal de la ley, aun cuando el dedo seccionado fuera el menos útil de la mano o del pie, esta herida debería ser clasificada entre las de mayor gravedad, y castigada con prisión de dos a cinco años y multa de doscientos a quinientos sucres; y esto, caso de no existir circunstancias agravantes.

En vez de *pérdida absoluta* de un órgano, que dice nuestro Código Penal, el español dice: *cualquiera otra mutilación*, y la castiga con condena temporal. (Art. 342). Comentando esta frase, hace Pacheco las siguientes observaciones, que juzgamos oportuno transcribir, tanto porque la pérdi-

da absoluta de un órgano es una verdadera mutilación, como porque nuestro Código habla expresamente de mutilación grave y no de leve.

«Mutilación, dice, es el corte y la destrucción de cualquier miembro de una persona humana. «Mutila, quien derriva un brazo, una mano, un dedo, una oreja, una pierna, un pie; quien arranca los dos ojos, y saca uno. Esto no tiene duda, «pues para que se entendiese de otro modo habría «sido necesario que la ley definiera particularmente «aquella expresión, y no la dejase en su significado «común . . . . . Que se imponga la pena de «cadena temporal a quien de propósito corta una «pierna, un pie, un brazo, una mano, es cosa que «no la rechazaremos absolutamente, aunque casos «habrá en que nos parecería más propio y aplicable «la reclusión. Pero que se iguale con aquellos «otros hechos la mutilación de un dedo o de una «oreja, es cosa inconcebible».

Hay heridas que no causan enfermedad o incapacidad de larga duración para el trabajo, ni ocasionan la pérdida temporal ni menos definitiva de ningún órgano, pero que dejan deformidades muy notables; como la sección de la punta de la nariz, o del pabellón de la oreja, las quemaduras de la cara con ácido sulfúrico, &c. ¿Cómo se graduaría, pues, la pena para estos casos, si el Código nada dice de las deformidades que pueden quedar como consecuencias de las heridas? (\*)

---

(\*) Las leyes antiguas pecaban por el extremo opuesto, por el demasiado detalle. Como curiosidad histórica transcribimos la siguiente del Fuero Real. Ley 3, T. 5, Lib. IV.

«Todo home que firiere a otro en la cabeza, o en la cara, «de que non saliere sangre, peche por cada ferida dos maravedís, e si le firiere la ferida en el cuerpo, peche por cada «ferida un maravedí: e si firiere cuchillada u otra ferida que «rompa el cuerpo o llegare al hueso, peche por cada ferida «doce maravedís; y estas feridas no monten más de treinta

Verdad es que por el mismo laconismo con que trata el Código esta materia, dividiendo todas las heridas en sólo cuatro grupos o clases, y por la grande amplitud que establecē entre el mínimo y el máximo de la pena para cada uno de ellos, podrá el juez hacer uso acertado del derecho y la libertad, en que queda para graduar la pena conforme a su propio criterio. El Código Penal, lo hemos manifestado, no hace distinción ninguna entre todas las heridas que causan enfermedad o incapacidad por más de ocho días, mientras no dejen como resultado una enfermedad incurable, o la pérdida absoluta de un órgano, o una incapacidad permanente. Lo mismo es, pues, en el concepto del Código, que la enfermedad dure nueve días o un año, o más todavía, si al fin se ha de curar. Pero, en cambio, el

---

“maravedís. E si le sacaren hueso de la ferida, por cada  
“hueso peche cient sueldos, fasta cinco huesos: e si le firiere  
“en el rostro, de guisa que finque señalado, peche la caloña  
“doblada: e si le firiere ferida porque pierda ojo, o mano, o  
“pie, o toda la nariz, o todo el labro, peche por cada miem-  
“bro doscientos cincuenta sueldos; y esto monte fasta qui-  
“nientos sueldos: e si perdiere el pulgar, peche veinte y cinco  
“maravedís: e por el otro dedo cabel, peche veinte marave-  
“dís; e por el tercero dedo peche quince maravedís; e por el  
“cuarto diez maravedís; e por el quinto cinco maravedís, e la  
“meitad de esta caloña peche por los dedos de los pies, en la  
“manera que es dicha de las manos; si perdiere dientes, por  
“cada diente peche diez maravedís; e si fueren de los cuatro  
“dientes de delante, quier de los de suso, quier de los de yu-  
“so, peche por cada diente quince maravedís; e por la oreja  
“diez maravedís; y de estas caloñas haya el rey tres quintos.  
“y el ferido dos quintos, o sus herederos, si muriere de las  
“feridas: e si le enturbiare el ojo o guareciere de él, peche  
“doce maravedís: e si le menguare algo del viso, o si le rom-  
“piere el bezo, o la nariz, de guisa que mengüe algo de ella,  
“por cada ferida veinticinco sueldos; y esto no puede montar  
“más de quinientos sueldos, si tantas fueren las feridas”.

