

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: JURISPRUDENCIA SOBRE EL ABORTO IMPUNE.

RESUMEN: La presente recopilación abarca la Jurisprudencia disponible que desarrolla el tema del aborto según el artículo 121 del Código Penal, tocando temas como el análisis del concepto de persona al momento de la configuración del delito y la complicidad, además se adjunta la resolución de la Sala Constitucional atinente al tema en estudio.

Índice de contenido

1	NORMATIVA.....	1
	a) Código Penal.....	1
2	JURISPRUDENCIA.....	2
	a) Análisis acerca del concepto "persona", "feto" y momento de la configuración del delito	2
	b) La calificación penal es irrelevante para efectos resarcitorios.....	14
	c) Sobre la complicidad en el aborto con consentimiento.....	25
	d) Sobre la estimación de la Sala de que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida	37

1 NORMATIVA

a) *Código Penal*

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹

Aborto impune.

ARTÍCULO 121.-

No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.

2 JURISPRUDENCIA

a) Análisis acerca del concepto "persona", "feto" y momento de la configuración del delito

[SALA TERCERA]²

Exp: 00-200086-0456-PE

Res: 2004- 00442

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas del siete de mayo de dos mil cuatro.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Albino Patricio Cruz Cruz, costarricense, mayor de edad, cédula de identidad 5-140-1397, vecino de Ciudad Neilly, hijo de Rafael Mora Rodríguez y Mariela Cruz Cruz, por el delito de Homicidio Culposo, cometido en perjuicio de Innominado Navarro Mora. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Daniel González Álvarez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Ronald Salazar Murillo y Alfredo Chirino Sánchez, estos dos últimos como Magistrados suplentes. También interviene en esta instancia el licenciado Martín Emilio Matamoros Rojas quien figura como defensor particular del encartado. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Resultado:

1.-Que mediante sentencia N° 14-03 , dictada a las dieciséis horas treinta minutos del veintiocho de enero de dos mil tres, el Tribunal Penal de Juicio de Corredores, resolvió: " POR TANTO De conformidad con lo expuesto, artículos 39, 41 de la Constitución Política, 1,30,59,60,71,117,del Código penas,1,141,142,363,364,.367, del Código Procesal Penal, se declara a ALBINO PATRICIO CRUZ CRUZ , AUTOR RESPONSABLE, del delito de HOMICIDIO CULPOSO, en perjuicio de Innominado Navarro Mora, por lo que se le impone el tanto de SEIS MESES DE PRISIÓN y UN AÑO DE INHABILITACIÓN para el ejercicio de la enfermería obstétrica, por el período de TRES AÑOS, se concede al convicto el beneficio de EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA, en el entendido de que si dentro de dicho periodo, comete nuevo delito doloroso por el que es sancionado con prisión superior a los seis meses, le será revocado el beneficio ahora concedido. Firme la sentencia, inscribábase en el Archivo y Registro Judicial, Juzgado de Ejecución de la pena e Instituto Nacional de Criminología en costas. Se ordena testimonio de piezas, para ante el Ministerio Público contra Arturo Pizarro Angulo y Mónica Calvo Espinoza. Mediante lectura, Notifíquese. " (sic). Fs. LIC. PAUL HERNÁNDEZ BALMACEDA. LIC. EDWIN DUARTES DELGADO. LIC. JOE CAMPOS BONILLA.

2.-Que contra el anterior pronunciamiento imputado Cruz Cruz interpone recurso de casación alegando errónea aplicación de la ley sustantiva, inobservancia de las reglas relativas a la correlación entre acusación y sentencia, falta de fundamentación del fallo, violación a las reglas de la sana crítica, en quebranto de los artículos 142, 184 y 369 del Código Procesal Penal. Solicita que se acoja el recurso se case la sentencia y se ordene nuevo juicio para substanciación conforme a derecho.

3.-Que verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4.-Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa el Magistrado González Alvarez y,

Considerando:

I.- ÚNICO MOTIVO POR EL FONDO: Errónea aplicación del artículo 128 del Código Penal . El imputado acusa en su primer agravio (como una cuestión por el fondo) que el fallo de instancia inobservó la norma sustantiva que arriba se cita. Su disconformidad se basa en que se le condenó por el delito de homicidio culposo a pesar de que se tuvo por demostrado que el producto de la gestación murió dentro del seno materno. Siendo ello así, más bien estaríamos ante la figura del aborto culposo, por lo que el recurrente solicita que se corrija la calificación jurídica de los hechos. La queja no es de recibo . De acuerdo con el contenido del fallo de instancia, si bien es cierto -tal y como se alega en el recurso- se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como resultado que el menor ofendido muriese dentro del seno materno, es decir, antes de su expulsión, no podría perderse de vista que ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer. En cuanto a dicho aspecto el fallo refiere lo siguiente: "... El veintitrés de febrero del año dos mil a eso de las veintidós horas, la señora Sidey Navarro Mora ingresó al hospital de Ciudad Neilly con cuarenta y un semana (sic) de embarazada y dolores de parto, siendo remitida a la sección de emergencia de dicho hospital por parte del doctor Pizarro para que fuera atendida por Albino Patricio Cruz Cruz, enfermero obstetra de dicho nosocomio, de la sala de partos, y a quien le correspondía la valoración de la paciente, haciéndole saber la señora Navarro que su primer parto había sido por cesárea y en el segundo habían tenido muchas complicaciones, solicitándole su atención médica debida para que el parto presente fuera satisfactorio. 2.- El imputado Cruz Cruz, incumpliendo con los deberes de cuidado debidos como enfermero obstetra, no hizo valoración adecuada de los riesgos con base en los antecedentes por cesárea previa, ni tomó en cuenta el riesgo acerca del tamaño de la pelvis de la madre con respecto del feto ... realizando incluso maniobras de expulsión contraindicadas en estos casos. 3) Resultando del actuar culposo del imputado Cruz Cruz, la señora Navarro Mora sufrió una ruptura uterina con muerte de quien llevaría por nombre Innominado Navarro Mora, (sic) al darse una desproporción cefalopélvica (entre la cabeza del feto y el canal del parto materno). 4.- El día siguiente, veinticuatro de febrero de 2001 (sic) a eso de las siete de la mañana, nace el producto por medio de una cesárea practicada a su madre, realizándose maniobras médicas de resucitación, con resultados negativos ya que el acusado había remitido a la paciente a sala de maternidad donde

pasó toda la noche sin su debida supervisión, siendo que cuando comunicó lo sucedido ya era demasiado tarde para salvar la vida del menor ... Esto hace que las conclusiones de la autopsia tengan aún más trascendencia en el sentido de que hubo ruptura uterina con muerte de feto ... Quien fallece cuenta con cuarenta y un semanas de gestación y muere en el seno materno ..." (cfr. folio 167, línea 14 en adelante; folio 195, líneas 2 y 3; y folio 196, líneas 17 y 18). Como se colige de lo transcrito, es claro que en la sentencia de mérito se tuvo por acreditado, a partir de la prueba testimonial y de las conclusiones que se plasmaron en la pericia médico legal (autopsia), que a consecuencia de la conducta violatoria del deber de cuidado en la que incurrió el acusado, el menor ofendido falleció durante el proceso de parto, ello antes de salir del claustro materno. Tan cierto es lo anterior, que en la sección del fallo destinada al análisis de derecho y tipicidad, el propio tribunal expuso las razones jurídicas a partir de las cuales estimaron que, no obstante tal circunstancia, en este caso el ofendido debe ser considerado como " persona " y, por ello, la acción calificaría entonces como un delito de homicidio culposo. Al respecto, el órgano de mérito señaló: "... El nasciturus en nuestro medio es considerado persona. Para dejar claro este punto hay que hacer referencia al concepto de persona y de vida. Dentro de nuestro ordenamiento y con un rango superior a la ley, la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 4.1: "... 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 consideración del no nacido como persona, a efectos de determinar la presencia de ese elemento de la tipicidad objetiva, no sólo deriva de dicha norma del derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino de la contemplada en otros instrumentos de igual rango, sino también de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. Concretamente del voto 2306-2000 de quince y veintiuna horas del quince de marzo de dos mil, luego de concluir que todo concebido es persona y por tanto la tutela del derecho a la vida le cubre, sostiene: "El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella -formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia" ..." (cfr. folio 1967, línea 18 en adelante). Conforme se puede inferir de lo expuesto, en el presente caso se plantea la discusión entre el concepto de " persona " que por un lado maneja la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la que a su vez incorpora el Código Penal (y

la doctrina que lo informa), siendo claro que con respecto a la primera, el segundo es una norma de rango inferior. En este sentido se advierte que los artículos 111, 117, y 118 a 122, todos del Código Penal, parten de una clara distinción entre los conceptos de " persona " (sujeto pasivo de la figura de homicidio, ya sea doloso o culposo), y de " feto " (sujeto pasivo de las figuras de aborto, en sus distintas modalidades). 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 herméticas, 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 . En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones. En este sentido se ha dicho "... En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un aborto. Al respecto existen varios criterios. Unos indican que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño (así Peña Cabrera ... Cuello Calón ... Ranieri ... Breglia y Gauna ... Núñez ... Maggiore ... Soler ... Fontán ... Creus ... Laje Anaya ... Manigot ... Acevedo Blanco ... Martínez Brenes ... Rojas Sánchez y otros. Debe tenerse en cuenta que las dos últimas investigaciones citadas son de autores costarricenses). Esta posición es dominante en Argentina ... Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde ...). Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... 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, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ..." (Rivero Sánchez (Juan Marcos) u otro, " COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ", editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989. Págs. 1, 2, 71 y 72). Esta sería la posición que parece defender el impugnante, quien argumenta que en vista de que el ofendido falleció dentro del seno materno (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente de la cavidad uterina),

no llegó a adquirir la condición de " persona ", de tal manera que por tratarse de un " feto " no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura del aborto culposo. 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. Lo anterior implica que la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal no tiene por qué partir de un análisis teórico diverso a éste, como el que propugnan los autores que se comentan

(cfr. *ibid*, pág. 2), ya que esta última ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado (con la expulsión del claustro materno), pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento. Es ésta la tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal: "... Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados - ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida - no acreditan que la conducta desplegada por el doctor (...) ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. En este caso no se mató a una persona, sino al producto de la concepción - feto - que no tuvo vida independiente, por lo que no había adquirido la categoría jurídico penal de persona, resultando los hechos atípicos ... la norma contenida en el numeral 122 *eiusdem* se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiéndose por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. No cabe en consecuencia duda alguna, contrario a lo que señalan los recurrentes, que en la especie, el actuar culposo del imputado, se egó la vida de una persona, de un niño , desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor ..., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

del útero de su madre, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno - ver Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial . Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140 - Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de Aborto, a efecto de poder distinguirlo del Homicidio; así, 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. 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 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 - Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial - Varela, Bernardo C.. Homicidio Simple . Buenos aires. Lerner 1968, página 19 - 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" "...", voto N° 791-01, de las 10:10 horas del 20 de agosto de 2001. Así las cosas, 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. Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo.

