

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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: FETICIDIO

**RESUMEN:** EL presente trabajo desarrolla el tema del Feticidio. En el análisis se incluye el concepto, luego trata el tema relacionado con el delito intermedio, la regulación del aborto, y la diferencia entre persona y feto así como el inicio del ciclo de vida.

### Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
CONCEPTO.....	2
FETICIDIO COMO DELITO INTERMEDIO ENTRE EL ABORTO Y EL INFANTICIDIO.....	3
2NORMATIVA .....	4
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.....	4
CÓDIGO CIVIL.....	4
CÓDIGO PENAL.....	5
ABORTO CON O SIN CONSENTIMIENTO.....	5
ABORTO PROCURADO. ....	5
ABORTO HONORIS CAUSA. ....	6
ABORTO IMPUNE. ....	6
ABORTO CULPOSO .....	6
PERDÓN JUDICIAL. ....	6
3JURISPRUDENCIA.....	7
DIFERENCIA ENTRE PERSONA Y FETO.....	7
INICIO DEL CICLO DE VIDA .....	12

## 1 DOCTRINA

### CONCEPTO

"Acción y efecto de dar muerte a un feto."<sup>1</sup>

"...casi nadie ha pensado en la gran diferencia que existe entre la muerte del feto en los primeros meses del embarazo, y la muerte del mismo cuando ya se trata de un individuo con propiedades vitales para subsistir fuera del cuerpo materno. Desde el punto de vista de la pena es, según mi parecer, una acepción anticuada y falta de justicia.

(...)

El gran Médico Legista, Jefe Médico Examinador de la Ciudad de Nueva York, presente en este Congreso, Dr. Milton Helpern, escribió en 1955, en su texto de Medicina Legal la frase siguiente:

"No estaremos haciendo olvido del hecho de que existe un delito que debiera llamarse FETICIDIO".

El Código Penal de Nueva York se refiere al delito de infanticidio, pero si el feto ha sido destruido cerca de su madurez en una forma abortiva dentro del útero, puede el delito según las circunstancias catalogarse de Homicidio.

(...)

la muerte dolosa de un feto o de un recién-nacido, según el grado de desarrollo del mismo debe catalogarse en tres grados diferentes. No ofrece la menor duda que el matar a un niño en el vientre materno, el cual ha alcanzado casi su madurez y por lo tanto ya es viable, debe constituir un acto delictuoso de mucha mayor importancia que la destrucción de un embarazo en sus primeros meses. En primer lugar se mata a una persona que puede ya

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

existir a expensas de su madre. Las consecuencias también son mayores, pues el peligro de hemorragias, infecciones y lesiones de diferentes clases es mayor que en el aborto en los primeros días del embarazo.”<sup>2</sup>

“...El nacimiento, desde el punto de vista médico-legal, se extendería desde el momento en que el niño sale de las vías naturales y empieza a oxigenar su sangre por la actividad de sus propios pulmones, adquiriendo "vida independiente", para seguir a Nerio Rojas en su definición.

De ahí que exista un período que va desde el momento en que el feto es viable (28 ava. semana de vida intrauterina) hasta antes de salir de las vías naturales de la madre, que calificaría la muerte dolosa del producto de la concepción como "Feticidio" o "delito intermedio" (Acosta y Helpert)...”<sup>3</sup>

### **FETICIDIO COMO DELITO INTERMEDIO ENTRE EL ABORTO Y EL INFANTICIDIO**

“Por estos motivos es importante que la Medicina Legal Moderna y las Leyes de los tiempos actuales, procedan a la creación de un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio, graduando las penas, según el desarrollo de la víctima y denominando los diversos delitos en la forma siguiente:

1-Aborto: como la forma más leve de la interrupción del embarazo en un tiempo en el cual el feto no tenía propiedades vitales.

2-Feticidio: o la muerte criminal del niño en el útero de su madre después de su desarrollo y en un tiempo en el cual ya el producto de la concepción podía vivir independientemente de su madre.

