

**LA IDONEIDAD DEL CONCEPTO DE NACIMIENTO COMO EL ÚNICO
CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE LOS TIPOS PENALES DEL ABORTO
Y HOMICIDIO, UN ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA SALA TERCERA DE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**THE SUITABILITY OF THE CONCEPT OF BIRTH AS THE SOLE
DIFFERENTIATING CRITERION BETWEEN THE CRIMINAL TYPES OF
ABORTION AND MURDER, AN ANALYSIS OF SENTENCES OF THE THIRD
CHAMBER OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE**

Priscilla García Brenes¹

Fecha de recepción: 18 de mayo del 2023

Fecha de aprobación: 17 de julio del 2023

RESUMEN: El principio de la vida humana es un tema trascendental que permite reglar cuándo el ser humano es un sujeto de tutela jurídica en nuestro ordenamiento, pues existen diversas tesis que valoran de manera distinta el inicio de la vida humana y por lo tanto la noción de persona. La pretensión de este texto, no es solo mostrar la postura dominante de nuestra Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sino determinar, si el nacimiento como criterio diferenciador, es suficiente para esclarecer los oscuros que giran en torno al tema: cuando el producto de la gestación muere dentro del seno materno; definir si se trataba de un feto o bien de un individuo protegido por el tipo penal del homicidio.

PALABRAS CLAVE: Vida humana, nacimiento, aborto, homicidio, bien jurídico tutelado, embrión, feto, persona física, personalidad jurídica.

ABSTRACT: The beginning of human life is a transcendental issue that allows regulating when the human being is a subject of legal protection in our legal system, because there are various theses that value the beginning of human life differently and therefore the notion of person. The intention of this text is not only to show the dominant position of our Third Chamber of the Supreme Court of Justice, but to determine if birth as a differentiating criterion is enough to

¹ Licenciada en Derecho y Criminología. Estudiante de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Medio de contacto: prigarbrenes@gmail.com

clarify the obscures that revolve around the issue: when the product of pregnancy dies inside the uterus; define it was a fetus or well a person protected by the criminal offense of homicide.

KEYWORDS: Human life, birth, abortion, homicide, protected legal right, embryo, fetus, physical person, legal personality.

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. La existencia de la vida humana según el ordenamiento jurídico nacional e internacional; 3. La reacción penal de los delitos de Aborto y Homicidio desde su objeto de protección; 4. El parto como sinónimo de nacimiento; 5. El criterio jurisprudencial diferenciador de la Sala Tercera entre aborto y homicidio, análisis de sentencias; 6. Conclusiones; 7. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La protección del derecho a la vida no es solo una prerrogativa constitucional, sino también universal que le corresponde a toda persona solo por el hecho de ser humano.

A través de la vida es que se pueden concretizar los demás derechos; pues si no hay vida, no tendría sentido su regulación y existencia. Es por ello que el legislador siguiendo tal precepto, ha consignado su protección reconociendo la evolución de la vida humana; que comienza desde la unión de los gametos sexuales, hasta la formación completa de un nuevo ser, capaz de vivir de manera independiente fuera del vientre de la madre.

Este reconocimiento de la línea evolutiva de la vida humana, es lo que permite distinguir cuando se está ante la figura de un aborto -la muerte de un feto- o bien ante un homicidio -la muerte de una persona-.

Desde la reacción jurídico-estatal se puede vislumbrar que la diferencia entre ambos tipos penales es significativa, pues aunque el valor jurídico es el mismo: la vida humana, las penas que oscilan entre ambos delitos, manifiestan un sentir social diferente; y esto con solo mirar el rango máximo del aborto comparado con el rango mínimo de la pena del homicidio; advirtiendo que no se trata de un tema de desigualdad entre feto y persona en cuanto a su calidad

humana; sino que dicha diferenciación de la reacción penal, procede de un cuestionamiento de racionalidad y proporcionalidad de la pena.

Así las cosas y para efectos de este artículo, se traerá a colación, el estudio de distintas sentencias emitidas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (de ahora en adelante Sala Tercera) para dar a conocer si el criterio diferenciador que ha estado utilizando este Órgano Jurisdiccional, es suficiente para calificar correctamente los hechos como homicidio o aborto, cuando la muerte se produce dentro del claustro materno.

2. La existencia de la vida humana según el ordenamiento jurídico nacional e internacional

La vida humana desde su origen primario, siempre ha arraigado mucha complejidad, y por más que se trate de simplificar, seccionar la vida en etapas para su comprensión, lo cierto del caso es, que siempre habrá contrariedad.

Hablar de vida y muerte parece sencillo, pero categorizar jurídicamente esos elementos dentro de las fases de desarrollo de un ser humano; es cuando la situación se comienza a complicar.

La normativa sustantiva debería ser suficiente para limitar los hechos según sus respectivas calificaciones legales, pero no lo hace, por lo tanto la labor del legislador queda corta; más cuando la norma a utilizar, su espíritu o creación, rearguye una intención determinada según el momento histórico en que se redactó.

Si bien el derecho debe ser cambiante y no estático; y debe adaptarse al tiempo y a las sociedades mismas, su transformación es lenta; convirtiendo la faena de la persona juzgadora en algo sumamente fundamental; quien apoyada en la jurisprudencia, la doctrina y en los principios generales del derecho, debe encaminar aquello que está arcaico y ambiguo.

Uno de los mayores problemas que enfrenta el derecho hoy en día, es traer situaciones de la cotidianidad humana y encasillarlas en términos jurídico-legales para su separación y distinción; más cuando son normas tan viejas poco reformadas, que atendieron a conceptos legislativos que en la actualidad tienen poco uso o utilidad. Otro de los desafíos que enfrenta el

derecho, es tratar de explicar sus creaciones, sus intenciones en la tipicidad de las conductas, más cuando crea abstractos jurídicos basados en otras especialidades y materias. Ya que lo que es entendido y explicable a través de las ciencias jurídicas, puede caer en supuestos no definidos por otras ciencias. Tal es el caso del inicio de la vida humana.

Este concepto de vida humana es de una connotación completamente científico-médica, la cual se trajo a la vida de las ciencias jurídicas; por lo que delimitar y detallar algo meramente científico y correlacionarlo a un aspecto jurídico no está exento de falencias y a críticas.

Aunque el legislador en la redacción de la norma penal sustantiva, busque la certeza y claridad, definiendo y puntualizando lo más significativo sin crear ambigüedad; el derecho siempre será creado por las situaciones humanas; y desde el tiempo, el modo, los lugares y los sujetos involucrados, una acción bajo los mismos términos y circunstancias, jamás se repetirá religiosamente igual. Por ello se habrá de recurrir no solo a los preceptos normativos nacionales, sino al concepto que los diferentes instrumentos internacionales han tratado y explicado; pues aunque cada país tipifique sus propios términos y regulaciones, el sentido de la vida humana siempre será de carácter universal.

En el fundamento de los derechos y libertades individuales, encontramos que éstas surgen desde la manifestación primigenia de todo ser humano; que es la vida misma. Su dimensión vital hace referencia no solo a la imputación de derechos y libertades, sino a la tarea del Estado de velar por el resguardo de cada una de las personas que habitan ese territorio, facilitando los insumos para su desarrollo en sus distintas áreas de crecimiento; sea trabajo, recreación, vivienda, educación y alimentación entre otras, donde se vuelve menester conocer el instante en que todas esas garantías le son reconocidas a los sujetos, de ello, la importancia de comprender el momento jurídico en que inicia la vida humana.

Nuestro código civil ha determinado que la existencia de la persona como sujeto de derechos y obligaciones premia al nacer viva. Y no queriendo dejar por fuera al producto de la concepción, el legislador ha consignado que

se le reputará como nacida, para todo aquello que le favorezca desde los 300 días antes de su nacimiento.²

Estos 300 días antes de su nacimiento, hacen correspondencia al periodo de gestación del ser humano que dura aproximadamente 280 días, donde el legislador por fines prácticos extiende el rango de cobertura a 300 días (Alvarado, 2008, p.286).