II.- PRIMER MOTIVO POR LA FORMA: Violación del principio de congruencia . En el segundo motivo de su recurso, y como una cuestión de forma, se aduce una supuesta falta de correlación entre los hechos acusados y los que se tuvieron por demostrados en sentencia, con quebranto de los artículos 365 y 369 inciso h) del Código Procesal Penal. La queja se centra en que se incluyó como un hecho acreditado, que el imputado realizó maniobras de expulsión (inducción al parto) contraindicadas para estos casos, las que favorecieron la ruptura del útero materno. La queja debe ser declarada sin lugar . Debe tenerse claro que el principio de congruencia que recoge el artículo 365 del Código Procesal Penal constituye una garantía a favor del imputado, siendo que dicha norma claramente establece que no podrán tenerse por probados otros hechos o circunstancias que los descritos en la acusación y querrela, salvo cuando favorezcan al imputado. No obstante, es criterio de esta Sala que tal principio no es de carácter absoluto, pues sólo hace referencia a la imposibilidad que tendría el juzgador de incluir en la sentencia circunstancias esenciales no descritas ni en la acusación ni en la querrela, entendiéndose por tales aquellas que no tengan relación alguna con el hecho objeto del tema probandum , o que tengan la virtud de modificar la calificación jurídica o integrar un delito continuado. Resulta claro que la inclusión sorpresiva en el contenido del fallo de

circunstancias de este tipo, vendría a lesionar de modo sensible el derecho de defensa. Teniendo claro lo anterior, es obvio que la circunstancia nueva que objeta el recurrente no revestiría un carácter esencial como el apuntado, ni tampoco sería necesaria para sostener el juicio de culpabilidad, a tal punto que aún suprimiéndola de forma hipotética, ello en nada afectaría la decisión. En situaciones como las que ahora se presentan no podría perderse de vista que el debate (con todos los principios acusatorios que lo informan) constituye la etapa más importante del proceso, y será ahí donde el órgano jurisdiccional tendrá mayores posibilidades de reconstruir con precisión y detalle el suceso histórico sometido a su conocimiento, de donde no podría estimarse como una violación al debido proceso el que en tales condiciones se haya llegado a establecer la existencia de otra circunstancia adicional relacionada directamente con el hecho (maniobras de " inducción " del parto, las que estaban contraindicadas), no incluida en la acusación ni en la querrela, lo que permitió comprender de mejor manera lo ocurrido, pero sin modificar de modo esencial la base fáctica objeto del juicio. Con base en lo anterior, se declara sin lugar el reclamo.

III.- SEGUNDO Y CUARTO MOTIVOS POR LA FORMA: Falta de fundamentación . Al estimar que los artículos 142, 184 y 369 del Código Procesal Penal han sido inobservados, en su segundo motivo el imputado reprocha que el fallo condenatorio de instancia incurre en falta de fundamentación, pues no consideró ni expuso las razones por las cuales desestimó la versión defensiva del imputado, quien indicó que: (i). Sí realizó una adecuada valoración a la paciente; (ii). Sí dio aviso inmediato de los resultados de dicha valoración a los respectivos médicos, ello en las dos ocasiones en las que le fue llevada la señora Navarro Mora a la sala de partos; (iii). Su función se limita a la sala de partos y no a la sala de maternidad; (iv). La frecuencia cardiaca del producto era normal al momento de prepararla para la cesárea; (v). El error fue cometido por los médicos pues ellos no llamaron al especialista pese a haberles informado que existía una cesárea anterior y que el producto se veía alto, y pese a que en la segunda ocasión les informó que el producto se encontraba pegado. Por su parte, con base en las mismas normas que se han citado, se aduce una falta de fundamentación en cuanto a las razones por las cuales el tribunal tuvo por acreditado que el imputado no hizo una valoración adecuada de los riesgos de la paciente y no dio parte al médico encargado de dichos riesgos. De seguido, el recurrente cita el contenido de las declaraciones que rindieron en juicio los testigos Verania Obregón Castillo y Vera Morales Morales, y la

ampliación del dictamen médico ADA-433-2000-P.F., insistiendo en que dichas pruebas determinan que el imputado sí hizo la valoración y se la comunicó a los médicos respectivos. Ambas quejas deben ser declaradas sin lugar. En primer término, y de previo a emitir pronunciamiento en cuanto a los reclamos del recurrente, es necesario hacer notar que, según se razonó en el fallo, en este caso la prueba determinó que no sólo el imputado pudo haber tenido responsabilidad en la muerte del menor, pues - en principio- parece que también otro u otros funcionarios del hospital pudieron haber incurrido en una conducta contraria al deber de cuidado, de donde no se aprecia cómo podría excluirse el juicio de reproche establecido en contra de aquel, por el hecho de que hubiera comunicado a los médicos el resultado de su valoración; que éstos no hayan llamado al especialista; o que la paciente no hubiese sido atendida en la sala de maternidad. Debe anotarse, conforme al principio de confianza, que la responsabilidad del imputado no podría estimarse eliminada por la posible co-responsabilidad que pudiesen tener otras personas que debían atender a la madre del menor, por cuanto en este caso el único que la atendió al ingresar al centro hospitalario fue el imputado, como era su deber hacerlo, y no otras personas. En todo caso, según se explicará, en la sentencia sí se expusieron las razones por las que se tuvo por cierto que el encartado (pese a sus veinte años de experiencia) no realizó una valoración adecuada de la paciente, tampoco informó nada al médico responsable cuando ésta le fue remitida por primera vez (sí lo hizo la segunda vez cuando, a tempranas horas de la mañana del 24 de febrero, y luego de realizar una inducción contraindicada, ya era demasiado tarde para salvar la vida del niño), y en vez de darle los cuidados y atención requeridos (según las directrices que recibió del médico de emergencias), se desentendió de la misma y no obstante de que se trataba de un caso de riesgo, la remitió a la sala de maternidad, donde se la dejó a su suerte durante toda la noche. Tales conclusiones se derivaron de lo siguiente: a) El doctor Pizarro indicó en debate que en la sección de emergencias él atendió a la paciente, y la remitió a la sala de partos (que estaba a cargo del imputado) para que la monitoreara; b) Éste, una vez que recibió a la paciente, en vez de atenderla, darle los cuidados requeridos, estar pendiente de ella, y darle seguimiento a la evolución del parto (como era su deber en un caso de riesgo como éste, según lo reconoció el propio imputado, la pericia médico forense y el doctor Otoyá) la remitió a maternidad (lugar donde la abandonaron a su suerte durante toda la noche); c) El doctor Pizarro declaró que él remitió la paciente a la sala de parto precisamente para que se le dieran los referidos cuidados; d) Si bien las testigos Verania y Vera, quienes como enfermeras

dijeron que el imputado (su compañero) siempre estuvo atento a la paciente, el tribunal las calificó de complacientes, pues el mismo encartado las desmintió al indicar que ello sólo sucedió mientras la paciente estuvo a la sala de partos; e) La misma ofendida, señora Navarro Mora, indicó que ella fue puesta en otra sala (la de maternidad), donde nadie la atendió; f) El imputado dijo que tenía 20 años de experiencia como enfermero obstetra; que sabía reconocer un problema de disfunción fetopélvica (el doctor Pacheco Rojas corroboró que un enfermero obstetra está en condiciones de identificar dicha situación); y que sabía que la paciente tenía una cesárea previa y un parto anterior en el que hubo complicaciones. A pesar de que ésta presentaba ese problema de disfunción (mismo que resultaba "evidente"), el imputado la valoró inicialmente (cuando recién le fue remitida por el doctor Pizarro) y concluyó a la ligera que no estaba en labor de parto inminente; g) A pesar de todo este contexto, en la segunda ocasión en la que el imputado tiene contacto con la señora Navarro, en forma fallida le realiza una maniobra contraindicada para estos casos, esto es, una "inducción" del parto (así lo refirieron el imputado y las enfermeras que lo acompañaban, quedando consignado en el expediente clínico); h) Es después de esta maniobra con resultado negativo, que se llamó a la doctora Calvo (así se indica en la autopsia); i) Los jueces reconocen que, aunado a lo anterior, el imputado tuvo una supervisión médica "poco feliz". Conforme se colige de la consideración integral de todas estas razones, es claro que la fundamentación del fallo de mérito resulta adecuada, sin que pueda estimarse que el hecho de que no se haya hecho un análisis expreso y concreto de la versión defensiva que esgrimió en el imputado en su favor, venga a restarle legitimidad, pues las cinco afirmaciones que denuncia como omitidas quedaron claramente descalificadas con el análisis del tribunal. En efecto, se determinó que la señora Navarro sí presentaba disfunción fetopélvica (que el imputado estaba en condiciones de reconocer), una cesárea y un parto difícil anteriores (que el imputado conocía y que calificaban al caso como "de riesgo"), no obstante la cual se desentendió de ella y la remitió a maternidad, donde no se le brindó el seguimiento que requería. Además, cuando toma contacto con ella por segunda vez, y no obstante lo anterior, le realiza una maniobra contraindicada, no llamándose a la doctora Calvo sino una vez que aquella falló. Toda esta relación de hechos, bien establecida en el fallo, da cuenta de una actuación contraria al debido cuidado por parte del acusado. Asimismo, dentro de dicho contexto puede afirmarse que aún cuando se incluyera hipotéticamente que desde la primera vez que el acusado tuvo contacto con la ofendida, le informó del resultado de su valoración al médico a cargo, ello en nada

excluiría su responsabilidad, pues resulta obvio que dicha valoración fue errónea (no incluyó la disfunción fetopélvica). Lo mismo ocurriría en cuanto a la circunstancia de que él no era el encargado de la sala de maternidad (donde no atendieron a la paciente), pues no debe perderse de vista que fue el imputado quien, por una valoración errónea (teniendo capacidad de haber brindado una correcta), la remitió a ese lugar en vez de darle seguimiento a la evolución del proceso de parto. Por último, en el fallo se explica con toda claridad que la doctora Calvo explicó que, cuando fue llamada, ella notó un pulso " muy débil del nasciturus ", lo que, según explicación del doctor Otoya, se produce luego de una ruptura uterina como la que al final de cuentas presentó la señora Navarro. Aunque no se haya indicado así de forma expresa, esta explicación descalifica por completo la afirmación del imputado, en el sentido de que antes de la cesárea, la frecuencia cardíaca del producto era normal. Con base en estas razones, al no existir ningún defecto que justifique acoger las pretensiones del impugnante, se declaran sin lugar ambos motivos.

IV.- TERCER MOTIVO POR LA FORMA: Violación de las reglas de la sana crítica : Con cita de los artículos 184 y 369 del Código Procesal Penal, en este apartado se reclama una supuesta violación de las reglas de la sana crítica. El reproche se sustenta en que los jueces tuvieron por demostrado que la señora Navarro le indicó al imputado que había tenido una cesárea previa y un parto difícil, cuando en realidad ella indicó que tal manifestación se la hizo al médico de emergencia. El reclamo no es de recibo . La queja del recurrente se dirige en contra de un aspecto del todo carente de esencialidad, pues aún incluyendo hipotéticamente que la citada información le fue brindada al médico de emergencias y no directamente al imputado, ello en nada menoscabaría el juicio de responsabilidad establecido en su contra. Al respecto se aprecia que, según se indica en el fallo, sin importar cuál fue la fuente, el propio imputado reconoció que él sí manejaba esa información, de donde no se advertiría agravio alguno derivado de la situación que se describe en el motivo. Sin lugar el reclamo.

V.- QUINTO MOTIVO POR LA FORMA: Violación del artículo 30 del Código Procesal Penal . En el último motivo de su recurso, el impugnante denuncia el quebranto del artículo 30 del Código Procesal Penal, pues en vista de que los hechos son constitutivos del delito de aborto culposo, y siendo que entre la convocatoria a audiencia preliminar y la sentencia transcurrió más de un año, en este caso operó la prescripción de la acción penal.

