

Sentencia:  
01267 Expediente:  
01-200114-0414-  
PE Fecha:  
14/11/2005 Hora:  
08:45:00  
a.m. Emitido por:  
Sala Tercera de la  
Corte

**Tipo de Sentencia:** De Fondo  
**Redactor:** Jesús Ramírez Quirós  
**Clase de Asunto:** Recurso de casación



[Contenido de interés 1](#) , [Contenido de interés 2](#)

**Exp:** 01-200114-0414-PE

**Res:** 2005-01267

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

Recurso de casación, interpuesto en la presente causa seguida contra **Ronnie Pastora Carvache**, mayor de edad, casado, nicaragüense, portador de la cédula de residencia número 724651985; por el delito de **Homicidio Culposo**, cometido en perjuicio de **Innominado M.A, Ana Ruth Muñoz Alfaro y Odir Pizarro Gutierrez**. Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados José Manuel Arroyo Gutiérrez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Alfonso Chaves Ramírez, Rodrigo Castro Monge y Magda Pereira Villalobos. También intervienen en esta instancia, el licenciado Carlos Tiffer Sotomayor en su condición de defensor del imputado y el licenciado William Eduardo Rodríguez Alvarado en su condición de representante del demandado civil.. No se apersonó el representante del Ministerio Público.

**Resultando:**

**1.-**

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

**2.-**

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

**3.-**

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

4.-

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

Informa el Magistrado Ramírez Quirós ; y,

**Considerando:**

I.-

El representante de la demandada Civil, la Caja Costarricense de Seguro Social, interpuso casación contra la sentencia # 11, dictada por el Tribunal de Guanacaste, a las 16:35 horas del 16 de marzo de 2005, mediante la cual se absolvió a Ronnie Pastora Carvache del delito de homicidio culposo y se condenó a la demandada civil al pago de diez millones de colones por concepto de daño moral y siete millones por el daño físico. En el primer reclamo, se dice que se violentó la sana crítica y el principio de correlación entre acusación y sentencia, porque el a quo ponderó el monto de la indemnización partiendo de que la muerte del hijo de la ofendida configuraba un homicidio culposo, y no como en realidad debió haber sido catalogado, como un **aborto** a título de culpa. No ha lugar el reclamo: Salvo, como se verá, al discutir los reclamos de fondo interpuestos por el recurrente, el tema de la calificación penal del hecho acaecido en daño de la señora Muñoz Alfaro y su hijo, es irrelevante en lo que corresponde a los de forma. Efectivamente, la cuestión no tiene trascendencia alguna, toda vez que el acusado fue absuelto por la acción que se le endilgó como configurativa de un delito. De suerte tal que, fuera calificado como un homicidio o un **aborto** (ambos culposos), el tema no tiene consecuencia alguna en la resolución de esta causa, visto que de ello no se deriva consecuencia alguna, dado que el acusado fue absuelto. Ahora bien, en lo que respecta a la acción civil y el deber de indemnización impuesto por el Tribunal, que justamente es el tema que dejó insatisfecha a la recurrente, debe acotarse que tampoco es de relevancia la calificación jurídica empleada. En primer término, porque de todas maneras se concluyó que el hecho no era configurativo de una conducta típica. Es decir, NO se trataba de un homicidio culposo ni de un **aborto** culposo; o, más simplemente, esa conducta no era constitutiva de un delito, por lo que en el caso sub-examine es indiferente cuál calificación jurídica se empleara en su discusión. En segundo lugar, y más evidente que lo anterior, debe tomarse en cuenta que el deber de indemnizar y el monto del resarcimiento se fija en función del daño causado, y no de la calificación jurídica que reciba la acción que lo genera, la cual es intrascendente (máxime en un caso como este en que ni siquiera se tuvo por típica la acción endilgada). De modo que la indemnización y su magnitud dependerá del daño y su intensidad, con independencia de la denominación que reciba, por lo que, se tratara de un homicidio o de un **aborto** (ambos culposos), el daño físico y moral infligido a la ofendida debía ser resarcido y en el monto que se estimó pertinente por parte de los Jueces.