Si consideramos textualmente la norma civil, podríamos suponer que existe un concepto de vida humana que exponencialmente entrará en desarrollo, o como la Sala Tercera a referido de “ficción jurídica”³ esto al darle cobertura de 300 días antes de su nacimiento, aun sabiendo que el promedio de gestación del ser humano dura aproximadamente 280 días, por lo que tal reconocimiento se estaría anticipando a la concepción misma.

Más que la creación de una figura jurídica ficticia, el legislador ha aspirado a una protección integral, en reconocimiento de aquellos embarazos que superen el promedio de la gestación.

Este razonamiento legislativo-civilista nos ha llevado apreciar el concepto de persona, el cual siguiendo la narrativa del artículo 31 del Código Civil (de ahora en adelante C.C.) solo se es persona, quien nace viva.

El nacimiento de un nuevo ser como se indicó anteriormente, lo hace garante de una serie de derechos y también más adelante de obligaciones, pues no tendría sentido tutelar aquello que está muerto. Es importante acá comprender, que para el mundo de la ciencia y el derecho, el criterio de cuando nos encontramos ante el inicio de una vida humana puede discrepar.

Médicamente y acogido también por una parte de la doctrina del derecho, el inicio de la vida de un nuevo ser humano, prima cuando existe independencia corporal. Esta independencia corporal:

(...) es un criterio de naturaleza jurídica según el cual un ser humano lo es sólo en la medida que se evidencia una independencia corporal y metabólica respecto a otro (...) por lo que el embrión debería ser

² Artículo 31 del Código Civil de Costa Rica.

³ Sala Tercera, voto 986 – 2021.

considerado más como una parte de la mujer o porción de su cuerpo antes que como un individuo autónomo. (Fernández, 2013, p.169).

Otra parte de la regulación jurídica conceptualiza que la vida biológica del ser humano comienza desde la fecundación y evoluciona en distintas fases donde en todas ellas siempre hay vida, no obstante hay quienes piensan que para la adquisición de la personalidad jurídica se debe alcanzar una determinada fase de vida que sea lo suficientemente evolucionada (Fernández, 2013, p.168). En esta otra postura, nos encontramos con un elemento fundamental que es igual de importante analizar para comprender la noción del inicio de la vida humana; y esto es, el concepto de la personalidad jurídica; la cual siguiendo las reglas civilistas, se liga a la persona nacida.

Para Guilherme Freire Falção de Oliveira la personalidad jurídica es un concepto propio del Derecho civil que pretende representar la capacidad para actuar jurídicamente, siendo titular de derechos y deberes; que no debe confundirse con el concepto de persona, que es mucho más amplio, aunque acepta que la personalidad jurídica, es una de las consecuencias del estatuto de la persona humana.

Para otro autor, ambos términos: persona y personalidad jurídica, forman un solo compuesto, pues para José Castán (1971): “persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, es decir, es el sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas” (p.95). Otro concepto de personalidad jurídica, que interioriza más con la norma costarricense, nos la da el español Alberto Calvo Meijide (2004) quien al respecto indica:

La personalidad jurídica es cualidad esencial de la persona y se puede definir como la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de derechos, deberes y obligaciones y, por ello, de todo tipo de actos y relaciones jurídicas. Esa aptitud es predicable de toda persona, es decir, de todo ser humano, pero no toda persona tiene capacidad para ejercer por sí misma esos derechos y cumplir esas obligaciones, es decir, puede carecer de la capacidad de obrar. La personalidad jurídica la tiene toda persona, más la capacidad de obrar no la tienen todas las personas, sino

aquellas que tienen la capacidad natural para actuar por sí mismos y el Derecho les reconoce tal aptitud. (p.287).

Ahora bien, otro autor español, en un sentido más profundo y paternalista, liga este concepto con los derechos humanos, pues cuando hablamos de personas, no solo lo hacemos en un sentido civilista, sino en un sentido general. Para Vicente Antonio Martínez (1995) los derechos humanos son universales y, por ello, predicables a todo ser humano por el mero hecho de serlo, con independencia de que se los reconozca o no el Derecho Positivo. Por ello, la personalidad jurídica no es una creación de la norma jurídico-positiva, sino que es una cualidad inherente al ser humano, que le hace titular de aquellos derechos, por lo que la cualidad jurídica de persona debe ser reconocida a todo miembro de la especie biológica «homo sapiens». Continúa diciendo que desde esta perspectiva es preciso tocar el concepto de persona que subyace en el Ordenamiento jurídico-constitucional, pues de él depende la extensión de la tutela de los derechos fundamentales, la cual, desde el punto de vista jurídico-positivo, se extiende a las personas como sujetos de Derecho (p. 277).

Estos conceptos sobre la personalidad jurídica, si bien encuentra asidero en la norma civil, no deja de vincularse al concepto de persona, el cual es, un concepto tan amplio que encuentra cobertura en otras diferentes ramas y ciencias.

Ahora bien, retornando a los argumentos sobre el inicio de la vida humana, nos encontramos con una corriente que se ha venido perfilando para explicar este suceso, pues hay un sector de la doctrina que considera que los embriones solo representan un potencial de vida y que la vida humana inicia al decimocuarto día posterior a la fecundación⁴; y que antes de ese momento, no está claro que un embrión humano sea un individuo único. No obstante, ante dicha teoría, se ha podido constatar cual es la posición que ha debatido nuestra Sala Constitucional; y es la misma que se acogió por el mundo de la ciencia cuando en 1987 se demostró como una realidad científicamente

⁴ Esta tesis fue la promovida en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CIDH) en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*. En cuanto al tema de la fecundación in vitro, donde se regulo que solo hay vida, una vez que el embrión anida en el útero de la mujer.

probada, que inmediatamente después de la fecundación, existe un minúsculo ser humano que es único; es decir, que desde la concepción estamos ante un ser vivo.⁵

No debe tenerse de lado, que aunque si bien el embrión no puede ser considerado un sujeto independiente, no deja de ser titular de derechos; pues la norma civil bien lo determinó, que se tendrá como vivo para todo lo que le beneficie; y esa calidad de vivo, es la que lo vincula intrínsecamente con la condición de persona física, que a su vez y de manera automática, lo ensambla al derecho de la vida.

Todas estas perspectivas antes descritas, refieren que el quid de la cuestión nunca ha dejado de girar en torno a la interrogante: ¿Cuándo inicia la vida humana? Por lo que no debe perderse de vista, que si bien el embrión aún no alcanza su etapa final de desarrollo, no pierde nunca su calidad como ser humano y por ello es garante de tutela.

Por embrión debe entenderse al ser humano que va desde la fecundación hasta el tercer mes del embarazo; y por feto debe entenderse que es el ser humano que se desarrolla desde el tercer mes del embarazo hasta el momento del parto (Alvarado, 2008, p.290).

Dentro del periodo embrionario se pueden constatar distintas etapas, en cualquiera de las cuales existe la presencia de un ser humano. No hay saltos cualitativos, pues es siempre el mismo cuerpo biológico, aunque su morfología no coincida todavía con la de un hombre adulto. Por su parte la terminología del nasciturus, es el concepto que se ha creado para explicar la condición del concebido aún no nacido, es el ser humano cuyo periodo de vida se encuentra desde la concepción hasta el nacimiento; y su desarrollo se encuentra diferenciado en varias etapas que van desde el embrión hasta el feto (Calvo, 2004, p.291).

De este preámbulo que se ha venido forjando acerca del inicio de la vida humana, se derivan otros corolarios y principios anexos; que son igual de importante tratar.

⁵ Ver resolución de Sala Constitucional de Costa Rica, voto 2792 – 2004.