El reproche no es de recibo . El presente alegato se apoya en la tesis de que la calificación jurídica que debe dársele a los hechos probados es la de aborto culposo. No obstante, y según se explicó en el primer considerando, esta Sala comparte el criterio que al respecto defendieron los jueces de instancia, al estimar se está en presencia de un delito de homicidio culposo. Siendo ello así, es claro que todo el sustento del presente alegato cae por tierra, lo que implica que el mismo debe ser declarado sin lugar.

Por Tanto:

Se declara sin lugar el recurso de casación que interpone el encartado.- NOTIFÍQUESE.-

Daniel González A.

b) La calificación penal es irrelevante para efectos resarcitorios

[SALA TERCERA]³

Exp: 01-200114-0414-PE

Res: 2005-01267

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil cinco.

Recurso de casación, interpuesto en la presente causa seguida contra Ronnie Pastora Carvache, mayor de edad, casado, nicaragüense, portador de la cédula de residencia número 724651985; por el delito de Homicidio Culposo, cometido en perjuicio de Innominado M . A, Ana Ruth Muñoz Alfaro y Odir Pizarro Gutierrez. Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados José Manuel Arroyo Gutiérrez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Alfonso Chaves Ramírez, Rodrigo Castro Monge y Magda Pereira Villalobos. También intervienen en esta instancia, el licenciado Carlos Tiffer Sotomayor en su condición de defensor del imputado y el licenciado William Eduardo Rodríguez

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Alvarado en su condición de representante del demandado civil.. No se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando:

1.- Que mediante sentencia N° 11-2005, dictada a las dieciséis horas treinta y cinco minutos del dieciséis de Marzo del dos mil cinco, el Tribunal de Juicio Guanacaste, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto y los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. 1, 2, 6, 7, 30, 31, 32, 33, 142, 265, 267, 360, 361, 364, 365, 366 del Código Procesal Penal, 1, 30, 31, 45, 117, 122, 332 del Código Penal, 128 y 129 del Código Penal de 1941; 17, 41 y 44 de la Tabla de Honorarios de Abogados y Notarios; 1045 del Código Civil; se resuelve: SE RECHAZA la excepción de prescripción de la acción penal interpuesta por el encartado, y la Caja Costarricense del Seguro Social. SE ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD A RONNIE PASTORA CARVACHE de los delitos de HOMICIDIO CULPOSO e INCUMPLIMIENTO DE DEBERES en perjuicio de INNOMINADO M.A, ANA RUTH MUÑOZ ALFARO, ODIR PIZARRO GUTIERREZ y LA FUNCIÓN PÚBLICA. Asimismo, se declara sin lugar la querrela interpuesta por ANA RUTH MUÑOZ ALFARO y ODIR PIZARRO GUTIERRE contra RONNIE PASTORA CARVACHE. Se DECLARASIN LUGAR la ACCION CIVIL RESARCITORIA interpuesta por ANA RUTH MUÑOZ ALFARO y ODIR PIZARRO GUTIERREZ contra RONNIE PASTORA CARVACHE. Por otra parte, se rechazan las excepciones de la falta de acción y de derecho y se DECLARA CON LUGAR la ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA INTERPUESTA por ANA RUTH MUÑOZ ALFARO Y ODIR PIZARRO GUTIERREZ contra LA CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL. Por lo que se le condena a dicha institución al pago de DIEZ MILLONES DE COLONES por DAÑO MORAL y SIETE MILLONES DE COLONES por DAÑO FISICO. En relación a la acción penal se resuelve el presente asunto sin especial condenatoria en costas. En cuanto a la acción civil resarcitoria se condena a la CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL al pago de las costas la cuales se estiman en la suma de UN MILLON DOSCIENTOS TREINTA MIL COLONES. MEDIANTE LECTURANOTIFIQUESE.- " (sic). FS. CYNTHIA DUMANI STRADTMANN, LUIS MINOR CASTILLO CONTRERAS, GERARDO RUBEN ALFARO VARGAS.

2.- Que contra el anterior pronunciamiento, el licenciado William Eduardo Rodríguez Alvarado interpuso recurso de casación alegando: violación de los artículos 33, 39 y 41 de la Constitución, 142, 143, 184, 361, 369 y 432 del Código Procesal Penal, 117 del Código Penal. En vista de esto solicita se admita la impugnación

y se case la sentencia, procediéndose según los motivos de casación expuestos.

3.- Que verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa el Magistrado Ramírez Quirós ; y,

Considerando:

I.- El representante de la demandada Civil, la Caja Costarricense de Seguro Social, interpuso casación contra la sentencia # 11, dictada por el Tribunal de Guanacaste, a las 16:35 horas del 16 de marzo de 2005, mediante la cual se absolvió a Ronnie Pastora Carvache del delito de homicidio culposo y se condenó a la demandada civil al pago de diez millones de colones por concepto de daño moral y siete millones por el daño físico. En el primer reclamo, se dice que se violentó la sana crítica y el principio de correlación entre acusación y sentencia, porque el a quo ponderó el monto de la indemnización partiendo de que la muerte del hijo de la ofendida configuraba un homicidio culposo, y no como en realidad debió haber sido catalogado, como un aborto a título de culpa. No ha lugar el reclamo: Salvo, como se verá, al discutir los reclamos de fondo interpuestos por el recurrente, el tema de la calificación penal del hecho acaecido en daño de la señora Muñoz Alfaro y su hijo, es irrelevante en lo que corresponde a los de forma. Efectivamente, la cuestión no tiene trascendencia alguna, toda vez que el acusado fue absuelto por la acción que se le endilgó como configurativa de un delito. De suerte tal que, fuera calificado como un homicidio o un aborto (ambos culposos), el tema no tiene consecuencia alguna en la resolución de esta causa, visto que de ello no se deriva consecuencia alguna, dado que el acusado fue absuelto. Ahora bien, en lo que respecta a la acción civil y el deber de indemnización impuesto por el Tribunal, que justamente es el tema que dejó insatisfecha a la recurrente, debe acotarse que tampoco es de relevancia la calificación jurídica empleada. En primer término, porque de todas maneras se concluyó que el hecho no era configurativo de una conducta típica. Es decir, NO se trataba de un homicidio culposo ni de un aborto culposo; o, más simplemente,

esa conducta no era constitutiva de un delito, por lo que en el caso sub-examine es indiferente cuál calificación jurídica se empleara en su discusión. En segundo lugar, y más evidente que lo anterior, debe tomarse en cuenta que el deber de indemnizar y el monto del resarcimiento se fija en función del daño causado, y no de la calificación jurídica que reciba la acción que lo genera, la cual es intrascendente (máxime en un caso como este en que ni siquiera se tuvo por típica la acción endilgada). De modo que la indemnización y su magnitud dependerá del daño y su intensidad, con independencia de la denominación que reciba, por lo que, se tratara de un homicidio o de un aborto (ambos culposos), el daño físico y moral infligido a la ofendida debía ser resarcido y en el monto que se estimó pertinente por parte de los Jueces.

II.- El segundo reclamo estriba en que nunca se abrió un proceso sucesorio para determinar cuál era el monto que le habría correspondido como indemnización al menor perjudicado en este asunto, quien no estuvo representado en el proceso, a falta de un albacea nombrado. Tampoco es de recibo el reclamo: La comparecencia de la señora Muñoz Alfaro en calidad de querellante y actora civil en este asunto, no responde sólo a su calidad de ofendida directa por los daños sufridos en su persona, sino asimismo por los daños sufridos por su hijo, quien no sobrevivió a la triste experiencia que dio pie a esta causa. En otras palabras, ella no sólo compareció al proceso y tenía derecho como ofendida directa a título personal por los daños de ella, sino también como ofendida directa y a título personal por los daños generados a su hijo. Al respecto, el artículo 70 del Código Procesal Penal es contundente, al señalar que no solamente el heredero declarado por el juez ostenta esa condición, sino de igual manera el: "...cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad...". En consecuencia, no es cierto que el menor no estuviera representado en el proceso, que se precisara del nombramiento de un albacea, o que la señora Muñoz Alfaro no tuviera legitimidad para plantear el reclamo también por los daños causados al menor fallecido. Ella tenía todas las facultades procesales que reconoce nuestra legislación para comparecer y exigir la indemnización correspondiente, por lo que no hubo irregularidad alguna acerca de la cuestión.

III.- Por ello mismo, es inaceptable el reparo que se esboza en el tercer motivo, en el que se destaca que no se aclaró cuál monto le correspondía a cada uno de los perjudicados, pues, como se dijo,

la señora Muñoz Alfaro comparecía en su doble condición. Ahora bien, en cuanto a la presunta falta de razonamientos que sirvieron de base para que el Tribunal declarara con lugar la susodicha acción civil, debe señalarse que tampoco es de recibo el argumento. Sí hubo una indicación precisa del por qué se tuvo por acreditado el detrimento ocasionado a la actora civil y su hijo, como puede comprobarse con vista de los folios 654-666, en los que el a quo analiza las pruebas recabadas y consigna por qué estimó que no existió delito, pero sí un daño. Luego, de folio 666 a 671, expone por qué ese daño debe ser indemnizado, sin que sea preciso que reformule las consideraciones hechas páginas atrás, pues estas están al acceso de los interesados y allí pueden confrontar los motivos ponderados por los jueces para sostener sus conclusiones. Por lo demás, en cuanto a los aspectos cubiertos por la indemnización, según consta a folio 670, no sólo se contempla el daño físico descrito folios atrás en el fallo, sino que en cuanto al daño moral se toma en cuenta que era el primer hijo de la pareja, la cual terminó separándose, que se trataba de un embarazo a término (con la consecuente ilusión que ello acarrea) y de un niño sano, quien pudo haber asistido a sus progenitores. Entonces, no es aceptable que en el caso no se consignen las razones de la indemnización decretada.

IV.- Como cuarto motivo, se alega falta de fundamentación, pues la Caja Costarricense de Seguro Social es tenida como civilmente responsable del hecho por cuanto, entre otras cosas, no había forma idónea de comunicarse con los galenos para dar asistencia inmediata a la perjudicada. Sin embargo, objeta el recurrente: "... en autos no existe ninguna nota de la Dirección Médica que es el máximo jerarca del centro hospitalario que certifique que para el día de los hechos, la central telefónica se encontraba en mal estado" . Además, dice que el personal de enfermería estaba en condiciones profesionales de atender el caso con toda propiedad. No lleva razón el recurrente: En primer lugar, debe decirse que la comprobación del mal funcionamiento de la central telefónica del nosocomio para ese día, no está subordinada a la existencia o no de tal certificación. En virtud del principio de libertad probatoria establecido en el artículo 182 del Código Procesal Penal, el cual a la letra indica que: "podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley" , esa circunstancia era demostrable por cualquier vía lícita, como en este caso fueron contundentes los testimonios recabados y que aparecen recogidos en los folios 667-668. Por otra parte, no es cierta la circunstancia de que las

enfermeras o auxiliares de enfermería estuvieran capacitadas para atender una emergencia como la que se discute, exonere a la demandada civil de su responsabilidad, puesto que resulta obvio que su competencia es al nivel de enfermería, pero no para sustituir el profesional en medicina o galeno que debía hacerse cargo de la situación, pues de lo contrario se caería en el absurdo, de que no se precisaría de médicos para tales vicisitudes, sino que bastaría la asistencia de las enfermeras, lo cual a todas luces está fuera de lugar.