3-El Infanticidio: o sea la muerte criminal del recién-nacido con las condiciones médico-legales de haber vivido y aquellas otras que las diferentes leyes especifiquen.”<sup>4</sup>

"...Cabría, de este modo, durante la gestación de todo ser humano y en el período inmediato a la culminación de la misma, la posibilidad de tres tipos de homicidio:

1. - ABORTO: desde la fecundación hasta la 28 ava. semana siguiente.

2.- FETICIDIO: desde la 28 ava. semana de gestación hasta el momento de adquirir vida independiente, esto es, que se corte el vínculo materno fetal, representado por el cordón umbilical

3. - INFANTICIDIO: desde el momento del nacimiento, vale decir, desde que adquiere vida independiente hasta 24 horas después. (Según nuestra legislación vigente).

Ya en paginas anteriores hemos explicado las características -del aborto y del infanticidio, antecedentes necesarios para comprender en todo su sentido esta trascendental materia del "delito intermedio" o "feticidio"..."<sup>5</sup>

## **2 NORMATIVA**

### **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA<sup>6</sup>**

ARTÍCULO 21.- La vida humana es inviolable.

### **CÓDIGO CIVIL<sup>7</sup>**

ARTÍCULO 31.- 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.

(Así reformado por Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2°. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2°, su número fue corrido del 13 al actual).

## **CÓDIGO PENAL<sup>8</sup>**

### **ABORTO CON O SIN CONSENTIMIENTO.**

#### ARTÍCULO 118.-

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.

### **ABORTO PROCURADO.**

#### ARTÍCULO 119.-

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.

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

---

**ABORTO HONORIS CAUSA.**

ARTÍCULO 120.-

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.

**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.

**ABORTO CULPOSO**

ARTÍCULO 122.-

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

**PERDÓN JUDICIAL.**

ARTÍCULO 93.-

También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos:

(...)

4) A quien haya causado un aborto para salvar el honor propio o lo haya producido con ese fin a una ascendiente o descendiente por consanguinidad o hermana;

5) A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación;

### **3 JURISPRUDENCIA**

#### **DIFERENCIA ENTRE PERSONA Y FETO**

"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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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 ejusdem se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiendo 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.

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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

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

---

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..."<sup>9</sup>

### **INICIO DEL CICLO DE VIDA**

"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 sinsentido 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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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 preembrión , pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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, no 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.

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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."

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,

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

---

tanto antes como después del nacimiento" . Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable".

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

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

---

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)...”<sup>10</sup>

“...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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

la igualdad de trato.

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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.

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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.

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

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

---

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.

Finalmente, se reclama la inconstitucionalidad del artículo 31 del

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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."<sup>11</sup>

### FUENTES CITADAS

- 1 DICCIONARIO DE LA REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA.( Consultado en línea)el miércoles 14 de marzo de 2007, en :[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=feticidio](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=feticidio)
- 2 ACOSTA Guzman Alfonso. Un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio. *Revista de Ciencias Jurídicas*.(11): 306, Julio 1968.
- 3 ECHEVERRÍA Hernández Gerardo. El feticidio: Consideraciones sobre un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1969.p 41.
- 4 ACOSTA Guzman Alfonso. Un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio. *Revista de Ciencias Jurídicas*.(11): 307, Julio 1968.
- 5 ECHEVERRÍA Hernández Gerardo. El feticidio: Consideraciones sobre un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1969.p 42.44.
- 6 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Costa Rica, de siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.
- 7 LEY 63. CÓDIGO CIVIL. Costa Rica, de 28 de setiembre de mil ochocientos ochenta y siete.
- 8 LEY 4573. CÓDIGO PENAL. Costa Rica, de cuatro de Mayo de mil novecientos setenta.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1267-2005, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil cinco.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°02306 , de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.
- 11 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°02792 -2004, de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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: FETICIDIO

**RESUMEN:** EL presente trabajo desarrolla el tema del Feticidio. En el análisis se incluye el concepto, luego trata el tema relacionado con el delito intermedio, la regulación del aborto, y la diferencia entre persona y feto así como el inicio del ciclo de vida.

### Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
CONCEPTO.....	2
FETICIDIO COMO DELITO INTERMEDIO ENTRE EL ABORTO Y EL INFANTICIDIO.....	3
2NORMATIVA .....	4
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.....	4
CÓDIGO CIVIL.....	4
CÓDIGO PENAL.....	5
ABORTO CON O SIN CONSENTIMIENTO.....	5
ABORTO PROCURADO. ....	5
ABORTO HONORIS CAUSA. ....	6
ABORTO IMPUNE. ....	6
ABORTO CULPOSO .....	6
PERDÓN JUDICIAL. ....	6
3JURISPRUDENCIA.....	7
DIFERENCIA ENTRE PERSONA Y FETO.....	7
INICIO DEL CICLO DE VIDA .....	12

## 1 DOCTRINA

### CONCEPTO

"Acción y efecto de dar muerte a un feto."<sup>1</sup>

"...casi nadie ha pensado en la gran diferencia que existe entre la muerte del feto en los primeros meses del embarazo, y la muerte del mismo cuando ya se trata de un individuo con propiedades vitales para subsistir fuera del cuerpo materno. Desde el punto de vista de la pena es, según mi parecer, una acepción anticuada y falta de justicia.

(...)

El gran Médico Legista, Jefe Médico Examinador de la Ciudad de Nueva York, presente en este Congreso, Dr. Milton Helpern, escribió en 1955, en su texto de Medicina Legal la frase siguiente:

"No estaremos haciendo olvido del hecho de que existe un delito que debiera llamarse FETICIDIO".

El Código Penal de Nueva York se refiere al delito de infanticidio, pero si el feto ha sido destruido cerca de su madurez en una forma abortiva dentro del útero, puede el delito según las circunstancias catalogarse de Homicidio.

(...)

la muerte dolosa de un feto o de un recién-nacido, según el grado de desarrollo del mismo debe catalogarse en tres grados diferentes. No ofrece la menor duda que el matar a un niño en el vientre materno, el cual ha alcanzado casi su madurez y por lo tanto ya es viable, debe constituir un acto delictuoso de mucha mayor importancia que la destrucción de un embarazo en sus primeros meses. En primer lugar se mata a una persona que puede ya

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

existir a expensas de su madre. Las consecuencias también son mayores, pues el peligro de hemorragias, infecciones y lesiones de diferentes clases es mayor que en el aborto en los primeros días del embarazo.”<sup>2</sup>

“...El nacimiento, desde el punto de vista médico-legal, se extendería desde el momento en que el niño sale de las vías naturales y empieza a oxigenar su sangre por la actividad de sus propios pulmones, adquiriendo "vida independiente", para seguir a Nerio Rojas en su definición.

De ahí que exista un período que va desde el momento en que el feto es viable (28 ava. semana de vida intrauterina) hasta antes de salir de las vías naturales de la madre, que calificaría la muerte dolosa del producto de la concepción como "Feticidio" o "delito intermedio" (Acosta y Helpert)...”<sup>3</sup>

### **FETICIDIO COMO DELITO INTERMEDIO ENTRE EL ABORTO Y EL INFANTICIDIO**

“Por estos motivos es importante que la Medicina Legal Moderna y las Leyes de los tiempos actuales, procedan a la creación de un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio, graduando las penas, según el desarrollo de la víctima y denominando los diversos delitos en la forma siguiente:

1-Aborto: como la forma más leve de la interrupción del embarazo en un tiempo en el cual el feto no tenía propiedades vitales.

2-Feticidio: o la muerte criminal del niño en el útero de su madre después de su desarrollo y en un tiempo en el cual ya el producto de la concepción podía vivir independientemente de su madre.

