



El concepto de nacimiento, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: entre el aborto y el homicidio

*María Ester VARGAS MONGE*¹

RESUMEN. La vida humana se encuentra resguardada en el ordenamiento interno costarricense, en el ordinal 21 de la Constitución Política. A partir de ello, surge la necesidad de regular de manera penal toda aquella acción que atente de forma ilegítima contra dicho bien jurídicamente tutelado. Existen bastos tipos penales que tutelan la vida y la integridad física y emocional de la persona; sin embargo, para efectos de este artículo, se abordan básicamente en sus aspectos generales los delitos de homicidio y aborto. Por lo que nace la necesidad de ahondar sobre el concepto de nacimiento que ha desarrollado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a través de su jurisprudencia; puesto que, a partir de tal criterio jurídico, se podrá determinar legalmente si se encuentra ante una u otra acción delictiva. Claro está que tal análisis se lleva a cabo de manera crítica, pues se determina si tal interpretación es acorde al principio de legalidad y a la ciencia médica, que es, al final de cuentas, la voz experta en esta materia.

ABSTRACT. Human life is the highest value protected by our Political Constitution, in its ordinal 21. From this, the need arises to criminally regulate all those actions that illegitimately attempt against said legally protected good. There are vast criminal types that protect the life and physical and emotional integrity of the person; However, for the purposes of this article, the crimes of homicide and abortion will be basically addressed in their general aspects, for which the need arises to delve into the concept of birth that the Third Chamber of the Supreme Court of Justice has developed through its jurisprudence, since it is from such legal criteria that it can be legally determined if we are facing one or another criminal action. Of course, such an analysis will be carried out critically, since it will be determined if such an interpretation is in accordance with the principle of legality and medical science, who is, in the end, the expert voice in this matter.

Palabras clave: homicidio, aborto, criterios diferenciadores, nacimiento, jurisprudencia, Sala Tercera.

¹ Actualmente, jueza del Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, quien también se ha desempeñado como letrada de la Sala de Casación Penal y defensora pública. Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica y estudiante de la Maestría de Ciencias Penales de ese mismo centro de educación superior.

Keywords: Homicide, abortion, differentiating criteria, birth, jurisprudence, Third Chamber.

1. Introducción

Desde que se inicia la carrera de Derecho, se explica que existen principios esenciales para la convivencia en sociedad, los que es necesario consagrarlos en instrumentos de carácter normativo, a fin de darles una mayor protección contra cualquier ataque. Asimismo, se señaló que, cuanto mayor rango tenga la norma o normas que les tutelen, así de importante es el principio resguardado.

La vida es un derecho humano esencial, a partir del cual, se desarrollan los demás derechos dados al hombre y mujer, por el simple hecho de ser. Es decir, el respeto a la vida humana es una condición *sine qua non* para el ejercicio de los demás derechos, libertades y garantías dadas a la persona. Por lo anterior, es posible considerar la inviolabilidad de la vida humana como el principio de mayor jerarquía que existe en el ordenamiento jurídico costarricense, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, el artículo 21 de la Constitución Política establece que: “La vida humana es inviolable”. Por su parte, el ordinal 31 del Código Civil instituye, en lo que es de interés, que la existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, con lo que pareciera evidenciarse que el legislador civil, al tutelar el derecho a la vida, hace una diferencia entre la vida independiente (persona que nace viva) de la dependiente (persona por nacer).

En igual sentido a tales numerales, se tiene que, a nivel internacional, este derecho es resguardado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocida como Pacto de San José, que señala:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; la cual forma parte del bloque convencional, en el tanto fue ratificada por Costa Rica, convirtiéndose en ley a partir del 23 de febrero de 1970. Es importante referenciar que, en cuanto a la interpretación de esta norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica del 2012, le da un contenido diferente al término concepción, por lo que ya no se entiende este como la unión entre el gameto femenino (óvulo) y el masculino (espermatozoide), tal cual ha sido definido desde la perspectiva de las ciencias médicas; sino que se debe entender concepción como implantación o anidación en el útero materno del óvulo fecundado, lo cual se da a partir del día séptimo de la gestación, pues es hasta este momento que existe viabilidad real de la vida dependiente.

También, se encuentra regulado el contenido de este derecho en el ordinal primero de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el que dogmatizó que: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”*; así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 6.1 señala: *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana (...)”*.