V.- El quinto y último motivo de forma, consiste en que no se consignó qué monto por daño moral le corresponde a cada uno de los padres del menor, quienes actualmente ya no conviven, lo que torna en vaga la sentencia y carente de fundamentación. No es atendible el reproche: En primer lugar, porque esa situación que denuncia el impugnante no le causa perjuicio procesal alguno. De hecho, a los efectos propios, le resulta indiferente la distribución que hiciera el Tribunal de esos siete millones de colones concedidos por concepto de daño moral (en realidad diez millones). Luego, será asunto de los actores cómo distribuir esa suma entre ellos, existiendo para el caso de desacuerdo la legislación civil que dirima el punto. En consecuencia, no es esa una incertidumbre que afecte al recurrente ni genere la nulidad del fallo que solicita.

VI.- El primer motivo de fondo replantea el tema acerca de si la muerte del niño se trató de un homicidio o de un aborto culposo, porque lo extraído fue un producto gestacional con "Apgar 00-00", lo que implica que antes de nacer (es decir, aún siendo feto), ese producto estaba muerto. Como se explicó en el primer considerando de esta resolución, el punto carece de interés, para la demandada civil, pues lo cierto es que el Tribunal concluyó que en el presente asunto no había mediado culpa por parte del médico imputado, por lo que procedió a absolverlo de toda pena y responsabilidad. En consecuencia, desde la perspectiva penal, si el hecho se calificó como un homicidio o un aborto culposo, es intrascendente, salvo por lo que se dirá en el segundo reparo de fondo. Luego, en lo que respecta a la responsabilidad civil, ámbito de interés de la entidad recurrente, tampoco es importante, pues el daño (moral y material) causado debía ser indemnizado, con independencia de la calificación típica que hubiera recibido ese hecho.

VII.- Para concluir, en el segundo motivo de fondo, se arguye que, al haberse tratado de un aborto culposo, la causa estaría

prescrita en lo que concernía a la acción penal. 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. En cuanto al tópic, en el voto 442, de las 11:00 horas del 7 de mayo de 2004, tuvo la oportunidad de establecer que: "De acuerdo con el contenido del fallo de instancia, si bien es cierto -tal y como se alega en el recurso- se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como resultado que el menor ofendido muriese dentro del seno materno, es decir, antes de su expulsión, no podría perderse de vista que ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer". En cuanto a dicho aspecto, el fallo refiere lo siguiente: "... El veintitrés de febrero del año dos mil a eso de las veintidós horas, la señora Sidey Navarro Mora ingresó al hospital de Ciudad Neilly con cuarenta y un semana (sic) de embarazada y dolores de parto, siendo remitida a la sección de emergencia de dicho hospital por parte del doctor Pizarro para que fuera atendida por Albino Patricio Cruz Cruz, enfermero obstetra de dicho nosocomio, de la sala de partos, y a quien le correspondía la valoración de la paciente, haciéndole saber la señora Navarro que su primer parto había sido por cesárea y en el segundo habían tenido muchas complicaciones, solicitándole su atención médica debida para que el parto presente fuera satisfactorio. 2.- El imputado Cruz Cruz, incumpliendo con los deberes de cuidado debidos como enfermero obstetra, no hizo valoración adecuada de los riesgos con base en los antecedentes por cesárea previa, ni tomó en cuenta el riesgo acerca del tamaño de la pelvis de la madre con respecto del feto ... realizando incluso maniobras de expulsión contraindicadas en estos casos. 3) Resultando del actuar culposo del imputado Cruz Cruz, la señora Navarro Mora sufrió una ruptura uterina con muerte de quien llevaría por nombre Innominado Navarro Mora, (sic) al darse una desproporción cefalopélvica (entre la cabeza del feto y el canal del parto materno). 4.- El día siguiente, veinticuatro de febrero de 2001 (sic) a eso de las siete de la mañana, nace el producto por medio de una cesárea practicada a su madre, realizándose maniobras médicas de resucitación, con resultados negativos ya que el acusado había remitido a la paciente a sala de maternidad donde pasó toda la noche sin su debida supervisión, siendo que cuando

comunicó lo sucedido ya era demasiado tarde para salvar la vida del menor ... Esto hace que las conclusiones de la autopsia tengan aún más trascendencia en el sentido de que hubo ruptura uterina con muerte de feto ... Quien fallece cuenta con cuarenta y un semanas de gestación y muere en el seno materno ..." (cfr. folio 167, línea 14 en adelante; folio 195, líneas 2 y 3; y folio 196, líneas 17 y 18). Como se colige de lo transcrito, es claro que en la sentencia de mérito se tuvo por acreditado, a partir de la prueba testimonial y de las conclusiones que se plasmaron en la pericia médico legal (autopsia), que a consecuencia de la conducta violatoria del deber de cuidado en la que incurrió el acusado, el menor ofendido falleció durante el proceso de parto, ello antes de salir del claustro materno. Tan cierto es lo anterior, que en la sección del fallo destinada al análisis de derecho y tipicidad, el propio tribunal expuso las razones jurídicas a partir de las cuales estimaron que, no obstante tal circunstancia, en este caso el ofendido debe ser considerado como "persona" y, por ello, la acción calificaría entonces como un delito de homicidio culposo. Al respecto, el órgano de mérito señaló: "... El nasciturus en nuestro medio es considerado persona. Para dejar claro este punto hay que hacer referencia al concepto de persona y de vida. Dentro de nuestro ordenamiento y con un rango superior a la ley, la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 4.1: "... 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 consideración del no nacido como persona, a efectos de determinar la presencia de ese elemento de la tipicidad objetiva, no sólo deriva de dicha norma del derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino de la contemplada en otros instrumentos de igual rango, sino también de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. Concretamente del voto 2306-2000 de quince y veintiuna horas del quince de marzo de dos mil, luego de concluir que todo concebido es persona y por tanto la tutela del derecho a la vida le cubre, sostiene: "El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella -formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia" ..." (cfr. folio 1967, línea 18 en adelante). Conforme se puede inferir de lo expuesto, en el presente caso se plantea la discusión entre el concepto de "persona" que por un lado maneja la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la que a su vez incorpora el Código Penal (y la doctrina que lo informa), siendo claro que con respecto a la primera, el segundo es una norma de

rango inferior. En este sentido se advierte que los artículos 111, 117, y 118 a 122, todos del Código Penal, parten de una clara distinción entre los conceptos de "persona" (sujeto pasivo de la figura de homicidio, ya sea doloso o culposo), y de "feto" (sujeto pasivo de las figuras de aborto, en sus distintas modalidades). 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 herméticas, 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. En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones. En este sentido se ha dicho: "... En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un aborto. Al respecto existen varios criterios. Unos indican que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño (así Peña Cabrera ... Cuello Calón ... Ranieri ... Breglia y Gauna ... Núñez ... Maggiore ... Soler ... Fontán ... Creus ... Laje Anaya ... Manigot ... Acevedo Blanco ... Martínez Brenes ... Rojas Sánchez y otros. Debe tenerse en cuenta que las dos últimas investigaciones citadas son de autores costarricenses). Esta posición es dominante en Argentina ... Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde ...). Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... 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, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ..." (Rivero Sánchez (Juan Marcos) u otro, " COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ", editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989. Págs. 1, 2, 71 y 72). Esta sería la posición que parece defender el impugnante, quien argumenta que en vista de que el ofendido falleció dentro del seno materno (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente de la cavidad uterina), no llegó a adquirir la condición de "persona", de tal manera que por tratarse de un

“feto” no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura del aborto culposo. 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.

Lo anterior implica que la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal no tiene por qué partir de un análisis teórico diverso a éste, como el que propugnan los autores que se comentan (cfr. *ibid*, pág. 2), ya que esta última ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado (con la expulsión del claustro materno), pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento. Es ésta la tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal: “... Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados - ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida - no acreditan que la conducta desplegada por el doctor (...) ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. En este caso no se mató a una persona, sino al producto de la concepción - feto - que no tuvo vida independiente, por lo que no había adquirido la categoría jurídico penal de persona, resultando los hechos atípicos ... la norma contenida en el numeral 122 *eiusdem* se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiéndose por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. No cabe en consecuencia duda alguna, contrario a lo que señalan los recurrentes, que en la especie, el actuar culposo del imputado, se egó la vida de una persona, de un niño, desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor ..., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la

pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno - ver Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial . Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140 - Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de aborto, a efecto de poder distinguirlo del homicidio; así, 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. 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 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 - Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial - Varela, Bernardo C.. Homicidio Simple . Buenos aires. Lerner 1968, página 19 - 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" "...", voto N° 791-01, de las 10:10 horas del 20 de agosto de 2001. Así las cosas, 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. Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo." Siendo así, no es cierto, entonces, que el hecho conocido en esta causa fuera eventualmente constitutivo de un aborto culposo, sino en realidad de un homicidio culposo, cuya pena mayor es, de acuerdo con el artículo 117 del Código Penal, de ocho años de prisión, los cuales no se habrían cumplido en su modalidad ordinaria, ni en el plazo reducido a la mitad (de acuerdo a lo postulado por el artículo 33 del Código Procesal Penal), pues la indagatoria tuvo lugar el 19 de septiembre de 2001 (folio 46) y el señalamiento de la audiencia preliminar el 18 de marzo de 2003 (folio 95), para desembocar en la sentencia del 16 de marzo de 2005 (folios 588 y siguientes). Por ende, ni el plazo ordinario de ocho años, ni el reducido de cuatro años, habrían transcurrido entre cada una de las causas interruptoras de la prescripción.

Por Tanto:

Se declara sin lugar la casación interpuesta.

c) *Sobre la complicidad en el aborto con consentimiento*

[SALA TERCERA]⁴

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Exp: 91-000907-0006-PE

Res:V-268-F-92

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas veinticinco minutos del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y dos.-

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Alvaro Cortés Solano, mayor, casado, médico, cédula 4-069-215, vecino de Limón, hijo de Rafael Cortés Chacón y Adriana Solano Soto, por los delitos de Aborto Consentido en perjuicio de Innominado Pérez Gómez, e Innominado Pandiella Dabb; y María Luisa Zamora Márquez, mayor, casada, artesana, cédula 1-307-139, vecina de San José, hija de Gabriel Zamora Hernández y Gloria Elena Márquez, cuatro delitos de Aborto Consentido y un delito de Homicidio Simple, cometidos en daño de Nelly Jiménez Brenes. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Daniel González Álvarez, Presidente, Jesús Alb. Ramírez Quirós, Mario Alb. Houed Vega, Alfonso Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge. También intervienen, el Licenciado Luis Alberto Azofeifa Solís defensor del sentenciado Cortés Solano, la sentenciada Zamora Márquez y el Licenciado Jorge Segura Román, en representación del Ministerio Público.