3-El Infanticidio: o sea la muerte criminal del recién-nacido con las condiciones médico-legales de haber vivido y aquellas otras que las diferentes leyes especifiquen.”<sup>4</sup>

"...Cabría, de este modo, durante la gestación de todo ser humano y en el período inmediato a la culminación de la misma, la posibilidad de tres tipos de homicidio:

1. - ABORTO: desde la fecundación hasta la 28 ava. semana siguiente.

2.- FETICIDIO: desde la 28 ava. semana de gestación hasta el momento de adquirir vida independiente, esto es, que se corte el vínculo materno fetal, representado por el cordón umbilical

3. - INFANTICIDIO: desde el momento del nacimiento, vale decir, desde que adquiere vida independiente hasta 24 horas después. (Según nuestra legislación vigente).

Ya en paginas anteriores hemos explicado las características -del aborto y del infanticidio, antecedentes necesarios para comprender en todo su sentido esta trascendental materia del "delito intermedio" o "feticidio"..."<sup>5</sup>

## **2 NORMATIVA**

### **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA<sup>6</sup>**

ARTÍCULO 21.- La vida humana es inviolable.

### **CÓDIGO CIVIL<sup>7</sup>**

ARTÍCULO 31.- 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.

(Así reformado por Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2°. Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2°, su número fue corrido del 13 al actual).

## **CÓDIGO PENAL<sup>8</sup>**

### **ABORTO CON O SIN CONSENTIMIENTO.**

#### **ARTÍCULO 118.-**

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.

### **ABORTO PROCURADO.**

#### **ARTÍCULO 119.-**

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.

**ABORTO HONORIS CAUSA.**

ARTÍCULO 120.-

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.

**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.

**ABORTO CULPOSO**

ARTÍCULO 122.-

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

**PERDÓN JUDICIAL.**

ARTÍCULO 93.-

También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos:

(...)

4) A quien haya causado un aborto para salvar el honor propio o lo haya producido con ese fin a una ascendiente o descendiente por consanguinidad o hermana;

5) A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación;

### **3 JURISPRUDENCIA**

#### **DIFERENCIA ENTRE PERSONA Y FETO**

“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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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

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

---

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

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

---

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 ejusdem se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiendo 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.

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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

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

---

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..."<sup>9</sup>

#### **INICIO DEL CICLO DE VIDA**

"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 sinsentido 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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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 preembrión , pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay

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

---

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, no 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.

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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."

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,

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

tanto antes como después del nacimiento" . Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable".

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

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

---

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)...”<sup>10</sup>

“...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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

la igualdad de trato.

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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.

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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.

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

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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.

Finalmente, se reclama la inconstitucionalidad del artículo 31 del

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

---

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."<sup>11</sup>

**FUENTES CITADAS**

- 1 DICCIONARIO DE LA REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA.( Consultado en línea)el miércoles 14 de marzo de 2007, en :[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=feticidio](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=feticidio)
- 2 ACOSTA Guzman Alfonso. Un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio. *Revista de Ciencias Jurídicas*.(11): 306, Julio 1968.
- 3 ECHEVERRÍA Hernández Gerardo. El feticidio: Consideraciones sobre un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1969.p 41.
- 4 ACOSTA Guzman Alfonso. Un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio. *Revista de Ciencias Jurídicas*.(11): 307, Julio 1968.
- 5 ECHEVERRÍA Hernández Gerardo. El feticidio: Consideraciones sobre un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1969.p 42.44.
- 6 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Costa Rica, de siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.
- 7 LEY 63. CÓDIGO CIVIL. Costa Rica, de 28 de setiembre de mil ochocientos ochenta y siete.
- 8 LEY 4573. CÓDIGO PENAL. Costa Rica, de cuatro de Mayo de mil novecientos setenta.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1267-2005, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil cinco.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°02306 , de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.
- 11 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°02792 -2004, de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.