Ahora bien, este derecho humano esencial se protege contra su ataque en el derecho penal costarricense, en los ordinales 111 al 144 del Código Penal, los cuales son los que se encuentran bajo el título de *“Delitos contra la vida”*, en ellos se encuentran tipos penales tales como el homicidio, el aborto, las lesiones, las agresiones, la tortura y otros. De los que se trastoca únicamente los dos primeros enunciados, dado que es en estos en los que influye el concepto de nacimiento (elemento normativo) que maneje el intérprete de la ley, a fin de diferenciar uno de otro. Distinción que tiene

graves implicaciones, puesto que la penalidad que se impone a quien cometa un delito de homicidio, en cualquiera de sus modalidades, es mucho más severa que quien realice una acción típica, antijurídica y culpable de aborto.

Consecuentemente, conviene indicar que, si bien la máxima Cámara de Casación Penal ya ha definido en su jurisprudencia el término de nacimiento y es a partir de esta conceptualización que muchos juzgadores penales toman decisiones en los casos objeto de su conocimiento relacionados con tal temática; este ensayo pretende determinar si tal análisis realizado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se apega al principio de legalidad y, sobre todo, al saber de las ciencias médicas, que es, en todo caso, el llamado a servir de herramienta de interpretación a los juzgadores y juzgadoras, a fin de darle contenido y significado al referido elemento normativo.

2. Del concepto de nacimiento a la luz de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: entre el aborto y el homicidio

2.1. Un breve análisis del delito de aborto y de homicidio

La palabra aborto deriva del griego “*abortus*”, concepto utilizado para referir a lo opuesto a “*orior*”, o sea, lo contrario a nacer.² Si se definiera este concepto a partir de un análisis meramente etimológico de la palabra (*ab*: privación, separación; *ortus*: nacido), se concluiría que es la “*privación del nacimiento*”³.

En lo que respecta a la conceptualización de este a nivel de las ciencias médicas, se hace importante distinguir entre la concepción

obstétrica de la médico-legal. La primera de ellas visualiza al aborto como: “(...) *la extracción o expulsión de un feto o un embrión del útero, durante la primera mitad de la gestación (20 semanas o menos), que pese menos de 500 gramos o que mida menos de 25 cm (...)*”⁴; mientras que la segunda, que es la que interesa a este ensayo, por tratarse de un enfoque médico-legal, se refiere a: “*“la interrupción del embarazo en cualquier momento del mismo con muerte del producto de la concepción”. O sea que es la muerte de la “persona por nacer”, considerándose como tal a las que, no habiendo nacido se hallan concebidas en el seno materno (...)*”⁵ (lo subrayado corresponde al original).

En igual sentido, el autor J.A. Gisbert Calabuig clarifica que el criterio obstétrico de falta de viabilidad del orden cronológico para la definición del aborto pierde validez, desde el punto de vista médico-forense; pues, desde esta perspectiva, el: “*elemento básico para la definición del aborto (aborto “delictivo”) es la muerte del producto de la concepción ligada, con íntima relación de causa efecto, a la interrupción provocada del embarazo antes de haber llegado a su término fisiológico*”.⁶

De tales concepciones, se tiene claro que, desde la perspectiva médico-forense, la fijación de lo que se entiende por aborto va más allá de determinar si se está ante un cigoto, un embrión o un feto, los cuales son los nombres que se utilizan para designar al producto de la gestación, según el avance cronológico que alcance, la etapa en que se encuentre o del peso o tamaño de este; sino que, para esta rama del conocimiento, lo relevante es la “*muerte del producto de la concepción*”.

² Jorge Gori, *Ginecología de Gori*. 3a ed. Buenos Aires, Argentina: Médica Panamericana, 2016.

³ <https://etimologias.dechile.net/?aborto> (consultado el 15 de abril de 2023).

⁴ José Ángel Patitó. *Medicina Legal* (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte, 2000), 305 y 306

⁵ *Ibid.*, 306.

⁶ Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina Legal y Toxicología*. 6ª ed. España: Elsevier Masson, 2004, 613

en cualquier momento del embarazo”,⁷ por su interrupción provocada, sin que se diera el nacimiento.

Relacionado con la regulación jurídica de este delito, se encuentra resguardado en los ordinales 118 al 122 del Código Penal. Artículos en los que se contemplan los tipos penales de aborto con y sin consentimiento; aborto procurado, aborto honoris causa, aborto impune y aborto culposos.