Resultando:

1.- Que el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera de esta ciudad, en sentencia N ° 242-91, dictada a las diez horas cuarenta y cinco minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y uno, resolvió, "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, pruebas recibidas y artículos 39 de la Constitución Política; 1, 22, 30, 45, 47, 59, 60, 71 a 74, 76, 93 inciso 4 °, 118 inciso 2 ° y 120 del Código Penal; 1, 393, 395 a 397, 399 y 543 del de (sic) Procedimientos Penales, por el resultado de los votos emitidos, por unanimidad, se declara a LIGIA JIMÉNEZ BRENES y a FANNY PEREZ GOMEZ, autoras responsables cada una de ellas del delito de ABORTO HONORIS CAUSA cometidos respectivamente en perjuicio de INNOMINADO JIMENEZ BRENES y de INNOMINADO PEREZ GOMEZ, y en tal carácter se las condena a sufrir a la primera UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION y, a la segunda, UN AÑO DE PRISION.- Por igual resultado de votos se declara a ALVARO CORTES SOLANO, cómplice responsable de dos delitos independientes, en concurso material, ambos de ABORTO CONSENTIDO, cometidos en perjuicio de INNOMINADO PEREZ GOMEZ y de INNOMINADO PANDIELLA

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

DABB, y en tal carácter se lo condena a sufrir UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION por cada uno de ellos, sean en total TRES AÑOS DE PRISION .- Reuniendo las convictas Jiménez Brenes y Pérez Gómez los requisitos que establecen los artículos 59 y 60 del aludido Código Penal, se les concede el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena de prisión impuesta, sometiéndolas a un período de prueba de tres años a cada una, debiéndoseles formular las advertencias legales del caso; beneficio que no procede respecto al imputado Cortés Solano, en razón de presentar una condenatoria anterior.- Por igual votación se declara a MARIA LUISA ZAMORA MÁRQUEZ , autora responsable de cuatro delitos de ABORTO CONSENTIDO y uno de ABORTO AGRAVADO POR MUERTE , todos ellos en concurso material, cometidos respectivamente en daño de los INNOMINADOS FLORES GARCIA , JIMENEZ BRENES , PANDIELLA DABB y PEREZ GOMEZ y de INNOMINADO JIMENEZ BRENES y NELLY JIMENEZ BRENES, y en tal carácter se la condena a sufrir por cada uno de los cuatro abortos consentidos dos años de prisión y CUATRO AÑOS DE PRISION por el aborto agravado por muerte, sea un total de DOCE AÑOS DE PRISION. Penas que descontarán los convictos en el lugar y forma que indiquen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva ya cubierta. Se los condena asimismo al pago de ambas costas del juicio y, firme el fallo, se inscribirá en el Registro Judicial de Delincuentes.- Por improcedente y en razón de lo expuesto se declara sin lugar el incidente de nulidad planteado por el Licenciado Luis Alberto Azofeifa Solís contra el auto de procesamiento dictado por el Juzgado Segundo de Instrucción de Limón, a las siete horas treinta minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve. Por no estar de acuerdo el Tribunal en la petición, se deniega el Perdón Judicial solicitado a favor de sus patrocinadas los defensores (sic) de Ligia Jiménez Brenes y Fanny Pérez Gómez. Expídanse testimonios y copias de estilo. LIC. MANUEL ALVARADO BLANCO, PRESIDENTE; DR. GERARDO CALVO PICADO; LIC. CARLOS BOZA MORA; RODOLFO QUIROS VARGAS , PROSECRETARIO".

2.- Que contra el anterior pronunciamiento, interpusieron recurso de casación y adhesión en ambos extremos el defensor del sentenciado Cortés Solano y la condenada Zamora Márquez, respectivamente. El defensor del imputado Cortés Solano en el primer motivo de su impugnación, reclama violación de los numerales 110 y 460 en relación con el 400 inciso 3, 471 inciso 2) y 483 del Código de Procedimientos Penales y 39 y 41 de la Carta Magna, porque a su defendido le fue revocado el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena. En el segundo y cuarto motivos, conjuntamente reclama la violación de los

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

artículos 120, 119, 118 inciso 2), 74, 1 y 2 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, pues dice el recurrente que al encartado Cortés Solano se le condenó como cómplice de dos delitos de aborto honoris causa, por lo que incorrectamente se aplicó la pena al primero, ya que él era cómplice del delito atribuido a Fanny y a Nilda Pandiella quedando de esta manera con una pena superior a la de Fanny, ya que se le sancionó en relación con el delito y las penas impuestas a la encartada Zamora Márquez. En el tercer motivo, alega inobservancia del numeral 397 párrafo segundo en relación con los artículos 471 inciso 2), 145 inciso 3) del Código de Procedimientos Penales y 39 de la Constitución Política, porque los hechos calificados en el requerimiento se hicieron con base en otra norma penal y no con la que correspondía, y por ello lo que correspondía era una nueva requisitoria. En el quinto y último motivo por la forma reclama violación de los numerales 373, 400 inciso 3) del Código de Procedimientos Penales en relación con el 39 de la Constitución Política, porque el tribunal fundamentó el fallo en prueba no incorporada legalmente al debate. En lo referente a la adhesión de la sentenciada Zamora Márquez, en cuanto al fondo, en el primer motivo se reclama violación de los artículos 39 de la Constitución Política, 2, 45, 118 inciso 2) del Código Penal y 471 inciso 1) y 482 del Código de Procedimientos Penales, porque el Tribunal impuso una pena más alta que la solicitada por el representante del Ministerio Público. En el segundo motivo, dice la recurrente que se vulneraron los artículos 39 de la Constitución Política, 1 y 118 inciso 2) del Código Penal y 471 y 482 del Código de Procedimientos Penales, dado que el tribunal modificó la calificación jurídica contenida en el requerimiento de elevación a juicio, sin hacer ninguna referencia al respecto.

3.- Que verificada la deliberación respectiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala se planteó todas las cuestiones formuladas en el recurso.-

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el Magistrado Castro Monge y,

Considerando:

I.- Recurso interpuesto por el Licenciado Luis Alberto Azofeifa Solís, en su condición de defensor del encartado Alvaro Cortés Solano. Recurso por la forma: Reclama la violación de los artículos 110 y 460 en relación con el 400 inciso 3), 471 inciso 2) y 483 todos del Código de Procedimientos Penales en relación con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, pues dice don Luis Alberto, que incorrectamente a través de la adición del fallo, se revoca al imputado Cortés Solano la concesión del beneficio de ejecución condicional, con lo que se modificó lo resuelto. El reproche no resulta de recibo. Si bien es cierto se aprecia en el expediente la existencia de dos "Por Tantos" contradictorios entre sí (ver folio 1385 en relación con el 1406), tal situación en este caso, no reviste ninguna trascendencia, ya que aunque resulta evidente el error del Tribunal al conceder en primer término el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena a favor del encartado Cortés Solano, ese beneficio resultaba ilegal por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal, al no ostentar el beneficiado la condición de delincuente primario. En efecto, bajo este parámetro no sólo carece de interés el reclamo, pues la resolución final es correcta, señalando las razones que se tomaron en consideración para no otorgar el beneficio a Cortés Solano con arreglo a derecho y corrigiendo así el error inicial de los juzgadores, sino que tampoco se observa ningún tipo de indefensión del imputado, ya que la certificación de juzgamientos fue del conocimiento suyo y de su defensor e incluso en las conclusiones, el Licenciado Azofeifa Solís no solicitó a favor de su patrocinado el beneficio tantas veces aludido (ver folio 1383 frente, líneas 21 a 27). Cabe destacar, no obstante lo expuesto, que la actuación del tribunal no fue la más indicada, ya que por vía de adición y aclaración no resultaba pertinente modificar la parte dispositiva leída originalmente al concluir el debate, pero sin embargo, en vista de lo anterior y ante la evidente falta de interés que revestiría una nulidad de esta naturaleza por un error que ya fue corregido (aunque de manera incorrecta), además de que resolver en contrario a lo que aquí se dispone, implicaría mantener la concesión de un beneficio ilegalmente otorgado, por lo que de acuerdo con lo expuesto, debe rechazarse el reclamo. Sin embargo, se llama la atención al Tribunal para que evite volver a incurrir en este tipo de situaciones, en lo sucesivo.

II.- Se alega la inobservancia de los artículos 500, 502 y 511 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 59 del Código Penal, al revocar el a-quo el beneficio de ejecución

condicional de la pena, sin la observancia de los trámites correspondientes y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal. Tampoco resulta de recibo este reclamo. En este caso no se trata de una revocatoria del beneficio de la condena de ejecución condicional de la pena, pues para que ésta se dé, resulta indispensable que el encartado haya gozado del beneficio, lo que no ocurrió en este caso. Cabe reiterar en este extremo los argumentos en ese sentido, contenidos en el considerando que antecede. En consecuencia, se rechaza este extremo.

III.- Bajo el título Falta de correlación entre la sentencia y requerimiento, se alega la inobservancia del artículo 397 párrafo segundo, en relación con los artículos 471 inciso 2), 145 inciso 3) del Código de Procedimientos Penales, y 39 de la Constitución Política, pues en el requerimiento se calificaron los hechos cometidos bajo otra norma legal distinta a la determinada en sentencia, por lo que en relación con el encartado Cortés Solano, resultaba indispensable la remisión del proceso, para formular una nueva requisitoria. El reclamo no es de recibo. La argumentación esgrimida por el impugnante, se circunscribe a reclamar que no coinciden acusación y sentencia, al haber modificado el tribunal de mérito la calificación jurídica contenida en la primera. Tal proceder, de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 397 del Código de rito resulta procedente, siendo diferente el caso de que el juzgador aprecie que el hecho acusado es diverso del que resultare en el debate; sin embargo, en este caso eso no ocurre, ya que los hechos acusados no son esencialmente distintos de los contenidos en el fallo, acerca de la participación del imputado Cortés Solano en los sucesos que se investigó. Cabe destacar además, que no resultó vulnerado su derecho de defensa, por la actuación de los juzgadores, quienes como se indicó, actuaron de acuerdo con lo establecido en la normativa procesal penal. Por lo expuesto, se declara sin lugar este motivo.-

IV.- Violación del Debido proceso. Se reclama violación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 339, 145 inciso 3), 146 párrafo 2), 395 inciso 1) y 400 inciso 2) del Código de Procedimientos Penales, pues "al imputado Cortés Solano nunca se le atribuyó complicidad alguna en el Delito de Aborto consentido que ahora le impone la sentencia recurrida... pues tal delito no pudo darse por parte de las encartadas Pandiella y Pérez que se procuraron sendos abortos, sino por la indiciada por ese delito,

quien supuestamente causó los abortos con consentimiento de aquellas. Pero por esa delincuencia no se le atribuyó complicidad a mi defendido en los requerimientos y procesamientos respectivos". Tales reproches no resultan de recibo. Conforme se expuso en el considerando anterior, no se está en presencia de un caso de inobservancia del derecho de defensa o el debido proceso en el razonamiento expuesto, con el que se pretende que bajo la circunstancia de que la calificación dada "a los mismos hechos", no fuera coincidente en todas las actuaciones procesales, se perjudicó al encartado Cortés Solano lo que no resulta exacto, ya que lo esencial es que el marco fáctico de que se trate, resulte coincidente, permitiendo así al encartado la posibilidad de ejercitar su defensa debidamente. Cabe agregar también, que la correlación exigida por ley debe darse entre acusación y sentencia y aquí se aprecia que el hecho acusado y el hecho por el que se condenó, son idénticos, o sea que ambos coinciden en su descripción fáctica, no siendo trascendente para los fines de la defensa, la calificación jurídica distinta que se haya dado al el suceso. Por lo anterior, procede rechazar este extremo de la impugnación, al no haberse dado las violaciones a las normas procesales y constitucionales que se alegó.