El principio de igualdad armonizado con el derecho a la vida, declara a favor de todos y sin excepción alguna, de que no existe diferencia de cobertura jurídica entre los nacidos y los no nacidos, debiendo la ley dar su inmediata protección desde el momento mismo de la concepción.

Esta igualdad se hecha de ver en distintas normativas, haciendo ineludible traer a colación, lo definido por nuestra normativa constitucional en su artículo 21: “La vida humana es inviolable.”

Este principio constitucional aunque firme, es muy escueto, no resolviendo la controversia de cuando la vida humana se vuelve inviolable. Por ello, se hace necesario recurrir a otras normativas más especiales como el Código de la Niñez y la Adolescencia; la cual al respecto interesa plasmar:

Artículo 2.- Definición (...) se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos (...).

Artículo 12.- Derecho a la vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...).

En ese mismo orden de ideas, la normativa internacional no permanece ajena al concepto que se viene discutiendo, marcando grandes rasgos y principios rectores. A manera de recapitulación, contamos con lo descrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; donde su artículo primero ha dogmatizado: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido más concreto, ligando inmediatamente el derecho de la vida a la persona humana: “Artículo 6.1-, El derecho a la vida es inherente a la persona humana...” y finalmente contamos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, donde su artículo 4.1 a recogido lo siguiente: “Derecho a la Vida. 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...”⁶

⁶ Es importante mencionar, que en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*; la CIDH aclaró, que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 del Pacto de San José; y concluyó, que la concepción, en el sentido al que se refiere ese artículo, tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero (esto concierne únicamente a los casos de fertilización in vitro, pues las concepciones que ocurren dentro del cuerpo de la mujer ya cumplen con dicho supuesto).

Tanto la norma nacional como internacional no niegan la calidad de persona que tiene el producto de la concepción, es más, nos viene a desenmarañar, que dentro del valor de la vida humana, no existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y contamos con personalidad jurídica; y es a través de esa personalidad jurídica, que la vida del no nacido reclama su reconocimiento ante todos los demás. Es más, se tiene que jurisprudencialmente nuestra Sala Máxima en derecho ha reconocido que al nasciturus se le está concediendo su estatus de persona tal y como lo requieren las normas y principios constitucionales⁷.

3. La reacción penal de los delitos de aborto y homicidio desde su objeto de protección

En el apartado anterior se estudió y afirmó, que para el mundo del derecho la vida humana existe desde el momento de la concepción. No existiendo diferencia jurídica de reconocimiento y protección entre el nacido y no nacido.

Dentro del derecho a la vida, el principio de igualdad impera equitativamente, pues tanto embrión, feto y persona están tutelados dentro del mismo valor.

No obstante, aunque ambas figuras gozan de reconocimiento legal, dentro del derecho penal la reacción jurídico-social no puede estar equiparada.

En el libro segundo de nuestro Código Penal (de ahora en adelante C.P.), en su título primero, se tipifican cuáles son las conductas humanas antijurídicas que atentan y lesionan la vida humana. Dentro de la sección primera y segunda el legislador calificó la conducta penal de dar muerte a una persona y a un feto respectivamente. Muy por encima parece ser clara la distinción entre ambos tipos penales, no existiendo polémica pues aborto es dar muerte a un feto y homicidio es dar muerte a una persona.

Además la CIDH adicionó en dicho fallo, que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino que es gradual y se incrementa según su desarrollo; por lo que no existe, un deber absoluto e incondicional, sino que implica más, el entender la procedencia de las excepciones a la regla general.

⁷ Ver resolución de Sala Constitucional de Costa Rica, voto 2792 – 2004.

Se desea recordar que desde la unión de los gametos sexuales, hay vida, el producto de la concepción es un ser humano con características únicas e individuales. No es un ser humano en potencia, sino que es un mismo ser que crece y se desarrolla en distintas etapas bien diferenciadas. El ser humano se forma siendo un embrión primero, crece hasta alcanzar el estado de feto y se desarrolla hasta que es capaz de tener vida independiente. Es en ese momento cuando existe la posibilidad de que el feto pueda vivir separado del vientre de la madre, que deja de ser feto; y cualquier daño que produzca su muerte, sea dolosa o culposa, su cobertura penal no puede ser socorrida por el tipo penal del aborto, porque es claro que hay una incompatibilidad entre el objeto de protección, pues ya no sería un feto si no una persona.

Si seguimos el rastro de la vida humana desde la concepción, embrión, feto y alumbramiento, entre más se mire de cerca el final y el inicio de una etapa, la regulación típico-penal se comienza a volver turbia. En esta primera aproximación, parece surgir un poco de controversia; y se hace oportuno detallar y como lo ha dicho la Sala Tercera, que es por una cuestión meramente de política criminal primaria, que el legislador ha creado la figura del aborto separándola del homicidio⁸.

Si bien en ambos tipos penales se da muerte a un ser humano, lo hace en distintas etapas de desarrollo y por ello el ajuste de las sanciones. Es decir, que entre más se acerque el nuevo ser a la posibilidad de tener una vida independiente, mayor será la reacción penal. En el análisis del tipo penal del 118 que tipifica el delito de aborto, el legislador condiciona el rango de la pena de prisión dependiendo de los meses de vida intrauterina alcanzados por el feto antes de su muerte. Si se le da muerte a un feto cuya vida uterina es inferior a los seis meses, la pena de prisión y dependiendo del consentimiento de la madre, será de seis meses a dos años con consentimiento y de dos a ocho años sin consentimiento. Pero una vez alcanzados y superados los seis meses de gestación, la reacción jurídico penal se acuerpa y aumenta la sanción. Siendo de uno a tres años con consentimiento; y de tres a diez años si el aborto se practica sin consentimiento de la madre o si ésta fuere menor de quince años.

⁸ Ver resolución de la Sala Tercera, voto 986 – 2021.

En la descripción de este tipo penal, es clara la intencionalidad del legislador, pues dependiendo de los meses de vida alcanzados por el feto, así se ira moldeando la pena. Nótese, que en este tipo penal, se enmarca a su vez, otra de las razones por la cual; tanto el delito de aborto y homicidio, deben tenerse como supuestos distintos y separados, porque a diferencia del delito de homicidio, que en su modalidad simple es solo dar muerte a una persona, en el delito de aborto a parte de los meses de vida alcanzados por el nuevo ser; también se deberán considerar los supuestos de la edad de la madre, su consentimiento y si ésta muriere dentro del procedimiento.

Es claro que entre ambos tipos penales se deben considerar muchos factores entre sí; ya que estos factores son los que indicaran si la pena se debe atenuar o bien agravar. Estos factores no son compartidos por ambos tipos penales, pues la consideración de estos supuestos, no solo denota la necesidad de que existan ambos, sino también revelan la motivación de la reacción jurídico-penal; y por ello la diferencia de las sanciones entre: matar a un no nacido; a alguien que ya nació.

Aunque en un inicio se idealizo que no existe diferencia legal entre los nacidos y los no nacidos, lo cierto del caso es que si la hay.

El concebir que no exista diferencia entre embrión, feto y persona por estar dentro del mismo bien jurídico tutelado, es caer en un absurdo, en que ambos, aborto y homicidio, merecen el mismo rango de pena.

La razón por la cual nuestro ordenamiento penal sigue admitiendo la figura del aborto separada del homicidio, es porque ha reconocido que la vida humana crece y se desarrolla; nunca perdiendo su esencia humana; y por ello a cada etapa de crecimiento le compete un tipo penal en específico para su protección.

Cuando se habla de igualdad entre feto y persona, nacidos y no nacidos, nos referimos a su protección jurídica, lo cual no significa que las penas que cubren tanto el delito de homicidio como el delito de aborto deban ser exactamente las mismas.