Si bien se trata de tipos penales cuyos elementos descriptivos y normativos son claramente distinguibles unos de otros, lo cierto es que todos presentan dos elementos en común; los cuales son: que el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente, es decir, la “*vida en proceso de formación*”⁸, por una parte, y, por otra, que el sujeto pasivo del delito es el *nasciturus* (vida en desarrollo, dentro del claustro materno).⁹

Es importante hacer ver que, en el ordenamiento jurídico penal costarricense, no existe una definición normativa de este tipo de ilicitud, ni siquiera se establece un límite temporal a partir del cual se puede considerar que se encuentra ante tal delito u otro como el homicidio; sino que lo más cercano que se tiene es que, en el aborto con y sin consentimiento y en el aborto procurado, se atenúa la pena, cuando la interrupción del embarazo se realice contra el feto que no haya alcanzado los seis meses de vida intrauterina. Tal circunstancia deja entrever que, para el legislador, cuanto más avanzado esté el producto de la gestación, más reprochable es

la interrupción intencionada de su vida; lo que tiene su lógica, si se relaciona con el hecho de que, cuanto más desarrollado esté el embarazo, en principio, mayor viabilidad de vida tendrá fuera del claustro materno.

En lo que atañe al delito de homicidio, tal acción ilícita se encuentra consagrada en los ordinales 111 al 113 del Código Penal, en los que se regula, respectivamente, el delito de homicidio simple, calificado y especialmente atenuado. Tipos penales cuyas especificidades no serán analizadas, por no ser de interés para el presente trabajo.

Empero, importa dejar evidenciado lo que se entiende por homicidio, siendo que tal implica el dar muerte a otra persona. Autores como **Bacigalupo (1989)** razonan que es preferible caracterizar la conducta de matar como la acción dirigida a acortar la vida de otro, es decir, “*adelantar la muerte en el tiempo*”.

Para dar muerte, se requiere, en primera instancia, que la persona haya nacido viva (aunque sea por un instante) y que se encuentre viva al momento de la acción homicida. Asimismo, debe existir una relación de causalidad entre la conducta de dar muerte y el resultado de la muerte de otra persona o su posibilidad de morir (pues es un delito que, al ser de resultado, evidentemente admite la tentativa). Aunado a ello, cuando se habla de homicidio, es necesario que la muerte sea causada por un tercero, puesto que, si es ejecutado por el propio titular de la vida humana, se encontraría ante un suicidio.

Otro elemento que se desea rescatar es el significado de dar muerte, siendo que, para dar respuesta a este aspecto, se remite al artículo 3 inciso c) de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejido Humano; el cual instituye que muerte no solo implica el cese irreversible de las funciones circulatorias y respiratorias

⁷ Eduardo Vargas Alvarado. *Medicina Legal*. 4ª ed. (México D.F., México: Trillas, 2012), 321.

⁸ Evelyn Fresia Paredes Mamani, “*La protección jurídica de los derechos a la vida y la salud del concebido frente a casos de negligencia médica. Cusco 2012-2013*” (Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Católica de Santa María, Escuela de Post Grado, 2017), 149.

⁹ Juan José González, *Derecho Penal Español*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996.

(criterio cardiopulmonar), sino también el cese irreversible de las funciones del cerebro completo, incluyendo las del tronco del encéfalo (criterio neurológico). Por último, se tiene que el sujeto pasivo de este delito es una persona humana, término que se entiende es aplicable a la vida que es independiente a la de la progenitora; aspecto que marca una divergencia trascendental respecto al aborto.

A partir de lo antes indicado, resulta esencial darle contenido al término nacimiento, el cual le brinda claridad al juzgador sobre cómo interpretar la norma, a fin de que pueda instituir, si ante un caso límite que se ponga en su conocimiento, se encuentra ante un delito de aborto, en cualquiera de sus modalidades o uno de homicidio. Cuya determinación es de relevancia en relación con el parámetro de punibilidad de ambos ilícitos, pues claro está que la sanción contemplada para el delito de homicidio es mucho más gravosa que para la acción delictiva de aborto.