V.- En el último motivo por la forma, se reprocha la violación de los artículos 373, 400 inciso 3) del Código de Procedimientos Penales, en relación con el 39 de la Constitución Política, al fundamentarse el tribunal en prueba no incorporada legalmente al debate, a saber, la deposición de Nilda Pandiella Dabb, la cual no fue correctamente apreciada por los juzgadores y sin que se diera respuesta a algunas interrogantes. Carece de razón el alegato. El artículo 385 del Código de Procedimientos Penales dispone en lo conducente, que el Tribunal "podrá ordenar, aún de oficio, la lectura...; de las declaraciones prestadas por coimputados absueltos, condenados o prófugos, si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo; ...". En el caso de la encartada Pandiella Dabb, a folio 523 consta que fue declarado rebelde, por lo que el tribunal estuvo facultado para incorporar por lectura su deposición rendida en la instructiva, como efectivamente lo hizo (ver folio 1381 frente, líneas 9 a 12). Los demás argumentos esgrimidos, resultan manifiestamente improcedentes por dos razones esenciales: primero, porque se refieren más bien a aspectos de falta de fundamentación, que no guardan relación con las disposiciones legales citadas y segundo, porque los argumentos expuestos cuestionan expresamente la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de mérito, con el objeto de que esta Sala haga un nuevo análisis, lo que no es

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

posible en esta vía, según reiteradamente se ha establecido. (Ver al efecto resoluciones de esta Sala N ° V-20-F-91 de las diez horas con diez minutos del once de enero ; N ° V-78-F-91 de las diez horas del quince de marzo; V-235-A-91 de las once horas con once minutos del siete de junio y N ° V-387-A-91 de las once horas con veinte minutos del trece de setiembre, todas de mil novecientos noventa y uno). En consecuencia, se declara sin lugar el reclamo.

VI.- Recurso por el fondo. En el primer motivo, se reprocha la violación de los artículos 1 y 47 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, pues dice el recurrente que el imputado Cortés Solano, tanto en el caso de Fanny Pérez Gómez, como en el de Nilda Pandiella Dabb, se negó a cometer los abortos, limitándose a suministrar a las interesadas el nombre, la dirección y el número de teléfono de María Luisa Zamora Márquez, por lo que "El hecho descrito como probado en ambos casos, no pueden como califica el Tribunal constituir complicidad (sic), pues ésta tiene que darse en la etapa de ejecución del acto criminal y no constituye delito los actos preparatorios del delito ni son punibles pues la penalidad comienza en la tentativa del hecho jamás en las realizaciones llevadas a cabo para la comisión del hecho". El reclamo carece de razón. En este caso el tribunal no tuvo por acreditado que la actuación de Cortés Solano fuese un acto preparatorio sin mayor trascendencia, sino más bien que éste "...estaba de acuerdo con la co-encartada María Luisa Zamora Márquez, para remitirle pacientes que primeramente lo buscaban a él para efectuar abortos, dado que era algo conocido en Limón; pero debido a los problemas legales que había tenido por dicha actividad los rechazaba enviándoselos a ella" (ver folio 1404 frente, línea 19 a 22). Por eso, la circunstancia de que el imputado proporcionara los datos para localizar a la encartada Zamora Márquez, lejos de constituir un acto preparatorio como lo estima el impugnante, constituye su forma de colaboración para que ésta pudiese cometer delito, de manera que quien realizó los actos preparatorios, no fue el cómplice, sino más bien la autora de los hechos, quien dispuso de los medios necesarios para consumar el ilícito. En tal sentido, cabe citar a Enrique Bacigalupo, quien señala en su "Manual de Derecho Penal" que: "La participación presupone tomar parte en un hecho ajeno. Por ello, la participación tiene carácter accesorio"...", es decir, "...dependencia del hecho de los partícipes, del hecho del autor o los autores..." (Bogotá, Editorial Temis, 1984, pág. 201). En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, debe rechazarse el motivo.

VII.- Por versar los motivos segundo y cuarto sobre el mismo aspecto, se entran a conocer en un sólo aparte (ver folios 1439 y 1443). Se reclama la violación de los artículos 120, 119, 118 inciso 2), 74, 1 y 2 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, pues dice el recurrente que al encartado Cortés Solano se le condenó como cómplice de dos delitos de aborto consentido, pese a que a Fanny Pérez Gómez se le condenó por el delito de aborto honoris causa, por lo que incorrectamente se aplicó la pena al primero, ya que él era cómplice del delito atribuido a Fanny y a Pandiella Dabb (ésta última declarada rebelde), quedando de esta manera con una pena superior a la de Fanny, ya que se le sancionó en relación con el delito y las penas impuestas a la encartada Zamora Márquez. El recurrente carece de razón. La impugnación esgrimida, por incorrecta aplicación del derecho de fondo, resulta manifiestamente informal, pues pretende por este medio modificar el cuadro fáctico contenido en el fallo, al fundamentar su argumentación, sobre la base de que la complicidad atribuida al encartado Cortés Solano, se dio en relación con la actuación de Pandiella Dabb y Pérez Gómez, cuando el Tribunal arribó a la conclusión de que tal complicidad se dio "con la persona que practicaba tales abortos, sea María Luisa" (folio 1403 frente, líneas 3 a 6) actuando de enlace con ella, pues "el doctor Cortés Solano se negó a practicar él los abortos pero suministró en ambos casos a las interesadas el nombre, el número de teléfono y la dirección de la co-encartada Zamora Márquez, lo que hizo posible que los citados abortos pudieran ser efectuados" "(ver folio 1402 vuelto, líneas 12 a 16). Así las cosas, procede rechazar este motivo.

VIII.- En el tercer motivo, se alega violación del artículo 63 del Código Penal, al haber revocado incorrectamente el tribunal el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena otorgado a Cortés Solano, mediante adición del fallo. Estos, los argumentos esgrimidos por el recurrente. En cuanto a este aspecto se refiere, en virtud de lo resuelto en el considerando primero del recurso por la forma, al carecer de interés el reclamo resulta irrelevante cualquier pronunciamiento al respecto, por estar el fallo impugnado en cuanto al beneficio aludido ajustado a derecho, pese a la observación que ahí se hizo. En consecuencia, se rechaza el motivo.

IX.- Por último, en cuanto a la denegatoria del incidente de nulidad, se reprocha la violación de los artículos 39 y 42 de la Constitución Política, 88 del Código Penal, 357, 471 incisos 1) y 2), 483, 146, 145 inciso 3) todos del Código de Procedimientos Penales, pues en la causa seguida contra Alvaro Cortés Solano por

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

complicidad en las causas seguidas contra Nilda Pandiella Dabb y Fanny Pérez Gómez, se había dictado a su favor auto de Falta de mérito, por lo que el procesamiento dictado en su contra genera el surgimiento de "dos procesos paralelos sin que el cuadro fáctico hubiera sido modificado". Por otra parte, alega que si en el proceso contra Nilda ya había prescrito la acción penal, con mayor razón tal prescripción se debió dar en el caso de Cortés Solano, por lo que el tribunal debió dictar el sobreseimiento correspondiente, de igual manera que en la causa contra Pérez Gómez, "puesto que no cabía consideración alguna sobre la relación de Cortés con la coimputada Zamora Márquez"; estos los argumentos expuestos. El reproche no es atendible. Desconoce el impugnante los alcances del auto que dispone una "Falta de mérito", considerando que con éste, la situación jurídica del encartado queda totalmente definida, lo cual es incorrecto, pues la investigación debe continuar con el objeto de encontrar otros elementos de prueba, que permitan excluir la duda existente en el momento de ordenar la falta de mérito, ya sea dictando un auto de procesamiento o una sentencia de sobreseimiento, según sea el caso. En efecto, a folio 848 aparece la resolución que dispuso una falta de mérito a favor del encartado Cortés Solano; sin embargo, posteriormente, consta a folio 994, sin que se trate de procesos separados, que el Juzgado Segundo de Instrucción de Limón dictó el procesamiento simple en su contra, en relación con los abortos de Pérez Gómez y Pandiella Dabb, no con fundamento en otros hechos, sino como consecuencia de la prueba aportada a los autos y luego se ordenó, según consta a folio 1008, la elevación a juicio correspondiente. Ahora bien, tratándose de la prescripción, ésta opera de manera separada para cada quien en el caso de varios imputados, por lo que los argumentos en relación con las prescripciones operadas en otras causas, no son de recibo, aunado a que en su caso tal situación no se aprecia, ya que los hechos que se le atribuyó acaecieron el 24 de abril y el 15 de mayo, ambos del año 1988 y el procesamiento en contra de Cortés Solano fue dispuesto el 21 de diciembre de 1989, interrumpiéndose así el término de la prescripción de la acción penal, la cual volvió a interrumpirse el 4 de abril de 1990, con el requerimiento de elevación a juicio, lo que basta para determinar que no hubo prescripción a su favor. Por último, en cuanto a la alusión que se hace en relación con la causa tramitada contra la imputada Zamora Márquez, debe reiterarse lo expuesto en tal sentido en los considerandos anteriores. Procede de acuerdo con lo indicado, el rechazo del reclamo.

X.- Adhesión interpuesta por la encartada María Luisa Zamora Márquez (folios 1463 y siguientes). Recurso por el fondo: en el primer motivo se reprocha la violación de los artículos 39 de

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

la Constitución Política, 2, 45, 118 inciso 2) del Código Penal, 471 inciso 1) y 482 del Código de Procedimientos Penales, al haber concedido el tribunal más de lo pedido por el Ministerio Público y condenar así a Zamora Márquez por un aborto procurado en daño de Innominado Jiménez Brenes, quien correspondería al hijo de Ligia Jiménez Brenes, caso en el que se dio una incorrecta apreciación de la prueba. El reparo resulta manifiestamente improcedente. La argumentación no resulta pertinente porque se trata de aspectos de forma no atendibles en un reclamo de esta naturaleza. Además, se alude una serie de elementos probatorios, que estima la impugnante no fueron valorados correctamente por los juzgadores, incidiendo así en el cuadro fáctico contenido en sentencia. Cabe indicar no obstante lo expuesto, que la calificación dada por el Ministerio Público no restringe la posibilidad del tribunal, conforme se expuso en uno de los considerandos anteriores, de darle una calificación distinta a los hechos contenidos en la acusación, no pudiéndose considerar tal proceder como un caso ultra petita como se ha alegado, por lo que no resulta vulnerado el principio constitucional de cita. Por lo expuesto, se rechaza este motivo.

XI.- Bajo el título Falta de tipicidad al atribuir la comisión del delito de aborto agravado por muerte, se cita la vulneración de los artículos 39 de la Constitución Política, 1 y 118 inciso 2) del Código Penal, 471 inciso 1) y 482 del Código de Procedimientos Penales, al haber modificado el tribunal la calificación jurídica contenida en el requerimiento de elevación a juicio, sin hacer ninguna referencia al respecto, no dar la fundamentación jurídica de por qué se imputa a Zamora Márquez el delito de aborto agravado por muerte. Obviamente, el reclamo resulta inadmisibles, pues se alega por esta vía aspectos relativos a un recurso por la forma, con la cita de las disposiciones legales pertinentes. Debe indicarse que en cuanto a la modificación de la calificación jurídica, se reitera en este extremo las indicaciones contenidas en el considerando tercero de este fallo. De acuerdo con lo expuesto, se declara sin lugar el reclamo.