juez está autorizado a aplicar según su criterio, una pena comprendida entre dos meses y dos años de prisión, y multa de cuarenta a doscientos sucres. La ley procede en el concepto de que el juez no abusará de sus derechos, y efectivamente así sucederá de ordinario. ¿Pero no podría pasar también lo contrario? No sería más prudente detallar mejor los casos a fin de que el juez tenga reglas más precisas para sus resoluciones?

Al perito médico legista le toca sólo comprobar los hechos y establecer las conclusiones científicas. Por consiguiente, ateniéndose a la clasificación legal, expondrá sus conclusiones distinguiendo los efectos inmediatos o directos de los golpes y heridas, de los que suponen otras causas simultáneas o adyacentes.

Como el hombre no obra sino después de conocer y querer, salvo casos excepcionales, la ley supone, con razón, a *priori*, que el hecho se halla conforme a la intención; es decir, que si hay homicidio o heridas ha habido intención de matar o herir; o en términos generales, que si el agente ha producido un efecto, ha tenido intención de producirlo. Pero dice, asimismo, la ley que ésta presunción puede cesar y aún convertirse en la contraria, si así lo manifiesta claramente las circunstancias.

Por consiguiente, si por regla general, del que causando una herida mata, se presume la intención de matar, puede presumirse lo contrario si el instrumento o la herida no eran de aquellos que podían dar naturalmente ese resultado; y en estos casos el juez, para juzgar de la intención del agente, tendrá que atenerse casi siempre al dictamen pericial. Si un individuo hiere a otro, en una riña, con la mano o con el bastón que lleva habitualmente, y le causa la muerte, se podrá y aún deberá suponer que no tuvo intención de matarle; debiendo ser interrogados los peritos por el juez, para saber con seguridad si de la condición de la herida

y del medio empleado, podía deducirse si el acusado tuvo o no intención de causar la muerte al agredido. Y los peritos, en éste y en otros casos análogos, para cumplir su deber tan delicado y difícil, y dejar las cosas en su verdadero punto, distinguirán si el efecto de la muerte, o de la mutilación, enfermedad incurable, &, tiene por causa única, directa e inmediata el golpe o herida, o si presupone la existencia de otra causa coadyuvante, por ejemplo: la falta de auxilios médicos oportunos, una enfermedad anterior, como la tuberculosis, la sífilis, &, que tanto influjo tienen en el curso desfavorable de las heridas y contusiones; un vicio de conformación que cambie la posición normal de los órganos; una mala constitución, y otras análogas. A este respecto, parece bastante metódica y digna de tomarla en consideración, a lo menos, como una norma de lo que se debiera hacer, la clasificación de las heridas propuesta por el Dr. Pedro Mata, en su tratado de Medicina Legal, y acogida por Gómez Pombo. Hela aquí:



# CUADRO SINOPTICO

## DE LAS HERIDAS SEGUN LA GRADUACION DE SU ENTIDAD

Clases de heridas	Orden	IMPOSIBILIDAD DE TRABAJAR Tardanza en cicatrizar o asistencia facultativa	Defecto fisico	Deformidad
Leves.....	1º	De uno a siete días		
	2º	„ 7 a 15 „		
	3º	„ 15 a 20 „		
Graves....	1º	De 20 a 40 días .....	De poca monta.....	Poca
	2º	„ 40 a 60 „ .....	Que dificulta el trabajo.....	Notable
	3º	„ más de sesenta días.....	Que imposibilita el trabajo.....	Grande
Mortales..	Indirectamente...	{ Por accidente debido..... { Por falta de socorro.....	{ A la incuria del herido { Al método curativo { A las condiciones personales	
	Directamente.....	{ En la mayor parte de las veces, <i>ut plurimum</i> { Siempre o de necesidad.	{ De éxito seguro { De éxito probable { De éxito eventual	

Y como el tiempo que tarda una herida en cicatrizarse y durante el cual se halla el agredido en imposibilidad de trabajar o atender a sus ocupaciones, es la base en la clasificación de las heridas hecha en nuestro Código, tanto para la graduación de las penas como para prescribir la forma de juicio que ha de seguirse; será para el perito punto de capital importancia, al indicar ese plazo, fijarse en que sea debido a la condición y gravedad de la herida, y no a otras circunstancias accidentales.