En cuanto a este tema, la Sala Constitucional mediante el voto 2792-2004 conoció y resolvió sobre una acción de inconstitucionalidad que buscaba equiparar las penas del aborto con las penas del homicidio; bajo el supuesto que ambos tipos penales protegen la vida humana. La Sala Constitucional no dejó ningún portillo abierto, arguyendo que:

No existe violación de los límites derivados de la Carta Magna, al hacer una diferencia entre la situación de un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido, toda vez que, aunque, en ambas hipótesis, se está ante seres humanos, se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, tanto desde el punto de vista médico como social. En la persona no nacida, existe una relación de dependencia con la madre hasta antes de nacer y deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales de la madre, lo que no ocurre en el caso de los homicidios (...)

Finalmente dentro de ese mismo voto, la Sala ponderó que las distinciones entre las penas de los delitos de aborto y homicidio no generan una disminución en el disfrute de los derechos de los no nacidos; y que por lo tanto no existe una afectación a la dignidad humana y al principio de igualdad al separar estas figuras con penas distintas; ya que la diferenciación en la intensidad de la sanción, responde a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente de la sociedad, como a todas aquellas cuestiones que componen el entorno cultural, donde es válido admitirlo y sumarlo también, la conciencia social e histórica que la sociedad tenga sobre el tema en el momento; pues es claro que cada sociedad forma su criterio diferenciador para individualizar un delito de otro; y así achacarle la sanción que mejor se adapte a la magnitud y lesividad de la conducta desplegada.

4. El parto como sinónimo de nacimiento

Como se ha venido estudiando, el punto de origen de la vida humana, el inicio y cierre de las etapas de desarrollo de un ser humano, son beligerantes; en el entendido que entre más de cerca se miren, más posibilidades jurídicas pueden aparecer tornando, no como incierta su situación jurídica, sino más

bien, de mucha responsabilidad y compromiso por parte de los reguladores del derecho, en definir y concretar, esos hechos humanos en los correspondientes tipos legales existentes, atendiendo primero al principio de legalidad para después aplicar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena.

Por la complejidad del estudio la vida humana; más que todo el comprender y detallar jurídicamente sus etapas de desarrollo, es que existe aún en la actualidad, problemas en la distinción entre el tipo penal del homicidio y del aborto; sobre todo, cuando el sujeto ofendido fallece dentro de la madre. Pues como se abarco en el acápite anterior, la solución solo puede ser dada por el objeto de protección; no deseando que se caiga en el error de creer, que lo que muere fuera del vientre materno es homicidio y lo que muere dentro del vientre materno es aborto; pues pueden darse casos a la inversa y tener una connotación y calificación penal distinta, pues el criterio diferenciador no recae en donde se muere, si no a lo que se le da muerte. Es por ello, que en este apartado la interrogante que nos haremos será: ¿Cuándo el nasciturus adquiere la condición de persona?

Probado está, que el ser humano desde su creación -concepción- cambia, se transforma, se podría decir que hasta evoluciona, pero lo más acertado sería decir, que crece y desarrolla. Durante estas fases de crecimiento, hemos sobredicho, que desde la unión de los gametos sexuales: masculino y femenino, existe un nuevo ser humano. Este nuevo ser en formación, según las etapas de gestación, va recibiendo médicamente nombres distintos, adaptados a los cambios que está sufriendo y experimentando. Donde cada acercamiento a la viabilidad que éste nuevo ser pueda tener para vivir de manera independiente fuera de su madre; toda lesión, daño y muerte que sufra, será mayormente reprimida.

Como se indicó, el derecho debe adaptarse a la realidad de las circunstancias y definir las correctamente, pues la diferencia entre las penas entre los delitos de homicidio y aborto es abismal; por lo que no es aceptable la imputación de hechos que no correspondan a lo descrito por el tipo. No obstante, si la respuesta estuviera descrita en el tipo penal, no sería necesario

el uso de la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho para circunscribir y resolver las situaciones jurídicas.

Ahora bien, si la diferencia entre un tipo penal, entre homicidio y aborto, lo define su objeto de protección, cual sería la línea que separa al nasciturus de convertirse en persona. Vamos a estudiar aquellas circunstancias que podrían enmarañar un poco el asunto. En primer término, nos referiremos al lugar de la muerte; pues bien puede morir el producto de la gestación, tanto dentro de la madre como fuera de su vientre, que eso no justifica que la conducta pueda tenerse como homicidio o aborto.

El tiempo de gestación podría ser otro de los factores vinculantes que podría determinar la distinción penal, pero dicho factor queda corto; ya que la vida intrauterina solo sirve para determinar los atenuantes y calificantes del delito de aborto, no para diferenciarlo del tipo penal de homicidio.

La expulsión del producto de la concepción fuera del claustro materno. Este tercer evento es el que más se acerca a la solución del problema, solo que ha dejado por fuera la minúscula línea que separa y diferencia al nasciturus de la condición de persona. Pues toda expulsión de un feto fuera de madre ocasionando su muerte es aborto; pero toda expulsión de un ser vivo capaz de vivir de manera independiente separado de su madre si muere dolosa o culposamente es homicidio.

El inicio de la vida humana esta diferenciado por etapas, y su primera etapa, aunque la más minúscula, es la más significativa; lo mismo ocurre con el rasgo distintivo que hace que un feto deje de ser feto y pase a ser considerado persona. Y esto es el proceso de alumbramiento o de parto.

Cuando un feto está listo para nacer, es decir cuando la madre entra en labor, sea naturalmente o inducido el parto, hablamos de un ser humano que es capaz de vivir fuera del claustro materno, esta independencia que está empezando a exigir el producto de la concepción, es lo que lo hace recaer a una etapa más avanzada, abandonando el concepto de feto y abrazando la concepción de persona.

Por lo que la respuesta a todas estas interrogantes, recaerá a ese preciso momento del embarazo: el alumbramiento; no haciendo diferencia entre un parto natural o inducido, sino más bien a la posibilidad, de que este nuevo ser, pueda vivir de manera independiente.

Es así que el aborto será entendido como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno (Giusseppe, 1989, p.140). Este concepto nos da los alcances de la figura del aborto, de manera tal, que toda interrupción del embarazo con resultado de muerte del producto, cuyo feto no esté listo para vivir de manera independiente, será aborto; pero si el feto está maduro, es decir, listo para vivir separado biológicamente de su progenitora, sin importar el periodo de gestación, es homicidio; aún si muere dentro de la madre.

Jurídicamente el nacimiento del nuevo ser, es la línea divisoria entre aborto y homicidio, entendiendo que el nacimiento no ocurre en un único momento, sino que es todo un procedimiento, por lo que el proceso de nacimiento iniciaría con las labores de parto, ya sean las contracciones en un parto natural o bien por la incisión de la cesarí. (Bacigalupo, 1989, p.6 y 7).

Es así, que el nacimiento se convierte en el punto límite, que determina el estadio de protección entre la figura del aborto o del homicidio. Comprendiendo al nacimiento como un proceso, que inicia con el parto, sea natural o inducido; y que culmina con la salida del ser de la cavidad uterina. Reiterando una vez más, que ya por iniciado el proceso de alumbramiento, la conducta de dar muerte, no puede ser de aborto, sino que será de homicidio; donde no será vinculante para su imputación, que la criatura haya sido separada del seno materno; pues bien, la muerte puede darse durante el parto estando aun el producto dentro del vientre de la madre. Lo que interesa conocer, es que éste ser, se encontraba listo para nacer y que había adquirido por consiguiente la noción de persona.