XII.- En el último motivo, se indica la violación de los artículos 471 inciso 1), 482 del Código de Procedimientos Penales, 80 inciso 3), 82 inciso 2), 83 y 88 del Código Penal, 39 y 42 de la Constitución Política, ya que el procesamiento dictado contra Zamora Márquez en la causa seguida contra ella y Margarita Flores García es nulo, por cuanto se calificó el delito como aborto procurado y que además María Luisa no podía ser la autora de tal delito, sumado a que dicho procesamiento no resulta concordante con el requerimiento fiscal, por lo que la acción penal se encuentra extinguida por prescripción. El reclamo tampoco

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

resulta procedente. Basta indicar que la correlación que aquí se tutela, se debe dar entre la sentencia y el requerimiento, no así entre este último y el procesamiento, como lo pretende la impugnante. Por otra parte, no opera en este caso la prescripción a que se alude, pues los hechos por los que se procesó a la encartada Zamora Márquez, correspondían al delito de aborto consentido (artículo 118 del Código Penal), y no al de aborto procurado, pues como bien lo estima la impugnante, ella no estaba embarazada. En síntesis, el aspecto de que la calificación contenida en el procesamiento (folio 329) fuera incorrecta, en nada afectó el derecho de defensa de la imputada Zamora Márquez, pues ésta tuvo pleno conocimiento de los hechos que se le atribuyó. En consecuencia, se rechaza este motivo.

Por Tanto:

Se rechazan los recursos interpuestos.

Daniel González Alvarez

Jesús Alb. Ramírez Quirós

Mario Alb. Houed Vega

Alfonso Chaves Ramírez

Rodrigo Castro Monge

Ricardo Salas Porras

Voto Salvado del Magistrado Chaves Ramírez

El suscrito Magistrado salva el voto, pronunciándose en los siguientes términos: Se alega en el recurso por la forma, violación de los artículos 110 y 460 en relación con el 400 inciso 3), 471 inciso 2) y 483 del Código de Procedimientos Penales, a su vez relacionados con los numerales 39 y 42 de la Constitución Política, pues se aduce que incorrectamente a través de la adición del fallo, se revocó al imputado Cortés Solano, la concesión del beneficio de condena de ejecución condicional, con lo que se modificó lo resuelto. A juicio del suscrito, debe admitirse ese alegato. Si en el por tanto emitido luego del debate, porque se difirió la lectura íntegra de la sentencia para otra fecha (folio 1385), se otorgó, aunque erróneamente (por no ser el imputado Cortés Solano, delincuente primario), el beneficio de Condena de Ejecución Condicional, no se podía modificar lo resuelto, en la adición del por tanto, pues tal actuación puede realizarse "si se

hubiese omitido resolver algún punto controvertido en el juicio", siempre que no importe una modificación de lo resuelto, cuestión que no ocurre en el presente caso, pues se resolvió un punto que ni siquiera fue discutido, es decir, de oficio el tribunal otorgó la indicada gracia, y además, al adicionarse el por tanto, denegando el beneficio previamente concedido, se modificó lo resuelto. Se concuerda con la mayoría de la Sala, en que la concesión de la Ejecución Condicional fue mal dispuesta, pero se difiere en que la resolución que adiciona el por tanto, no causa indefensión al imputado, y que su reclamo carece de interés, pues con esta argumentación, se está avalando la modificación de lo originalmente resuelto. Evidentemente, entonces, el recurso está formulado para que la Sala de Casación anule la resolución que viola el artículo 110 del Código de Procedimientos Penales (que en lugar de adicionar, modificó lo resuelto), cumpliendo el recurrente con lo exigido por el artículo 477 ibídem, y por ello, al resolver en contrario, también transgrede la Sala el artículo 459 ejúsdem, pues está excediendo, en su conocimiento, los puntos de la resolución a que se refieren los agravios. El remedio para corregir la deficiencia en la resolución del tribunal, lo era la interposición del recurso por parte del Ministerio Público, lo cual no hizo, pues se conformó con una actuación anómala del Tribunal. Por ello, debe concluirse que el reclamo ni carece de interés, y sí le causa indefensión al imputado, y por lo expuesto, declaro con lugar el recurso y decreto la nulidad de la resolución de las diez horas cincuenta minutos del quince de noviembre de mil novecientos noventa y uno, quedando subsistente la condena de ejecución condicional, otorgada a favor de Cortés Solano.

d) Sobre la estimación de la Sala de que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida

[SALA CONSTITUCIONAL]⁵

Exp: 02-007331-0007-CO

Res: 2004-02792

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

marzo del dos mil cuatro.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Gustavo González Solano, mayor, cédula de identidad número 1-847-709, vecino de San José, abogado, contra los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. Interviene también en el proceso, Farid Beirute Brenes en representación de la Procuraduría General de la República.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el cuatro de setiembre del dos mil dos, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. Alega que dichos artículos contravienen en primer lugar el artículo 33 de la Constitución Política, además de los artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y lo dispuesto en la sentencia número 2306-2000 emitida por la Sala Constitucional. Respecto del artículo 33 de la Carta Fundamental se reclama que las normas legales discutidas, contenidas en los Códigos Penal y Civil, plasman una diferencia de tratamiento, empleando como fundamento una distinción entre persona y feto, pero dicha distinción de acuerdo con la propia Sala Constitucional es inconstitucional por ser contraria al derecho de la Constitución, tal y como quedó claramente señalado en la sentencia 2306-2000. Dicha jurisprudencia es vinculante de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción, de modo que debe aplicarse por parte de los jueces, según lo dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo cual lo dispuesto por las normas jurídicas impugnadas lo es en clara infracción a las reglas citadas. Agrega el accionante que " al pretender tratar a seres iguales (dado que pertenecen a una misma categoría que es la categoría de persona, con el mismo bien jurídico vida), de modo desigual, se produce una violación del artículo 33 de la Constitución Política que establece el principio de igualdad (y de justicia) que como derecho fundamental tienen todos los individuos nacidos o no nacidos". Agrega que el artículo 121 del Código Penal es inconstitucional pues establece la no punibilidad del aborto practicado con consentimiento de la mujer, por médico, cuando se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud de la madre, con lo que perime el derecho a la vida a favor de un simple derecho a la salud de la madre, cuando es claro que la vida tiene mayor importancia. En relación con el artículo 31 del Código Civil

señala que la norma le otorga la calidad de persona al que nace viva, con lo cual contraviene lo dispuesto por la sentencia 2306-2000 que dijo que se es persona desde el momento de la concepción. Con ello se produce entonces la infracción del artículo 33 Constitucional, que señala que toda persona es igual ante la ley.

2.- La Procuraduría General de la República rindió su informe en el cual señala que no existe posibilidad de entender que los artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional o la resolución número 2306-2000, sean empleados como parámetros de constitucional. Así, el reclamo en realidad se limita a la violación del principio de igualdad por parte de las normas discutidas. En ese último sentido, se afirma que la labor de elegir cuales conductas han de ser criminalizadas le corresponde en un Estado democrático al legislador, quien, apego a principios como la legalidad penal, existencia de daño a tercero, proporcionalidad y humanidad de la pena, entre otros, tiene sobre si la tarea de fijar el grado de la respuesta penal del Estado ante la infracción penal, siempre como se dijo con los límites impuestos por la normativa constitucional o bien internacional sobre el tema. En este caso, señala la Procuraduría en las normas impugnadas del Código Penal, se protege el bien jurídico vida y en tal sentido no hay ninguna diferencia de trato. Se trata de la muerte de un ser humano, pero lo que ocurre es que el legislador distingue las acciones empleando como parámetro la diferencia de desarrollo que existe entre el nacido y el no nacido. Ahora bien dadas esas circunstancias particulares el legislador ha decidido darles una respuesta penal más atenuada, sin que ello implique una lesión a la igualdad, dado que se trata de criterios válidos por objetivos y razonables, que han sido tomadas en cuenta para la fijación de la pena, lo cual no resulta constitucionalmente incorrecto. Se indica que en el caso del artículo 121 del Código Penal discutido, es cierto que elimina la punibilidad del aborto cometido en protección de la vida o la salud de la madre, pero ello se debe a que aquí están en juego bienes jurídicos de la misma categoría y el legislador ha considerado correcto optar por proteger a la madre. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 31 del Código Civil, se señala que esa norma lo que hace es definir un momento para el comienzo de la personalidad jurídica como concepto de derecho civil, sin que tenga ninguna relación con el tema tratado en la sentencia 2306-2000, sino más bien con la atribución de un derecho a la personalidad, que evidentemente no fue objeto de tratamiento por parte de la Sala.

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

2.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Mora Mora ; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. El accionante señala que su legitimación para acudir a la Sala surge del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción constitucional, en el tanto se trata "de un asunto en el cual no puede existir lesión individual y directa, sea a nivel individual o colectivo, dado que la naturaleza del asunto, que es la revisión del articulado del Código Penal y Código Civil, no permite que se analice esa situación". No obstante, es evidente que esta Sala debe verificar no solo este argumento del accionante sino también si se cumplen los presupuestos necesarios para acudir a la jurisdicción constitucional por la vía de la acción de inconstitucionalidad, pues la legislación ha establecido una serie de condiciones y requisitos que deben existir, como requisito esencial y previo a un pronunciamiento de fondo. En particular, resulta importante destacar que ha sido amplia la exégesis hecha por la Sala de las formas de legitimación establecidas por la ley, y que, para el caso concreto de párrafo segundo del artículo 75, se ha señalado que:

"lo que exige la jurisprudencia de esta Sala, es que "... cuando la disposición normativa que se impugna está destinada a concretizarse en numerosos y diversos casos de aplicación, que inciden directamente en la esfera jurídica de los individuos,..." es que se debe recurrir al artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es decir, a plantear el caso ante la Sala mediando un caso previo y concreto, en donde se haya invocado la inconstitucionalidad de la norma." (ver entre otras la sentencia número 2002-6506 de las catorce horas cincuenta minutos del tres de julio de dos mil dos).

En este caso, se discuten por una parte normas jurídicas que contienen sanciones penales y por otra una regla del Código Civil, pero todas ellas están notoriamente destinadas a producir efectos jurídicos únicamente por medio de su concreta aplicación a casos concretos individuales y directos. Ello hace que no estemos en los casos de una legitimación difusa ni colectiva, de manera que en

principio pareciera que la ausencia de un asunto previo amerita la declaratoria de inadmisibilidad de la acción. Sin embargo, la Sala ha analizado detenidamente las posibilidades reales que puede tener algún interesado directo, de acudir y obtener tutela judicial de los intereses en juego en esta acción y concluye que se trata de situaciones en extremo difíciles y remotas, de modo que -de forma práctica- puede señalarse que efectivamente no existe posibilidad viable alguna de incoar y producir un juicio base, como el que exige el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de esta jurisdicción. Así, resulta correcta la alegación del accionante en cuanto a que se trata de un caso en donde no existe posibilidad de abrir un proceso que sirva de base para la defensa del interés que se discute aquí, de modo que lo procedente es admitir esta acción de inconstitucionalidad, al amparo de la inexistencia de una lesión individual y directa -entendida en este caso como la virtual imposibilidad de reclamo en vía alguna- y entrar a resolver sobre el fondo de lo planteado.

II.- Objeto de impugnación. El accionante discute la normativa del Código Penal relacionada con el delito de aborto (artículos 118 a 121), y además el numeral 31 del Código Civil. En concreto los textos discutidos son los siguientes:

" Artículo 118 .- Aborto con o sin consentimiento .