De todos los ramos de la Medicina, ninguno ha progresado tanto, desde fines del siglo anterior, como la Cirugía: los descubrimientos de la Bacteriología y la aplicación de la asepsia y la antisepsia a la práctica quirúrgica han transformado de tal manera esa ciencia, que quizá no habría exageración en afirmar que en los últimos treinta años ha progresado más que en todos los siglos anteriores.

Y este maravilloso progreso de la Cirugía se manifiesta prácticamente, no sólo por haber vuelto curables enfermedades, heridas y lesiones que antes no lo eran, y por el perfeccionamiento de los procedimientos y medios operatorios; sino, también, por haber abreviado de una manera sorprendente la curación de las afecciones quirúrgicas. Muchas de las enfermedades, heridas y lesiones que eran tenidas por segura o casi seguramente mortales cuando se dictaron los Códigos que aun nos rigen, han pasado a ser curables en el mayor número de casos, y a veces fácil y rápidamente; y asimismo, la mayor parte de las que antes tardaban de cuarenta a sesenta días o más para curarse, ahora se curan en veinte, poco más o menos.

Por lo tanto, parece indispensable que nuestros legisladores tomen en cuenta estos benéficos y maravillosos resultados del progreso científico, para reformar los Códigos Penal y de Enjuiciamientos en Materia Criminal, de manera que, quedando de acuerdo con el espíritu de justicia y

equidad que los dictó, no desdigan de los principios científicos que deben informarlos.

La duración de la enfermedad o incapacidad para el trabajo que ocasiona una herida, es una condición hasta cierto punto accidental e independiente de la gravedad de dicha herida; ya que en eso tienen una importancia capital la manera cómo se la cure, la prontitud o tardanza que haya de parte del mismo herido en hacerse atender debidamente, la docilidad con que se someta a las prescripciones del cirujano, y varias otras condiciones. Una herida leve puede tardar en curarse muchos días, si el enfermo, por ignorancia, descuido, o quizá intencionalmente, no toma precaución ninguna para evitar que se infecte y supure. En cambio, una herida relativamente grave y hasta capaz de causar la muerte, como las del abdomen que llegan al peritóneo, pero no hieren los intestinos ni otras vísceras, puede curarse en pocos días si el enfermo acude oportunamente a un cirujano y se sujeta estrictamente a sus prescripciones. Y como algunos de estos hechos no son siempre fáciles de investigar y comprobar con seguridad, puede estar la pena en razón inversa de la gravedad de la herida.

Una clasificación legal, en materia tan importante, basada *únicamente* en una condición accidental y de suyo tan variable, no nos parece ni justa ni conforme a la razón. El sitio de las heridas, la extensión y profundidad que alcancen, el arma con que se han producido, el peligro más o menos inminente en que, por estas razones, pongan la vida del herido, son condiciones imprescindibles para apreciar su gravedad; y como la justicia exige que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad de la herida, sin prescindir, por cierto, de las consecuencias temporales o definitivas que deje, y del tiempo necesario para la curación, se hace indispensable hacer entrar en la clasificación legal de las heridas, la gravedad intrínseca de és-

tas, a más de los otros elementos en que se han fijado nuestros legisladores.

Además, reducir sólo a cuatro grupos toda la variedad inmensa, indefinida, de lesiones y heridas, no es propiamente clasificarlas ni distinguirlas de manera que se pueda aplicar equitativamente la sanción penal. Por esto se ha visto el legislador precisado a establecer una enorme diferencia entre el mínimo y el máximo de la pena aplicable a cada grupo, y a dejar al juez en libertad igualmente amplia para apreciar los casos según su propio criterio.

Pero esto es también dar márgen a injusticias y abusos que la ley debe evitar en todo lo posible; y nada difícil nos parece que se hiciera una división más detallada, que, sin llegar a la pretensión de señalar una pena para cada herida o lesión, las redujera a grupos más limitados y mejor definidos; restringiendo, asimismo, la amplitud de la diferencia de las penas de cada grupo.