5. El criterio jurisprudencial diferenciador de la Sala Tercera entre aborto y homicidio, análisis de sentencias

Nuestro ordenamiento jurídico comprende y atiende la protección de la vida humana tanto dependiente como independiente, y es a través de las

figuras del aborto y del homicidio, que lo hace respectivamente. En la codificación penal, encontramos a partir del artículo 111 al 117 el delito de homicidio en sus distintas modalidades; y sin ahondar mucho en el análisis del tipo penal del homicidio, su atribuible simple, implica únicamente el dar muerte a una persona; mientras que los demás artículos atenderán los otros elementos objetivos y subjetivos, que influirán en la atenuación o incremento de la pena. Por otro lado, en la sección siguiente, el legislador le ha dado alcance sustantivo al delito de aborto, y es a partir del artículo 118 al 122, que se reúnen los supuestos que se consideraron como significativos, para penar la conducta del aborto; atribuyendo un determinado valor en la pena para los distintos cuadros facticos que impliquen el dar muerte a un feto.

A parte de las referencias de carácter normativo anterior descritas, la doctrina ha planteado otra multiplicidad de criterios para diferenciar entre los delitos de homicidio y aborto; y en un estudio no por menor realizado por Javier Llobet (2020) se logran extraer cuatro criterios doctrinales que buscan precisar cuándo se está ante un delito de aborto y cuándo se está ante un delito de homicidio. En el primer juicio de valor expuesto por este autor, se sostiene que hay homicidio y no aborto, cuando el producto de la concepción es viable, en el caso de que naciera, en particular a partir del sexto mes de embarazo. Otro criterio se basa en que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, o sea cuando comienzan los dolores del parto, se inicia el procedimiento especial para inducirlo o bien se extrae quirúrgicamente al niño. La tercera posición exige que para la existencia del homicidio, la total separación de claustro materno, evidenciada por el corte del cordón umbilical. Y finalmente una cuarta tesis que sostiene que hay homicidio y no aborto, cuando se ha producido la total expulsión del vientre materno (p. 91-92).

La Sala Tercera conforme se irá demostrando, se ha decantado por la segunda corriente, donde se tiene como punto delimitador y diferenciador entre aborto y homicidio, el nacimiento. Siendo de esta manera, que la vida humana independiente existe con el comienzo del parto.

Jurisprudencialmente, nuestra Sala Tercera ha consolidado con cada una de sus sentencias y votos dicha posición; pues ha insistido, que una vez

iniciadas las labores de parto, los hechos se inspeccionarán en el ámbito del delito de homicidio y no como aborto; y así lo examinaremos a continuación:

(...) el primer elemento que caracteriza al delito de Aborto es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare antes del tiempo en que el feto puede vivir, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio (...) Considera esta Sala que desde ningún punto de vista, la muerte de J. G. A. B, puede ser estimada como un aborto, en el tanto no fue producto de la interrupción prematura del proceso de gestación, pues este había concluido, encontrándose a término el ser concebido y absolutamente maduro. Por el contrario, su deceso se produce durante el nacimiento, el cual ya se había iniciado con los dolores de parto, que en forma moderada, llevaron a su madre al hospital (...) Si bien es cierto el aborto es la muerte a un feto, es importante tomar en cuenta que la condición de sujeto pasivo de dicho delito, cambia si nos encontramos ante el comienzo del parto, es decir, al inicio del nacimiento, de modo que, toda acción destructiva de la vida, anterior a ese momento, sí califica como aborto; circunstancia que no se presenta en el caso de comentario. Sala Tercera, voto 791 – 2001.

Esta Sala 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. Sala Tercera, voto 442 – 2004.

(...) si el niño cuenta con posibilidades reales de sobrevivir, porque sus órganos se encuentran perfectamente formados y el embarazo es a término, pero el bebe muere dentro de su madre por negligencia, los hechos constituyen un homicidio culposo (...) la legislación costarricense solo sanciona la muerte de un ser humano independiente a partir de su nacimiento y antes de ello, esa vida es protegida por los tipos penales de aborto (...) se concluye que existe una plena coincidencia, pues en todos los casos, la muerte del niño se produjo en el vientre materno, los embarazos se encontraban a término o incluso, en vías de prolongación, los bebes estaban perfectamente formados, con sus órganos en completo funcionamiento y con posibilidad de sobrevivir fuera del útero, pero en todos ellos los niños murieron por una falta al deber de cuidado. Sala Tercera, voto 986 – 2021.

Nuestra Sala Tercera ha admitido abiertamente, que ha tomado con mucha consideración la tesis que domina en Argentina, la cual recoge como signo distintivo, entre el aborto y el homicidio, el nacimiento.

Como se ha hecho mención en el apartado anterior, el nacimiento es un procedimiento; tiene un inicio, un durante y un final. Estos tres momentos del alumbramiento, ha creado discordia en la doctrina; pues hay quienes admiten, que sí es el nacimiento del ser, lo que permite diferenciar entre aborto y homicidio, pero solo aceptan la etapa final del alumbramiento; es decir cuando el bebé es sacado completamente del cuerpo de la madre; y hay otros, quienes sostienen una postura aún más rígida, donde solo se acepta que hay nacimiento, cuando existe una expulsión completa del ser, con corte del cordón umbilical.

Por la manera en que la Sala Tercera ha venido resolviendo las distintas controversias que han venido versando entre el delito de homicidio y aborto, se ha hecho galardonadora de distintas críticas, pues hay quienes no comparten con este Órgano Jurisdiccional, la significación que le ha venido dando al concepto de nacimiento para discernir entre ambos tipos penales. Entre dichas críticas se encuentra:

(...) el primer elemento que caracteriza al delito de Aborto es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare antes del tiempo en que el feto puede vivir, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 791-2001. Nótese que el énfasis que realiza la propia Sala, en cuanto que el aborto sería la interrupción del embarazo “antes del tiempo en que el feto puede vivir”, podría, inclusive, apuntar hacia el primero de los criterios comentados previamente (según el cual existe homicidio desde que el producto es viable, si naciera); de manera que, prácticamente, sería homicidio desde el sexto mes de gestación y se desnaturalizaría, por completo, la distinción en el tratamiento de las figuras delictivas del aborto y el homicidio. (...) no puede desconocerse esta preocupante apreciación; toda vez que existen varias referencias, en este y otros votos, a la “madurez” del feto como aspectos determinante. (Ugalde, 2022, p.49).

Esta crítica anterior expuesta no es compartida por las siguientes razones; se considera en primera instancia, que para este caso en particular, la Sala no hizo un uso extensivo de la figura del homicidio sobre la figura del aborto. Ya que es el mismo autor quien introduce la referencia de que la Sala hace una aclaración de “si naciera”. Como se ha indicado, el nacimiento es un procedimiento, puede ser natural, cuando el mismo ser, le anuncia a su madre que está listo para salir, y de ahí los dolores de parto y las contracciones; o bien cuando por cuestiones de la madre, la posición del bebé u otras complicaciones adversas, se es necesario inducir el parto y practicar una cesárea.

Este “si naciera”, sea natural o inducido, se refiere a que el producto de la concepción tiene viabilidad para vivir fuera de su madre; y es esa viabilidad como se ha indicado, lo que convierte a un feto en persona protegida por la norma penal del homicidio. Y en cuanto a la crítica: “prácticamente, sería homicidio desde el sexto mes de gestación”; tampoco es recibida; ya que las

figuras del nacimiento y del aborto son completamente incompatibles y opuestas; tanto en su fin como en su resultado; pues si bien, ambos son un procedimiento médico que busca extraer al producto fuera de su madre; el aborto lo hace con la finalidad de matarlo, mientras que el procedimiento de nacimiento, si es practicado en un embarazo temprano, suponiendo que se ejecute a partir del sexto mes de gestación, se realiza por razones médicas de complicaciones que puedan estar sufriendo tanto la madre como el hijo; existiendo la posibilidad de varios escenarios: 1. Que nazca y logre vivir. 2. Que nazca y fallezca naturalmente. 3. Que nazca muerto. 4. Que nazca y por negligencia del cuerpo médico fallezca. En los tres primeros acontecimientos descritos no hay delito, no obstante en el cuarto suceso se configura un delito de homicidio culposo; por cuanto el procedimiento médico practicado, se hacía bajo la figura del nacimiento; no bajo la figura del aborto; pues caso contrario; si la madre consintiere el aborto para salvar su propia vida no existiendo otra manera de hacerlo, la causa no sería punible, al estar consentida bajo la figura del artículo 121 del aborto impune.