El que causare la muerte de un feto será reprimido:

1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto había alcanzado seis meses de vida intrauterina;

2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer."

" Artículo 119 .- Aborto procurado .

Será reprimida con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina."

" Artículo 120 .- Aborto honoris causa .

Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión."
"

" Artículo 121 .- Aborto impune .

No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios."

" Artículo 122 .- Aborto culposo.

Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto."

También, el accionante reclama la inconstitucionalidad del numeral 31 del Código Civil que señala:

" Artículo 31 .- Existencia de las personas .

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. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal."

De los citados artículos el accionante se limita a señalar que resultan contradictorios con la resolución número 2306-2000 de la Sala Constitucional que estableció que los no nacidos se consideran personas, de modo que la distinción que las normas sancionatorias establecen en cuanto a la pena, son contrarias al artículo 33 Constitucional por tratar de manera distinta a una misma categoría de sujetos. Similar problema se plantea frente al artículo 31 del Código Civil en tanto establece una distinción inconstitucional cuando ya la Sala señaló que nacidos y no nacidos tienen el mismo estatus de persona.

III.- Sobre el Fondo.- El reclamo del accionante tiene su fundamento en la sentencia de esta Sala número 2306-2000 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil. Resulta importante entonces comenzar con una transcripción de lo que allí se dijo en relación con el tema en discusión:

"[...]

V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sin sentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto

(que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva –primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política . Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara

a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

"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."

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona "el nacimiento" . Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga "debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" . Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable".

VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense : Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento" , con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

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

El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".

"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en

tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella – formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia"

IV.- Para lo que interesa en este caso, el pronunciamiento anterior, realmente no produce innovación alguna, puesto que más bien, su autoridad deriva de las fuentes normativas vigentes que cita, a saber: el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Preámbulo y el artículo 6.1 de la Convención de Derechos del Niño, así como los artículos 12 y 13 Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley número 7739 de seis de enero de mil novecientos noventa y ocho. De la conjunción y sistematización de todas ellas se concluye (como lo hizo el pronunciamiento citado) que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos para efectos de darles el estatus de ser humano, equivalente al de persona, a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida. En igual sentido, no existe ninguna contradicción con las normas punitivas contra las que se dirige el accionante (el reclamo contra el artículo 31 del Código Civil se analiza más adelante), pues ellas tienen como objeto la criminalización de conductas que, desde la perspectiva del legislador, atentan contra el derecho a la vida; existe así hasta este punto, plena congruencia en nuestro ordenamiento jurídico el cual, en el ámbito constitucional y convencional dispone la protección del derecho a la vida de los seres humanos nacidos o no, lo cual se repite dentro del ordenamiento jurídico penal que penaliza las conductas que atentan contra ese derecho a lo largo de todo el tiempo que dura la vida del ser humano. No existe entonces ninguna infracción al derecho a la vida que quepa reclamar y el propio accionante así lo entiende al reclamar no contra una infracción a ese derecho, sino una lesión a derecho a

la igualdad de trato.

V.- La argumentación central del accionante en lo que se refiere al principio de igualdad, radica en señalar que previamente a la emisión de la resolución número 2306-2000, existía en nuestro ordenamiento una distinción entre feto y persona, la cual fue superada al emitirse dicho pronunciamiento, de manera que las normas jurídicas que tienen como fundamento dicha distinción, como las normas penales discutidas o bien que produzcan la diferenciación entre nacidos y no nacidos -como el artículo 31 del Código Civil- se han convertido en inconstitucionales por contradecir el principio de igualdad, al distinguir donde la resolución de la Sala prohíbe distinguir. No obstante, ese razonamiento contiene un error que ya se hizo ver anteriormente, y es que en realidad la sentencia 2306-2000 citada no vino a innovar en nada la situación jurídica de las personas en nuestro ordenamiento; de tal manera, no es cierto que antes del citado pronunciamiento al feto no se le considerase persona para efectos de proteger su derecho a la vida en sede penal, pues como se vio el tratamiento penal del aborto específicamente parte de la consideración de que estos delitos lesionan la vida de seres humanos. Por otra parte, el segundo elemento del razonamiento del accionante también resulta incorrecto en el tanto en que parte de la base de que para la penalización de conductas relacionadas con el derecho a la vida, el legislador no puede tomar en cuenta otras circunstancias diferentes de la calidad de persona de quien sufre la acción. Para esta Sala lo cierto es más bien lo contrario, dado que un simple vistazo por todo el elenco de penalizaciones asignadas a la comisión de delitos contra la vida, se observa una diversidad de montos que responde a gran cantidad de circunstancias distintas que son sumadas al hecho singularmente considerado de acabar con la vida de un ser humano. De esa manera al núcleo central de una acción consistente en dar muerte a una persona, se agregan muchas otras circunstancias diferentes que se suman para reprimirla en forma diferente según la naturaleza y relevancia de tales particularidades. Así, por ejemplo se toma en cuenta la voluntad del sujeto activo para distinguir el caso del homicidio culposo; la relación entre autor y víctima en el parricidio o del infanticidio o la particular condición y título del sujeto pasivo en el magnicidio, para mencionar solo algunas de las variantes. Todo esto sirve para concluir que es perfectamente factible rescatar y tomar en cuenta diferentes circunstancias y aspectos que, sumados al núcleo básico de la acción lesiva del bien jurídico vida, sirvan para el establecimiento de penas que sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva en cada una de sus variantes, por un

lado, y por otro, la pena con que se le ha de sancionar.

VI.- En tal sentido, cabe indicar que esa labor de ordenación y particular tasación de los valores y disvalores como antecedente para la delimitación de una mayor o menor intensidad con que la que vayan a castigarse las conductas calificadas de criminales así como la plasmación de todo ello en normas jurídicas, es el producto de concretas percepciones, sentimientos y creencias de una sociedad en un momento histórico determinado, y le corresponde al legislador como parte de una sus funciones primarias cual es la determinación de la política criminal, tal y como esta Sala ha tenido oportunidad de señalar en diferentes ocasiones (véase al respecto la sentencia número 10543-2001 del diecisiete de octubre de dos mil uno). Ahora bien, y aunque no existe ninguna alegación en ese sentido por parte del accionante, es innegable que en el ejercicio de esa labor legislativa existen límites infranqueables derivados tanto de la Constitución Política como del derecho internacional vigente; no obstante, en este caso particular, 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. En segundo lugar, se presenta en el caso de la persona no nacida una particular relación de absoluta dependencia con una segunda persona, la cual incluso se traduce en que en los primeros estadios de su desarrollo no podría incluso sobrevivir de otra forma y en los últimos estadios del desarrollo antes de nacer, esa relación de dependencia es, si no vital, por lo menos considerada la ideal y apropiada; esto acarrea una nueva circunstancia diferenciadora con otras situaciones que puede y debe ser válidamente tomada en consideración (de una u otra manera) en el tanto en que se hacen presentes y deben tenerse en cuenta, los derechos fundamentales de la madre, cosa que no ocurre en el caso de los homicidios en donde falta esa específica relación con otras personas y sus derechos fundamentales. En tercer lugar, cabe agregar a favor de la validez de la diferenciación en la intensidad de la sanción, el hecho de que ella responde, como se indicó, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente no solo de nuestra sociedad sino, en todas aquellas que componen nuestro entorno cultural, como puede

apreciarse de la simple revisión de la forma en que otros países latinoamericanos y europeos han legislado sobre el punto, siempre optando por una disminución en la reacción penal del Estado ante la lesión del derecho a la vida del no nacido. Con relación a este último argumento sin embargo, cabe aclarar que, por su naturaleza relativista, resulta evidente que no podría nunca colocarse sobre otros argumentos ni desbancar otros principios que la Sala ha reconocido como fundamento de nuestro ordenamiento y -en particular- no podría privar por sobre el respeto y consideración a la dignidad humana por ejemplo. Pero en cambio, es válido admitirlo y sumarlo cuando se trata -como en este caso- de juzgar sobre la proporcionalidad y adecuación de la reacción penal legislativamente establecida por el Estado, labor para la cual la particular conciencia social e histórica que la sociedad tenga sobre el tema debe, necesariamente emplearse como guía. Con otros términos, y esto es importante destacarlo aquí, la aceptación por parte de este órgano constitucional de los tres recién citados criterios de diferenciación como pertinentes y aplicables en este caso, toma en consideración de manera esencial, el hecho de que se está ante diferenciaciones que no van a producir ninguna víctima que deba sufrir o que vaya a sufrir alguna disminución o restricción en el disfrute actual o potencial de sus derechos fundamentales, como producto de la diferenciación realizada y, por esa misma razón, no puede decirse que exista afectación de su dignidad humana. Al no estar en juego ese extremo, sino más bien simplemente un tema de ajuste y proporción entre la gravedad que para la sociedad tienen las diferentes conductas a fin de castigar a los culpables de ellas, los argumentos arriba citados parecen suficientes a la Sala para reconocer la validez de la diferenciación hecha por el legislador para la pena a imponer con lo cual no debe entenderse que esta Sala se manifiesta de acuerdo o en desacuerdo con los montos específicos establecidos sino, más bien, que no encuentra que esa distinción que se ha hecho entre un grupo y otro de conductas según se aplique a personas nacidas y no nacidas, no alcanza a ser inconstitucional, sino que se ubica dentro del marco de legítima discrecionalidad del que goza el legislador en estos aspectos.

VII.- Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un

peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida. Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.

VIII.- Finalmente, se reclama la inconstitucionalidad del artículo 31 del Código Civil, en tanto señala que contraviene el principio de igualdad al tratar de forma diferente a las personas en razón de si han nacido o no, lo cual contraviene la sentencia 2306-2000. Sin embargo para la Sala basta citar ese mismo texto para desvirtuar lo dicho por el accionante. Dice la sentencia recién citada en lo conducente:

" VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense : Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su estatus de persona."

Así las cosas, el tema de la congruencia del artículo 31 del Código Civil y el derecho de la Constitución, fue analizado por parte de la Sala que interpretó, de manera parca pero suficiente, que es justamente con la segunda frase del artículo, que al no nacido se le está reconociendo su estatus de persona tal y como lo requieren las normas y principios constitucionales . Por otra parte, no existe ninguna razón para cambiar ahora de criterio en relación con lo dicho en esa sentencia y tampoco sería congruente hacerlo en esta acción en la que más bien el accionante pretende justamente que se indique por parte de la Sala que la persona no nacida tiene derechos desde que es concebida tal y como se expuso en el pronunciamiento citado. Por todo ello también en este aspecto la acción debe declararse sin lugar. Salva el voto el Magistrado Volio Echeverría y rechaza de plano la acción.-

Por tanto:

Se declara sin lugar la acción.

FUENTES CITADAS

- ¹ Asamblea Legislativa. Código Penal. Ley :4573 del 04/05/1970
- ² SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2004- 00442. San José, a las once horas del siete de mayo de dos mil cuatro. Exp:00-200086-0456-PE
- ³ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res Resolución s del catorce de noviembre de dos mil cinco. Exp: 01-200114-0414-PE
- ⁴ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución:V-268-F-92 San José, a las nueve horas veinticinco minutos del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y dos. Exp: 91-000907-0006-PE
- ⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2004-02792. San José, a las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro. Exp: 02-007331-0007-C0