2.2. Un acercamiento a la definición de nacimiento

Vale recalcar que ha sido la propia Sala Constitucional la que estipuló, a través de sus precedentes, de carácter *erga omnes*, que es el nacimiento el elemento distintivo, el cual permite diferenciar entre el homicidio y el aborto y, a partir de ahí, imponer las sanciones pertinentes a las lesiones que se cometan sobre la vida de cada uno de los sujetos pasivos de tales delitos. Véase en este sentido, un extracto del fallo N.º 2792-2004, que en lo de interés instruyó:

No encuentra la Sala que se haya dado un franqueo de esos límites por parte del legislador, en el acto de establecer normativamente una diferencia entre la situación de un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido, para, con base en dicha distinción, imponer sanciones diferentes para cada una

*de las modalidades de lesión que se produce al derecho a la vida de ambos. En primer lugar, reconoce la Sala que aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar.*¹⁰

Ahora bien, teniendo esclarecida la relevancia del concepto de nacimiento, resulta de trascendental interés para los fines de este estudio, delimitar su contenido. Según el diccionario de la Real Academia Española, nacimiento en su primera acepción es el “acto de nacer” y nacer, por su parte, significa, igualmente en su primera definición, “Salir del vientre materno, del huevo o la semilla”¹¹.

En este mismo orden de ideas, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, se conceptualiza como: “Acción y efecto de nacer, de salir el ser del claustro materno”¹².

Por su parte, algunos autores nacionales han desarrollado que, para diferenciar entre el aborto y el homicidio, lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno. Es decir, parten del concepto de nacimiento en su sentido estricto. Así se ha asentado que: “El bien jurídico protegido en los delitos de aborto es la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de aborto se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno,

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 2792-2004 del 17 de marzo de 2004, 14:53 horas (expediente 02-007331-0007-CO).

¹¹ <https://dle.rae.es/nacer?m=form> (consultado el 20 de mayo de 2023)

¹² Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2004), 605.

a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ...”.¹³ En igual sentido, el **Dr. Ricardo Salas Porras (2020)** ha manifestado que la diferencia entre ser persona y feto es el hecho de que este último haya salido del seno materno con vida, con lo que sería biológicamente independiente y, por ende, adquiere la condición de persona; a partir de ese momento, se estaría ante la ilicitud del homicidio y no ante un aborto, tal como se refleja del siguiente fragmento:

*En caso de que el feto fuera expulsado del seno materno con vida (por lo que al ser biológicamente independiente, ya ha nacido y es persona) y se le diera muerte (es decir, que no muriera como consecuencia de las maniobras abortivas), ya no se estaría ante un aborto, sino ante un infanticidio, el cual subsumiría el delito precedente, al ser una agresión progresiva a la vida del feto que ha pasado a ser persona*¹⁴.

Desde el punto de vista médico-legal, al desarrollar el tópico del infanticidio, que es el homicidio del recién nacido, se ha instituido que, para que el médico diagnostique el homicidio de este, deben comprobarse los siguientes aspectos: a) viabilidad del producto; b) signos de vida extrauterina; c) duración de la vida extrauterina y d) causa de la muerte; de los cuales interesan los signos de la vida extrauterina, es decir, los cambios que el organismo experimenta al adquirir vida autónoma.¹⁵ Lo que deja entrever que, antes de que el producto logre dicha autonomía, lo cual precisamente sucede con el nacimiento, cualquier

ataque que se realice contra la vida de este no podría calificarse como infanticidio, sino una acción típica de aborto.

2.3. Del concepto de nacimiento desarrollado en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Críticas a tal visión

Si se analiza la línea jurisprudencial que desarrolla la Sala de Casación Penal del Poder Judicial, a fin de poder calificar si una acción es típica de aborto u homicidio, se tiene que esta Cámara también parte del concepto de nacimiento como el elemento diferenciador entre la vida dependiente (sujeto pasivo del aborto) o vida humana independiente (sujeto pasivo del homicidio). Así se ha indicado:

*La diferencia entre ambos conceptos no fue resuelta por el legislador; de tal manera que a dichos efectos el operador jurídico deberá echar mano a varias herramientas herméuticas, entre las cuales obviamente se encuentra la doctrina que informa esas normas penales sustantivas. Ésta, por su parte, establece dicha distinción a partir de varios criterios, todos los cuales indican que el feto (que no por ello pierde la calidad de “ser humano”) no va a adquirir la condición de persona sino a partir del nacimiento*¹⁶.

La problemática que se presenta con la jurisprudencia que ha desarrollado la Sala Tercera de lo penal en el país es el contenido que esta le ha asignado a la definición de nacimiento; lo cual se aparta significativamente de los criterios planteados tanto a nivel médico como jurídico (tal cual se mencionó en el título anterior).