La segunda crítica que recibe este Cámara Jurisdiccional se centra sobre la misma sentencia (voto 791-2001):

(...) en el infanticidio, la alusión sobre el nacimiento, solamente influye sobre la existencia o no de la atenuación, de modo que si desaparece ella, estaríamos remitiéndonos a la figura del Homicidio Calificado (...) De modo tal que, no resulta de recibo, asignar a la atenuación contemplada en el Infanticidio, carácter decisivo para definir el límite entre aborto y homicidio, cuando el único límite establecido es en cuanto a la atenuación "por causa de honor", pero no tiene los alcances generales que se le tratan de asignar en cuanto al significado del concepto de nacimiento. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 791-2001. En otras palabras, pareciera que, para dicha Cámara, sería posible, sin base legal, efectuar interpretaciones carentes de armonía entre los tipos penales de homicidio, pues, en el infanticidio, el hecho sí tendría que ser posterior al nacimiento; mientras que, en las otras modalidades, podría haber homicidio antes del nacimiento. Esta confusión no solo transgrede el principio de legalidad, sino que también

desconoce la lógica del bien jurídico tutelado y el sujeto pasivo del tipo. (Ugalde, 2022, p.51).

Esta crítica tampoco se recibe, en el tanto que la Sala Tercera no ha efectuado ninguna interpretación carente de armonía, porque si bien, el artículo 113 inciso 3 de nuestro Código Penal crea una situación especial que atenúa el delito de homicidio, lo único que hace la Cámara es indicar que si no se cumple dicho supuesto: “por causa de honor”, la causa se tendrá por homicidio calificado; por lo tanto la interpretación que hace el autor es errada; pues omite que el proceso de nacimiento se compone de tres etapas fundamentales; la primera que es el inicio del alumbramiento, que bien puede ser los dolores de parto -en un nacimiento natural- o bien por la incisión sobre el cuerpo de madre –parto por cesaríá-; la segunda etapa es el durante el alumbramiento, no existiendo un tiempo promedio de duración, pues cada cuerpo humano es diferente y tomara el tiempo que necesite tomar. La tercera y última etapa, es cuando el producto es retirado por completo del cuerpo de la madre, no siendo necesario para su finalización el corte del cordón umbilical, solo su extracción completa. El error al que cae el autor, es solo mirar el nacimiento en su etapa final; pues si se puede dar el homicidio del producto, aun estando dentro del cuerpo de la madre, ya sea que falleció durante o al inicio del proceso de nacimiento. Por lo tanto, no tendría relación alguna el infanticidio con los homicidios de las personas que están naciendo, pues ambos tipos están bien diferenciados según sus presupuestos.

La tercera crítica que se encuentra, persiste sobre la misma resolución (voto 791-2001) y al respecto indica lo siguiente:

(...) al aseverar que el nacimiento había comenzado con los dolores de parto que la madre había experimentado antes de llegar al hospital –desde que estaba en su vivienda–, se genera un espacio verdaderamente peligroso e inadmisibles para la arbitrariedad; ya que, podrían tratarse casos de abortos incluso, espontáneos (...) (Ugalde, 2022, p.50).

Esta tercera crítica se acepta y comparte, en el tanto que hay que recordar, que el aborto espontáneo no es una conducta punible, siendo su

significado el siguiente: “aborto espontáneo. Es todo aborto que se produce en ausencia de interferencia deliberada” (Alvarado, 2008, p.290). Para la Sala Tercera uno de los signos que alerta sobre el inicio del nacimiento, son las contracciones; lo cual resulta inquietante, porque el inicio de las contracciones, también pueden advertir el inicio de un aborto espontáneo, ocasionando por consiguiente, una gran afectación para los imputados, al valorar equívocamente y de manera aislada dicho concepto; pues solo la autopsia sobre el niño, aclarará si fue por causas naturales el deceso (aborto espontáneo) o bien si existió una falta al deber del cuidado por parte del grupo médico-obstetra.

Aunque si bien, en esta tercera crítica se comparte el juicio con el autor, el mismo no deja de ser insuficiente para subsanar la problemática que permitirá diferenciar correctamente entre aborto y homicidio, cuando el producto muere aun estando dentro de la madre. Por lo que se hace oportuno enfatizar, que si bien se participa con la Sala Tercera en su criterio diferenciador del nacimiento según sus tres etapas de proceso; el mismo no resuelve por completo todas las situaciones que pudieran invocar un error en la calificación entre ambos tipos penales. Pues si se va a establecer una postura dominante, la misma debe dominar para todos los cuadros fácticos posibles, sin que su uso resulte arbitrario y desproporcional. Y es de nuestra apreciación, que cuando existe una controversia entre los límites de aplicación de un tipo y otro, antes de generalizar un concepto resolutivo, se debe hilar lo más fino posible, considerando todos los supuestos del asunto en cuestión, para proteger en ambas partes, tanto ofendido como imputado, sus derechos acorde a la legalidad de la norma misma.

Es atendible el razonamiento que ha venido haciendo la Sala Tercera, enfocándose en el nacimiento como su mayor premisa, pues de los estudios doctrinales, no muchos autores conceden al nacimiento el mismo valor que esta Cámara ha venido haciendo con los años, pues no todos logran ver el nacimiento como un procedimiento conformado por tres estadios primordiales, pues hay un sector en la doctrina, que desvirtualiza el concepto de nacimiento, viéndolo solo en su resultado; siendo sus etapas previas las más controvertidas, es decir: el durante y el inicio del parto. No obstante, nos

genera angustia, que la Sala Tercera no haya considerado otro factor más; el cual dejarlo pasar es imperdonable, dada a la diferencia entre las penas de los delitos de aborto y homicidio; y este error al cual se le achaca duramente a esta Cámara Jurisdiccional, es tener como sinónimo las contracciones como el inicio del parto, pues bien, éstas pueden surgir por un aborto espontáneo; el cual no es punible bajo ninguna circunstancia en nuestro ordenamiento.

Antes de admitir tal concepto, se debería tener total certeza, de que las contracciones no eran de carácter abortivo, para así afirmar que estamos ante un proceso de nacimiento; caso contrario, las mismas estarían indicando el inicio de un aborto. Ahora bien, aunque se logre plasmar esta diferenciación en los votos de la Sala para eliminar la ambigüedad, se ve como necesario, incorporar otro acápite más al nacimiento, para hacer una correcta diferenciación entre aborto y homicidio, y esto es, la viabilidad de vida que pueda tener el producto de la concepción.

Valoramos que la posibilidad de la vida independiente, es lo que acerca al nasciturus a su condición de persona. Aclarando que se comparte la tesis con la Sala Tercera, en cuanto al concepto del nacimiento, en el tanto se haga la salvedad, de que las contracciones que experimenta la madre, no son de carácter abortivo, para así vincularlas con el inicio del nacimiento. Dicho esto, y conforme a todo el análisis que se ha venido haciendo sobre el inicio de la vida humana, se ha tenido bajo la mira, los cambios que tiene el embrión dentro del útero, para su definición en el marco legal.

Si el embrión no creciera o desarrollara, podría hasta considerarse como una cosa dentro del cuerpo de la mujer, no obstante como sí lo hace, es decir, que conforme pasan los días, las semanas y los meses, este ser cambia, lo hace con una finalidad, y esta es, poder nacer.

El nacimiento sacado del contexto jurídico, es cuando un nuevo ser, una persona, un ser humano, llega a este mundo, por lo tanto, el espacio que conocía o en donde se venía desarrollando, se vuelve incompatible con su nuevo y formado mecanismo de vida; el cual durante meses, se iba formando y preparando para este acontecimiento humano, que es, la independencia fuera del cuerpo materno.