Los Códigos modernos de otras naciones tampoco han sido intachables en esta materia: algunos, como el de Austria, se limitan a distinguir las lesiones corporales (golpes y heridas) en graves y leves, dejando todo lo demás a la apreciación del juez: otros, como el francés, que es el modelo del nuestro, atienden a los días que dura la enfermedad o incapacidad para el trabajo; y por fin otros, como el de Prusia y el de Baviera, siguen un sistema mixto, atendiendo tanto a la gravedad de las heridas, como al tiempo que dura la enfermedad o incapacidad que producen. Además, todos estos Códigos, lo mismo que el español, argentino, &, entran en algunos detalles de que carece el nuestro: la castración y otras mutilaciones, la extracción de uno o de ambos ojos, por ejemplo, se hallan castigados con penas especiales; (\*) pero

---

(\*) En el Código Penal peruano se castigan estos crímenes con las penas del homicidio.—Art. 246.

tampoco esas clasificaciones pueden pasar como completas o suficientemente detalladas para garantizar la justicia y facilitar la acción de los Tribunales.

### § II—*Infanticidio*

El Código Penal no trata especialmente del infanticidio, pero ni emplea en parte alguna esta palabra. Divide los crímenes y delitos en diez clases, comprendidos en otros tantos *Libros*, cada uno de los cuales se subdivide en *Capítulos*, según la distinción de la materia. De esos libros, el IX se ocupa en los atentados contra las personas, y cuenta entre ellos el homicidio, que se subdivide en voluntario, involuntario, simple y asesinato, &; el duelo, los atentados contra la honra y consideración de las personas (que son la calumnia y la injuria), la mezcla de substancias nocivas con las bebidas o alimentos, y la revelación del secreto profesional. Del infanticidio no dice nada. Tampoco dice nada al respecto el Libro VIII que castiga los crímenes y delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, entre los que está, en primer lugar, el aborto.

Síguese, por tanto, que, para los efectos de la penalidad, nuestra ley no atiende a la edad de la víctima, como base de clasificación; y la muerte dada a un recién nacido, sea cual fuere el tiempo que éste hubiere vivido fuera del claustro materno, será homicidio involuntario, homicidio simple o asesinato.

Según Taylor, también la ley inglesa no mira el infanticidio como un crimen especial, y lo juzga como los otros casos de homicidio.

Pero los Códigos modernos de otras naciones hacen del infanticidio una infracción especial, con el exclusivo fin de atenuar considerablemente la pena en favor de la madre que lo comete por ocultar su deshonor, o de los abuelos maternos, en el propio caso. El Código argentino castiga a la

madre y a los abuelos que dan la muerte al recién nacido, en el instante de nacer o hasta tres días después, cuando lo han hecho por ocultar la deshonra de aquella, con pena de penitenciaría de tres a seis años. Disposiciones semejantes tienen los Códigos peruano, brasilero, alemán, napolitano, austriaco, & pero difieren en el tiempo durante el cual se califica de infanticidio la muerte dada al recién nacido; así el alemán dice: *durante o inmediatamente después del nacimiento*; y el austriaco, en el *momento mismo del nacimiento*. El napolitano señala como límite el bautismo y la inscripción en el Registro Civil; y otros dicen simplemente *niño recién nacido*, sin determinar el tiempo que puede mediar entre el nacimiento y el crimen.

Entre estos últimos se encuentra el Código francés, en el cual, hasta hace pocos años, la especialización de este crimen tenía por objeto agravar la pena, en vez de atenuarla; pues era castigado en todo caso, sea homicidio o asesinato, con el último suplicio. Pero últimamente se modificó el artículo 302 de ese Código, cambiando la pena de muerte con la de trabajos forzados a perpetuidad o temporales para la madre acusada de infanticidio, según que éste fuera asesinato u homicidio.

Tampoco hace, ni hacía antes, ese Código distinción entre la madre legítima y la ilegítima que mata a su hijo por ocultar su deshonra, como lo hacen todos los otros Códigos.

Entre nosotros, el interés de ocultar la deshonra podría estimarse indudablemente como una circunstancia atenuante, pero no es capaz de cambiar la especie de la infracción; la cual, como queda dicho, será homicidio o asesinato, según los casos, sin consideración a la edad de la víctima.