En este orden de ideas, se tiene que dicha Sala de manera reiterada ha establecido que el

¹³ Javier Llobet Rodríguez y Juan Marcos Rivero Sánchez. *Comentarios al Código Penal: análisis de la tutela de los valores fundamentales de la personalidad*. (San José, Costa Rica, 1989: Editorial Juriscentro, 1989), 71 y 72.

¹⁴ Ricardo Salas. *Derecho Penal Especial. Tomo II*. (San José, Costa Rica: Editorial IJSA, 2020), 18 y 20.

¹⁵ Eduardo Vargas, *Medicina Legal*. 4ª ed. México D.F., México: Trillas, 2012

¹⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación: voto 442-2004 del 7 de mayo de 2004, 11:00 horas (expediente 00-200086-0456-PE).

nacimiento se produce cuando: **a)** se da inicio el proceso de alumbramiento, es decir, cuando se presentan las contracciones uterinas y el infante ha adquirido la madurez necesaria. **b)** Cuando las contracciones uterinas se inducen artificialmente y **c)** cuando da inicio el proceso de extracción quirúrgica. Lo anterior se visualiza en el siguiente texto:

Si bien dicho planteamiento (seguido también por los autores citados) es respetado por esta Sala, la misma no lo comparte, pues más bien se ha inclinado por la tesis que impera en Argentina, la que lleva la protección jurídico penal un poco más atrás, al entender que -a efectos de determinar la correcta calificación jurídica del hecho- existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En este sentido debe aclararse que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un proceso que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica. (la negrita no corresponde al original)

En similar sentido, en un caso más reciente, la Cámara de Casación instituyó que, por haberse iniciado la labor de parto de la madre del ofendido, no existía aborto culposo, sino homicidio culposo. Al respecto, se señaló:

No le asiste razón al recurrente: Como es sabido, los hechos a que se refiere esta causa tuvieron lugar el día 20 de febrero del 2001, cuando la señora Muñoz Alfaro estaba siendo atendida hospitalariamente ante el alumbramiento inminente de su hijo, el aquí ofendido. (folio 596). Es decir, ya se encontraba en marcha el proceso de parto. En tales casos,

*como ya lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, no se está ante un feto, sino ante una persona, por lo que la muerte que se le cause no constituye un aborto, sino un homicidio*¹⁷.

Otro ejemplo de esta línea jurisprudencial se ubica en la resolución N°791-2001 del mencionado Despacho, en la cual se explican de manera más amplia los tópicos antes desarrollados. Además, se adiciona que, para configurar un homicidio contra una vida dependiente, basta con que esto ocurra durante el nacimiento, siendo innecesario que la criatura sea viable. Sobre este tópico, se manifestó que:

La doctrina, entre la que se incluye la italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia la protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia – Bacigalupo, Enrique. Los delitos de Homicidio. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión, pp. 6 y 7 – El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones

¹⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación: voto 1267-2005 del 14 de noviembre de 2005, 08:45 horas (expediente 01-200114-0414-PE).

*expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción - Bacigalupo. Op cit, pp16 a 17 (...). De allí que podamos concluir que las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto, en ambas situaciones estaremos frente a una persona, protegida constitucional y legalmente. **En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el período comprendido en la expresión “durante el nacimiento”.**¹⁸ (lo resaltado en negrita es propio)*

Realizando un ejercicio crítico de la postura sostenida por la Sala Tercera sobre el concepto de nacimiento, la cual se mantiene incólume en la actualidad¹⁹, se encuentran dos graves y centrales objeciones, que hacen esta postura insostenible desde la perspectiva médico-legal y jurídica. La primera de ellas obedece al hecho de la problemática que genera sustentar una postura con base en doctrina exportada, sin siquiera revisar el fundamento jurídico en que se sostenía esta. En este caso, la jurisprudencia de la Sala Tercera de Costa Rica, en este tema, se respalda en doctrina argentina, la que, a la vez, se sostenía en su legislación interna (actualmente derogada), la que sí contemplaba el proceso de nacimiento

¹⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación: voto 791-2001 del 20 de agosto de 2001, 10:10 horas (expediente 97-000194-0395-PE).