Este estado de independencia, significa que la persona puede sobrevivir fuera del útero, por lo tanto, a esta capacidad de sobrevivir, le vamos a decir: viabilidad del producto.

Aunque en varios votos y en especial los acotados al inicio de este acápite, se observó que la Sala tenía en consideración dicho presupuesto, lo cierto es, que no es parte de su criterio diferenciador, siendo como su único elemento para tales efectos: el nacimiento; y así lo dejó entre dicho la Sala Tercera, al afirmar que:

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”. Desde esta perspectiva, tampoco se precisa pese a las manifestaciones del tribunal de mayoría, que el nuevo ser haya respirado o tenido vida independiente. Conforme lo hemos indicado supra, lo que caracteriza al aborto es la interrupción prematura del proceso de gestación, exista expulsión o no del seno materno (...). Sala Tercera de la Corte, voto 791 – 2001. (El destacado no corresponde al original).

A este Órgano Jurisdiccional, le corresponde atender correctamente la semántica de la norma, y para hacerlo debe considerar no solo los aspectos que le proporcionan el mundo legal, sino además, las significaciones que otras ramas y disciplinas de la ciencia puedan tener sobre el asunto en debate. Pues no es procedente y hasta puede resultar bastante lesivo, que se atribuya como aborto u homicidio, la muerte de un ser, el cual ni aún con la más alta y avanzada tecnología neonatal, tendría la posibilidad de vivir fuera del útero.

En primer lugar se desea indicar, que este estudio de la viabilidad del producto, que se pretende instaurar, se haría no solo como un aditivo al juicio de valor que pondera la Sala Tercera para determinar si es aborto u homicidio; sino que al igual que al aborto terapéutico, se crearía un supuesto más; el cual no se podría ligar a ningún tipo de contención penal. Cabe destacar, la

correlación que tiene la viabilidad del producto con su proceso formativo dentro del útero, pues en este argumento, se busca la introducción de una nueva conducta atípica que se debe tener como no punible y esto extendido solo a los casos cuando definitivamente, por un fallo congénito u otro problema del crecimiento del feto, éste no logre desarrollarse apropiadamente para vivir fuera del útero. Esta disposición implicaría, que si en el análisis de la viabilidad del producto, se determina que nunca y bajo ninguna circunstancia, el feto hubiere podido sobrevivir fuera del útero y muere por haber intermediado acción u omisión humana, que la conducta se tenga por atípica no sancionable bajo ningún dispositivo legal, porque la verdad de los hechos, es que nunca hubo vida en el útero de esa madre, solo un cuerpo desarrollándose para posteriormente morir.

Ahora bien, el segundo argumento que se desea traer a la mesa de discusión, es acerca de la viabilidad del producto, cuando nos encontramos ante un feto sano que aún está creciendo, no queriendo encadenar, esta viabilidad a los meses de vida intrauterina, pues se tienen registros de bebés que nacieron prematuramente y lograron sobrevivir⁹.

Lo que acá se desea materializar es lo siguiente; primero, si se tiene por certeza que los dolores que experimenta la mujer sobrevienen a contracciones de parto y no de carácter abortivas, y al hacer la autopsia sobre el feto, se constata que aún no era viable para vivir y falleció por una acción u omisión humana, que la misma se tenga por aborto; independientemente que ya hubiere iniciado el proceso de nacimiento, porque aunque si bien, no hubiere mediado acción u omisión humana, el feto no hubiera podido vivir por una cuestión meramente suya, por lo que resulta inicuo, la imputación de un homicidio bajo esas circunstancias.

Lo que se busca rescatar en este supuesto, es la figura del feto maduro, que la Sala concientice en todos los casos, si el mismo era viable para vivir fuera del útero, caso contrario, que era un feto aún en desarrollo, no viable para vivir en otro entorno que no fuera el útero; sigue siendo un feto amparado por el tipo penal del aborto; porque el feto maduro listo para nacer, una vez

⁹ Ver noticia en Los Ángeles Times. Niño de Alabama, nombrado el más prematuro que sobrevive.

iniciado el proceso de alumbramiento, ha alcanzado su punto máximo y puede ser tenido como persona; protegido ahora sí, por el tipo penal del homicidio.

Este segundo cuestionamiento que se trata de implementar, vendría a variar enormemente la tesis de la Sala Tercera, pues ésta considera, que todo lo que muere, cuando ha iniciado un proceso de nacimiento, es homicidio; y así lo ha advertido: “las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen homicidio; y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a este proceso, constituyen aborto¹⁰”. La Sala, no considera, que aunque no hubiere mediado injerencia humana, el producto igualmente hubiere muerto; pues para este Órgano Jurisdiccional, el punto de partida, es el nacimiento, sin mirar más allá de las consecuencias de sus resoluciones.

Si este criterio se sigue aplicado tajantemente, sin valorar la condición que ya es propia e inherente del ofendido; expande inhumanamente, el tipo penal del homicidio sobre el aborto, lo cual se considera desproporcional y que no se está haciendo un uso racional en la imputación de los hechos, al preferir ejecutar mecánicamente un concepto sin atender a los contextos propios de los involucrados.

Ahora bien, el tercer caso que se desea examinar, no tiene mucho por discurrir, pues se ha visto que ha sido incorporado en los votos de la Sala, solamente que no de manera ecuaníme; y lo que se desea, es que siempre se invoque su valoración. Y esto es, el caso inverso del segundo argumento, que una vez iniciado el proceso de nacimiento, y se tiene por demostrado que se trata de un feto sano y fuerte, completamente viable para vivir fuera de la madre, pero por una acción u omisión humana, éste fallece, la conducta debe tenerse por homicidio; pues en este supuesto, el nasciturus había alcanzado su objetivo, pues el propósito del embarazo, es preparar al feto para que este nazca y pueda vivir; por lo tanto, al tratarse de un feto maduro plenamente desarrollado; el nasciturus había adquirido su calidad de persona tutelado y amparado por la norma penal del homicidio.

Todas estas pretensiones, de que se incluya al concepto de nacimiento, la valoración de viabilidad del producto, depuraría en gran manera, los debates

¹⁰ Sala Tercera, voto 791 – 2001.

entre: sí es homicidio o aborto, pues en los anteriores argumentos, se hecho de ver, que solo el nacimiento como criterio diferenciador entre ambos tipos penales, resulta insuficiente y hasta en otros casos hasta perverso, por lo que urge, una valoración más, que este enfocada en las condiciones propias del cuerpo del ofendido.

6. Conclusiones

La normativa penal sustantiva en un utópico legal, debería ser suficiente para captar y clasificar correctamente las conductas humanas que se han perfilado como contrarias al ordenamiento, empero a ello, no sucede así. Hay que recordar que toda normativa, se crea de acuerdo a un sentir social en un momento histórico dado; donde las futuras generaciones, tal vez no vayan a estar de acuerdo, con lo que hoy se estipule y grabe como un mandamiento del deber ser, con tal de regular y preservar el orden social.

La definición jurídica del concepto de nacimiento, junto con todas sus demás implicaciones, sobre todo la materialización de cuando existe una persona humana, siempre ha sido de carácter confuso; y aunque es una situación humana y universal, no existe plena congruencia entre los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, en cuanto a los presupuestos necesarios para definir el acto del nacimiento.

La tarea de la persona juzgadora a través de los años, se ha venido agravando, pues deben soportar la labor de conjugar la norma vieja con el nuevo sentir social; ya que aun dentro de un mismo ordenamiento jurídico, puede existir contrariedad dependiendo de la rama en que se estudie el asunto.

La normativa civil vincula el carácter de persona al acontecimiento del nacimiento; pero como la redacción de la normativa costarricense es de carácter paternalista, no dejó por fuera a las personas no nacidas; y estas personas que aún no nacen, también tienen tutela dentro del derecho penal.