## II.-

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

## III.-

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

#### IV.-

Como cuarto motivo, se alega falta de fundamentación, pues la Caja Costarricense de Seguro Social es tenida como civilmente responsable del hecho por cuanto, entre otras cosas, no había forma idónea de comunicarse con los galenos para dar asistencia inmediata a la perjudicada. Sin embargo, objeta el recurrente: “...en autos no existe ninguna nota de la Dirección Médica que es el máximo jerarca del centro hospitalario que certifique que para el día de los hechos, la central telefónica se encontraba en mal estado”. Además, dice que el personal de enfermería estaba en condiciones profesionales de atender el caso con toda propiedad. No lleva razón el recurrente: En primer lugar, debe decirse que la comprobación del mal funcionamiento de la central telefónica del nosocomio para ese día, no está subordinada a la existencia o no de tal certificación. En virtud del principio de libertad probatoria establecido en el artículo 182 del Código Procesal Penal, el cual a la letra indica que: “podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley”, esa circunstancia era demostrable por cualquier vía lícita, como en este caso fueron contundentes los testimonios recabados y que aparecen recogidos en los folios 667-668. Por otra parte, no es cierta la circunstancia de que las enfermeras o auxiliares de enfermería estuvieran capacitadas para atender una emergencia como la que se discute, exonere a la demandada civil de su responsabilidad, puesto que resulta obvio que su competencia es al nivel de enfermería, pero no para sustituir el profesional en medicina o galeno que debía hacerse cargo de la situación, pues de lo contrario se caería en el absurdo, de que no se precisaría de médicos para tales vicisitudes, sino que bastaría la asistencia de las enfermeras, lo cual a todas luces está fuera de lugar.

#### V.-

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

#### VI.-

El primer motivo de fondo replantea el tema acerca de si la muerte del niño se trató de un homicidio o de un **aborto** culposo, porque lo extraído fue un producto gestacional con “Apgar 00-00”, lo que implica que antes de nacer (es decir, aún siendo feto), ese producto

estaba muerto. Como se explicó en el primer considerando de esta resolución, el punto carece de interés, para la demandada civil, pues lo cierto es que el Tribunal concluyó que en el presente asunto no había mediado culpa por parte del médico imputado, por lo que procedió a absolverlo de toda pena y responsabilidad. En consecuencia, desde la perspectiva penal, si el hecho se calificó como un homicidio o un **aborto** culposo, es intrascendente, salvo por lo que se dirá en el segundo reparo de fondo. Luego, en lo que respecta a la responsabilidad civil, ámbito de interés de la entidad recurrente, tampoco es importante, pues el daño (moral y material) causado debía ser indemnizado, con independencia de la calificación típica que hubiera recibido ese hecho.

## VII.-

Para concluir, en el segundo motivo de fondo, se arguye que, al haberse tratado de un **aborto** culposo, la causa estaría prescrita en lo que concernía a la acción penal. No le asiste razón al recurrente: Como es sabido, los hechos a que se refiere esta causa tuvieron lugar el día 20 de febrero del 2001, cuando la señora Muñoz Alfaro estaba siendo atendida hospitalariamente ante el alumbramiento inminente de su hijo, el aquí ofendido. (folio 596). Es decir, ya se encontraba en marcha el proceso de parto. En tales casos, como ya lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, no se está ante un feto, sino ante una persona, por lo que la muerte que se le cause no constituye un **aborto**, sino un homicidio. En cuanto al tópico, en el voto 442, de las 11:00 horas del 7 de mayo de 2004, tuvo la oportunidad de establecer que: *“De acuerdo con el contenido del fallo de instancia, si bien es cierto -tal y como se alega en el recurso- se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como resultado que el menor ofendido muriese dentro del seno materno, es decir, antes de su expulsión, no podría perderse de vista que ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer”*. En cuanto a dicho aspecto, el fallo refiere lo siguiente: *“... El veintitrés de febrero del año dos mil a eso de las veintidós horas, la señora Sidey Navarro Mora ingresó al hospital de Ciudad Neilly con cuarenta y un semana (sic) de embarazada y dolores de parto, siendo remitida a la sección de emergencia de dicho hospital por parte del doctor Pizarro para que fuera atendida por Albino Patricio Cruz Cruz, enfermero obstetra de dicho nosocomio, de la sala de partos, y a quien le correspondía la valoración de la paciente, haciéndole saber la señora Navarro que su primer parto había sido por cesárea y en el segundo habían tenido muchas complicaciones, solicitándole su atención médica debida para que el parto presente fuera satisfactorio. 2.- El imputado Cruz Cruz, incumpliendo con los deberes de cuidado debidos como enfermero obstetra, no hizo valoración adecuada de los riesgos con base en los antecedentes por cesárea previa, ni tomó en cuenta el riesgo acerca del tamaño de la pelvis de la madre con respecto del feto ... realizando incluso maniobras de expulsión contraindicadas en estos casos. 3) Resultando del actuar culposo del imputado Cruz Cruz, la señora Navarro Mora sufrió una ruptura uterina con muerte de quien llevaría por nombre Innominado Navarro Mora, (sic) al darse una desproporción cefalopélvica (entre la cabeza del feto y el canal del parto materno). 4.- El día siguiente, veinticuatro de febrero de 2001 (sic) a eso de las siete de la mañana, nace el producto por medio de una cesárea practicada a su madre, realizándose maniobras médicas de resucitación, con resultados negativos ya que el acusado había remitido a la*