¹⁹ Ver a modo de ejemplo Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación: voto 986-2021 del 20 de agosto de 2021, 11:54 horas. (Expediente 11-000595-0075-PE).

como el elemento distintivo entre los delitos de homicidio y aborto. El doctor Javier Llobet Rodríguez ha explicado sobre este aspecto que:

(...) Para ello, sin embargo, la Sala ha acudido a la doctrina argentina, sin percatarse que la justificación de la misma, se basa en las particularidades de la legislación (ahora derogada en Argentina) (...) Dicho texto (...) hacía mención que el infanticidio, ósea una forma atenuada de homicidio, cuando la madre matare a su hijo durante el nacimiento. Ello significaba, de acuerdo con el razonamiento dado por la doctrina argentina, que la muerte del hijo durante el nacimiento no era un aborto, sino una forma atenuada de homicidio. A partir de ello, se dedujo que se estaba ante un homicidio (...) cuando la acción de dar muerte al producto de la concepción, se realizó luego de iniciado el nacimiento, aun cuando no se hubiera producido todavía el mismo. Debe resaltarse que nuestro Código Penal tiene una regulación diversa, así, no hace referencia a que existe infanticidio u homicidio honoris causa, cuando se da muerte al hijo durante el nacimiento, sino se refiere a que existe tal delito, cuando se la (SIC) muerte los tres días posteriores al nacimiento, de lo que se deduce que debe haberse producido el nacimiento²⁰.

La segunda y más grave objeción tiene que ver con el quebranto al principio de legalidad, pues se evidencia que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al darle contenido al término nacimiento, no realiza una interpretación apegada a dicho postulado; sino que va más allá de su significado y su contenido médico, que es el llamado en esta materia a servir de parámetro de interpretación de dicho elemento normativo, por su evidente especialidad. Se deriva de ello que la Cámara de Casación utiliza criterios en su

²⁰ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, Femicidio y Aborto*. Primera ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2020), 93 y 94.

jurisprudencia que tienden a responder a diversos factores (morales, éticos e incluso de orden religioso), mas no a los de índole jurídico, los cuales son los únicos que deben imperar cuando se interpreta un tipo penal. Tal como lo afirma el autor **Olman Ugalde**, la interpretación que realiza el máximo Órgano de Casación sobre este extremo refleja una aplicación extensiva del derecho penal, en *malam partem*, en contra del imputado, lo que se encuentra expresamente vedado en el numeral segundo del Código Procesal Penal.²¹

Las consecuencias que generan los criterios esbozados por dicha Sala son sumamente perjudiciales a nivel de penalidad, pues no hay duda de que las sanciones contempladas para las acciones delictivas del delito de homicidio (en cualquiera de sus modalidades) son mucho más severas que las estipuladas para los tipos penales de aborto; lo que ha tenido como consecuencia que personas que, desde el punto de vista médico-forense y legal, han cometido una acción típica, antijurídica y culpable de aborto –al interrumpir la vida del producto dentro del claustro materno una vez iniciado el parto– sean sentenciados por el delito de homicidio, gracias a la interpretación que, de manera extensiva, sobre el término del nacimiento, ha realizado tal instancia (ver a modo de ejemplo el fallo N.º 442-2004 antes citado).

3. CONCLUSIONES

- La vida humana es el máximo bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico costarricense.
- Dicho bien jurídico es protegido desde la concepción del ser humano hasta la muerte de la persona.
- El quebranto al bien jurídico vida se encuentra

tutelado en el ordenamiento jurídico penal en diversos tipos penales, entre los que se encuentran el homicidio y el aborto.

- La vida humana se puede catalogar como independiente, cuando se trate de un ser nacido y dependiente, cuando se encuentra el producto de la concepción dentro del claustro materno.
- Ante acciones humanas que lesionen la vida humana de manera categórica, ocasionando la muerte o pérdida de esta, se podría encontrar ante un delito de homicidio, si el sujeto nació o un ilícito de aborto, si no ha nacido.
- El nacimiento es el elemento diferenciador que permite distinguir si, ante una acción u omisión que atente contra la vida humana, se encuentra ante un delito de homicidio o aborto.
- Atendiendo al significado técnico del término nacimiento, así como su uso a nivel médico-legal, se deriva que el nacimiento implica la salida del claustro materno del producto de la concepción, momento a partir del que se halla ante vida independiente.
- La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia considera que el nacimiento se produce desde el inicio de las contracciones expulsivas, de las contracciones expulsivas inducidas o desde que se inicia la cirugía de la cesárea, lo que implica que, para que se dé homicidio, no requiere la expulsión del producto de la concepción del claustro materno.
- La interpretación que realiza la Sala de Casación Penal del concepto normativo del nacimiento violenta el principio de legalidad y criterios emitidos por la ciencia médica, teniendo graves consecuencias a nivel práctico, pues se está condenando por homicidio –delito que tiene una pena muy superior al ilícito de aborto– a personas que, desde el punto de vista médico, ateniendo al significado literal de la palabra nacimiento, han cometido un ilícito de aborto.