Si bien en el recorrido de este artículo, se caminó por los supuestos que se consideraron necesarios para entender la perspectiva de nuestra Sala Tercera, se encontró que la misma no es perfecta y completamente congruente. Y desde nuestra perspectiva, es fundamental la viabilidad del producto para

hacer la diferenciación entre aborto y homicidio, pero la Sala ha sido tajante en referir que solo será vinculante el proceso del nacimiento:

Es claro que el planteamiento de fondo que se esboza en el presente recurso, no resulta novedoso, pues esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuanto al tema debatido. Se comprende, entonces, que el fallo de instancia, al estimar que en este caso los hechos que se tuvieron por plenamente demostrados configuran un delito de homicidio culposo, no incurrió en el supuesto yerro de fondo que se denuncia, pues si bien el niño falleció dentro del seno materno, también debe tenerse claro que ello sucedió una vez que su madre ingresó al hospital, cuando el proceso de alumbramiento ya había dado inicio. Sala Tercera de la Corte, voto 442 – 2004.

Esta perspectiva de nuestra Cámara Jurisdiccional, no se comparte en el tanto, porque los dolores que puede sentir una madre, no necesariamente corresponden a un dolor de parto o alumbramiento, bien pueden ser los dolores de un aborto espontáneo; y se considera aborto, porque se está sacando a un ser que no está listo para nacer y vivir, por ello es importante la viabilidad del producto, no queriendo ligar el concepto de viabilidad con los meses de vida intrauterina, pues bien, se han tenido noticias de bebés que nacieron con solo cinco meses de gestación y lograron sobrevivir.

La condición de la viabilidad es una situación más perenne que data al sujeto mismo; y que por lo tanto no puede ser atribuida ni generalizada en la letra o en la norma, es más un estudio científico y médico que debe practicarse sobre el cuerpo del ofendido y considerarse como prueba fundamental durante el debate.

La tesis que se propone con esta investigación, es que al hacerse la autopsia del sujeto, se constate medicamente su viabilidad para vivir. Aclarando que se admite el concepto que la Sala Tercera ha venido manejando sobre el nacimiento, en el entendido, de verlo y comprenderlo en sus tres momentos: inicio, durante y finalización. Lo que no se comparte, es la manera en que la Sala mantiene como homicidio, la muerte del producto, una vez iniciado el proceso de parto, aun cuando éste, no tenía la posibilidad de vivir;

es decir, que el mismo feto carecía de las condiciones idóneas de sobrevivencia, pues aunque no se hubiera perpetrado negligencia médica, el feto de todas formas hubiere fallecido. Por ello, más que una crítica, es un llamado a la conciencia de que la Sala Tercera reflexione dentro de sus criterios, la viabilidad del producto; que se considere junto con el carácter del nacimiento, si el nasciturus tenía por sí mismo, la posibilidad de vivir fuera del útero.

Por consiguiente, tanto nacimiento como viabilidad, deben tenerse como los criterios indispensables para diferenciar los tipos penales del aborto y el homicidio. Pues a nuestro juicio, si bien se comparte el concepto del nacimiento comprendido este desde su etapa más primaria que son los dolores de parto, es la viabilidad, lo único que podría determinar si en efecto esos dolores correspondían al inicio de un nacimiento, o bien al cuerpo de la mujer expulsando a un ser que por sus propias características y condiciones, no hubiera podido sobrevivir de manera independiente.

Finalmente, dentro de toda esta exposición, no solo se busca incluir una pieza más al discurso valorativo e interpretativo de la Sala Tercera, sino a la vez, injerir una causal más, por la cual, se tendría como jurídico y permitido la conducta del aborto, y esto es, cuando por una cuestión meramente del feto, éste no logre desarrollarse adecuadamente, por lo que su gestación resultaría contrario a la salud mental de la madre; al conocerse su resultado, es decir un embarazo infructífero, pues el ser que se encuentra desarrollando dentro del vientre, ya vendría muerto, mucho antes de nacer; por lo que la aplicación de un aborto, más que permitido, debería ser hasta imperioso bajo esas circunstancias.

7. Referencias Bibliográficas

Asamblea Legislativa. (1948). Constitución Política de la República de Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1998). Ley 7739. Código de la Niñez y la Adolescencia. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1887). Ley 63. Código Civil. Costa Rica.

- Bacigalupo, E. (1989). *Los delitos de Homicidio. Monografías Jurídicas*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Barrantes Masís, M. C. (2022). Despenalización del Aborto en Costa Rica desde una Perspectiva Médico-legal y social. *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*. 2 (33) (14), 2515-6704.
- Calvo Meijide, A. (2004). *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto Constitucional de persona frente al concepto Pandectista-Civilista*. Madrid: Universidad San Pablo CEU.
- Castán Tobeñas, J. (1971). *Derecho Civil Español, Común y Foral I, vol. 2*. Madrid: Reus.
- Catalayud Ponce de León, V. (2005). *Temas de Derecho Privado. La Norma Jurídico – Privada y el Título Preliminar del Código Civil*. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de la Salle.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Artavia Murillo y otros vrs Costa Rica, 28 de noviembre del 2012.
- Falção de Oliveira, G. F. Nacimiento (Jurídico). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Recuperado de <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/226>
- Fernández Baquero, M. (2013). Nacimiento de la Persona: Pasado y Presente, *Foro Nueva época*, 16(2), 139-172.
- Galvis Plazas, M. X. (2019). Límites y alcances jurídicos sobre los derechos del nasciturus*. *Revista Prolegómenos*, 22(43), 93-107.
- Gisbert Calabuig J.A. y Gisbert Grifo M.S. (2004). *Medicina Legal y Toxicología, 6a. ed.* Barcelona: Elsevier Masson.
- Lanzas Rodríguez, R. A. (2020). En relación con el aborto impune o terapéutico en Costa Rica. Art. 121 Código Penal. *Revista Costarricense de Cardiología*, 22(1), 1409-4142.
- Llobet Rodríguez, J. (2020). *Homicidio, femicidio y aborto*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídico Continental.

Maggiore, G. (1989). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Martínez Pujalte, A. L. (1995). *La Universalidad de los Derechos Humanos, Justicia, Solidaridad; Paz. Libro Homenaje a José María Rojo I, Quiles*. España: Universidad de Valencia.

Niño de Alabama, nombrado el más prematuro que sobrevive. (10 de noviembre de 2010). Los Ángeles Times. Recuperado de <https://www.latimes.com/espanol/eeuu/articulo/2021-11-10/nino-de-alabama-nombrado-el-mas-prematuro-que-sobrevive#:~:text=Richard%20Hutchinson%2C%20de%20Wisconsin%2C%20naci%C3%B3n%20en%20junio%20de%202020>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.

Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, 22 noviembre de 1969.

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

Picado Vargas, C.A. (2017). *Código Civil. Concordado, Explicado con Jurisprudencia, Aforismos Romanos, Esquemas, Términos Jurídicos e Índice Analítico por Vocablos*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Sala Constitucional de Costa Rica, voto 02792 – 2004.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 791 – 2001.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 442 – 2004.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 986 – 2021.

Salazar García, S. (2019). Capacidad para ser parte del concebido no nacido en el Código Procesal Civil de 2016. Costa Rica: CIJUL en línea.

Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica, número 3 (34) (15). Año 3.

ISSN 2515-6704. RDCP- UCR. 2023.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

Sobre la existencia de las Personas Físicas: el Concepto del Concebido (16 de agosto de 2017). Costa Rica: CIJUL en línea.

Torrealba Navas, F. (2019). *Principios del Derecho Privado. Parte General Tomo I. La Persona Física*. San José, Costa Rica: Editores Fondo Editorial y Librería & Editorial Juricentro.

Ugalde González, O. (2022). 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*, 2 (33) (14), 2515-6704.

Vargas Alvarado, E. (2008). *Medicina Legal. 2a ed.* México: Trillas.