Tampoco se tiene en cuenta en nuestro Código, y en casi todos los de otras naciones, si el niño nació viable o no viable, como lo hace el Código de Baviera (art. 151). Si nació vivo, no se distingue

de los demás hombres, como sujeto pasivo del delito, siquiera no alcance a respirar fuera del claustro materno, con tal de que se pudiera comprobar debidamente el crimen.

Y aún creemos que no sería necesario que hubiera acabado de nacer, sino simplemente que pueda ser objeto directo de un ataque contra su persona, independientemente de la madre, estrangulándole, por ejemplo, cuando sólo ha salido la cabeza. Asimismo, si al tiempo del parto alguien lo hiere o mata por malicia, negligencia o error craso, deberían aplicarse las reglas generales del homicidio y las heridas. Esta misma opinión se halla expuesta en los comentarios del Código argentino.

Si el niño perece, no por efecto de violencias, sino por falta de cuidados y socorros, habría también homicidio, pero sería necesario distinguir entre la malicia y la negligencia para fijar la especie de la infracción y la pena, lo mismo que si no se tratara de un recién nacido; a diferencia de lo prescrito por algunos Códigos de otras naciones, en los que aun para éstos casos se señala penas especiales, menores siempre que las del infanticidio causado por violencias directas. (Código austriaco, art. 399).

Lo especial que pudiera suceder en nuestra práctica forense, respecto del crimen en que nos ocupamos, no estaría, pues, en la ley, sino en las cuestiones particulares que en tales casos deberían resolver los peritos, cuestiones que no pueden ocurrir tratándose del homicidio o asesinato de un adulto, como las siguientes: ¿Ha nacido vivo el niño? Si nació vivo, la muerte fue debida a falta de los cuidados inmediatos que necesita el recién nacido, o a una violencia ¿Cuánto tiempo ha vivido el recién nacido? &.

Pero como estas son cuestiones científicas en las que nada tiene que ver las leyes civiles ni las penales, cuyo estudio nos hemos propuesto, damos por terminado aquí el presente trabajo.

# INDICE

	Páginas
Introducción. . . . .	3
CAPÍTULO I	
Obligación legal que tiene el médico de prestar sus servicios profesionales . . . . .	8
§ I—Servicios a los particulares. . . . .	8
§ II—Servicios a la Autoridad Pública. . . . .	9
§ III—Disposiciones legales relativas al desempeño del cargo de perito. . . . .	16
CAPÍTULO II	
De la responsabilidad del médico por sus actos profesionales. . . . .	28
§ I—Responsabilidad civil. . . . .	28
§ II—Responsabilidad penal. . . . .	30
§ III—Daños no intencionales . . . . .	34
CAPÍTULO III	
Secreto profesional. . . . .	55
§ I—Disposiciones relativas al secreto médico . . . . .	57
§ II—Razones que exigen la inviolabilidad del secreto médico. . . . .	71
CAPÍTULO IV	
Del principio y fin de la existencia de las personas. —(Libro I—Título II del Código Civil) . . . . .	82
§ I—Principio legal de las personas. . . . .	82
§ II—Del fin de la existencia de las personas. . . . .	89
CAPÍTULO V	
Del matrimonio. —(Libro I—Título IV del Código Civil y Ley de Matrimonio Civil.—Derecho Canónico) . . . . .	92
§ I—Ley de Matrimonio Civil . . . . .	93

	Páginas
§ II—Disposiciones del Derecho Canónico relativas al matrimonio.....	96
CAPÍTULO VI	
Término legal de la gestación.....	98
CAPÍTULO VII	
A cuál de los maridos pertenece el hijo.— (Libro I—Título VII párrafo 4º del Código Civil).....	104
CAPÍTULO VIII	
De los hijos legítimos concebidos en matrimonio.—(Libro I—Título VII del Código Civil).....	107
CAPÍTULO IX	
De la edad según el concepto legal.....	112
CAPÍTULO X	
De las alteraciones mentales en sus relaciones con nuestra legislación.....	130
§ I—Legislación Civil.....	131
§ II—Legislación Penal.....	147
CAPÍTULO XI	
De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública.— (Libro VIII del Código Penal).....	166
§ I—Aborto.....	166
§ II—De la exposición, abandono, sustracción y suplantación de niños.....	181
§ III—De los atentados contra el pudor y la violación.....	183
CAPÍTULO XII	
De los crímenes y delitos contra las personas.—(Libro IX del Código Penal).....	185
§ I—Lesiones y heridas.....	185
§ II—Infanticidio.....	196