²¹ Olman Ugalde González, *Aborto u homicidio: El nacimiento como criterio diferenciador y la cuestionable interpretación de la Sala Tercera, a la luz del principio de legalidad*” Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica N.º 2 (2022): consultado el 29 de mayo de 2023

Bibliografía

Doctrina

Bacigalupo, Enrique. “Homicidio”. En: *Los delitos del homicidio*. 12-29, Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1989.

Gisbert Calabuig, Juan Antonio. *Medicina Legal y Toxicología*. 6ª ed. España: Elsevier Masson, 2004.

González Rus, Juan José. *Derecho Penal Español*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996.

Gori, Jorge. Roberto Castaño; Antonio Lorusso y Mariano Toziano. *Ginecología de Gori*. 3a ed. Buenos Aires, Argentina: Médica Panamericana, 2016.

Llobet Rodríguez, Javier. *Homicidio, Femicidio y Aborto*. Primera ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2020.

Llobet Rodríguez, Javier y Juan Marcos Rivero Sánchez. *Comentarios al Código Penal: análisis de la tutela de los valores fundamentales de la personalidad*. Primera ed. San José, Costa Rica: Editorial Juriscentro, 1989.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2004.

Patitó, José Ángel. *Medicina Legal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte, 2000.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua*, consultado el 20 de mayo de 2023, en <https://dle.rae.es/nacer?m=form>.

Salas Porras, Ricardo. *Derecho Penal Especial. Tomo II*. San José, Costa Rica: Editorial IJSA,

2020.

Ugalde González Olmán, “*Aborto u homicidio: El nacimiento como criterio diferenciador y la cuestionable interpretación de la Sala Tercera, a la luz del principio de legalidad*” *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica* N.º 2 (2022): consultado el 29 de mayo de 2023, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/52997/53232>

Vargas Alvarado, Eduardo. *Medicina Legal*. 4ª ed. México D.F., México: Trillas, 2012.

Tesis

Paredes Mamani, Evelyn Fresia. *La protección jurídica de los derechos a la vida y la salud del concebido frente a casos de negligencia médica. Cusco 2012-2013* (Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Católica de Santa María, Escuela de Post Grado, 2017).

Legislación

Constitución Política, San José, Costa Rica, 8 de noviembre de 1949.

Organización de los Estados Americanos (OEA). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 2 mayo de 1948.

Ley No 63. Código Civil, San José, Costa Rica, 28 de setiembre de 1887.

Ley No 4229. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Colección de leyes y decretos, semestre 2, tomo 2, p. 910, San José, Costa Rica, 11 de diciembre de 1968.

Ley No 4534. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Colección de leyes y decretos, semestre 1, tomo 1, p. 252, San José, Costa Rica, 23 de febrero de

1970.

Páginas web

Ley No 4573. Código Penal, Diario Oficial La Gaceta Alcance 120 A No 257, San José, Costa Rica, 15 de noviembre de 1970.

<https://etimologias.dechile.net/?aborto>
(consultado el 15 de abril de 2023).

Ley No 9222. Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejido Humano, Diario Oficial La Gaceta Alcance 76, San José, Costa Rica, 22 de abril de 2014.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28 de noviembre del 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 2792-2004 del 17 de marzo de 2004, 14:53 horas. Expediente 02-007331-0007-CO.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación: voto 791-2001 del 20 de agosto de 2001, 10:10 horas. Expediente 97-000194-0395-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación: voto 442-2004 del 7 de mayo de 2004, 11:00 horas. Expediente 00-200086-0456-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación: voto 1267-2005 del 14 de noviembre de 2005, 08:45 horas. Expediente 01-200114-0414-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación: voto 986-2021 del 20 de agosto de 2021, 11:54 horas. Expediente 11-000595-0075-PE.