paciente a sala de maternidad donde pasó toda la noche sin su debida supervisión, siendo que cuando comunicó lo sucedido ya era demasiado tarde para salvar la vida del menor ... Esto hace que las conclusiones de la autopsia tengan aún más trascendencia en el sentido de que hubo ruptura uterina con muerte de feto ... Quien fallece cuenta con cuarenta y un semanas de gestación y muere en el seno materno ...” (cfr. folio 167, línea 14 en adelante; folio 195, líneas 2 y 3; y folio 196, líneas 17 y 18). Como se colige de lo transcrito, es claro que en la sentencia de mérito se tuvo por acreditado, a partir de la prueba testimonial y de las conclusiones que se plasmaron en la pericia médico legal (autopsia), que a consecuencia de la conducta violatoria del deber de cuidado en la que incurrió el acusado, el menor ofendido falleció durante el proceso de parto, ello antes de salir del claustro materno. Tan cierto es lo anterior, que en la sección del fallo destinada al análisis de derecho y tipicidad, el propio tribunal expuso las razones jurídicas a partir de las cuales estimaron que, no obstante tal circunstancia, en este caso el ofendido debe ser considerado como “persona” y, por ello, la acción calificaría entonces como un delito de homicidio culposo. Al respecto, el órgano de mérito señaló: “... El nasciturus en nuestro medio es considerado persona. Para dejar claro este punto hay que hacer referencia al concepto de persona y de vida. Dentro de nuestro ordenamiento y con un rango superior a la ley, la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 4.1: “... toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente ...”. La consideración del no nacido como persona, a efectos de determinar la presencia de ese elemento de la tipicidad objetiva, no sólo deriva de dicha norma del derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino de la contemplada en otros instrumentos de igual rango, sino también de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. Concretamente del voto 2306-2000 de quince y veintiuna horas del quince de marzo de dos mil, luego de concluir que todo concebido es persona y por tanto la tutela del derecho a la vida le cubre, sostiene: “El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella – formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia” ...” (cfr. folio 1967, línea 18 en adelante). Conforme se puede inferir de lo expuesto, en el presente caso se plantea la discusión entre el concepto de “persona” que por un lado maneja la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la que a su vez incorpora el Código Penal (y la doctrina que lo informa), siendo claro que con respecto a la primera, el segundo es una norma de rango inferior. En este sentido se advierte que los artículos 111, 117, y 118 a 122, todos del Código Penal, parten de una clara distinción entre los conceptos de “persona” (sujeto pasivo de la figura de homicidio, ya sea doloso o culposo), y de “feto” (sujeto pasivo de las figuras de **aborto**, en sus distintas modalidades). La diferencia entre ambos conceptos no fue resuelta por el legislador, de tal manera que a dichos efectos el operador jurídico deberá echar mano a varias herramientas herméticas, entre las cuales obviamente se encuentra la doctrina que informa esas normas penales sustantivas. Ésta, por su parte, establece dicha distinción a partir de varios criterios, todos los cuales indican que el feto (que no por ello pierde la calidad de “ser humano”) no va a adquirir la condición de persona sino a partir del nacimiento. En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones. En este sentido se ha dicho: “... En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo

es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un **aborto**. Al respecto existen varios criterios. Unos indican que es homicidio, y no **aborto**, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño (así Peña Cabrera ... Cuello Calón ... Ranieri ... Breglia y Gauna ... Núñez... Maggiore ... Soler ... Fontán ... Creus ... Laje Anaya ... Manigot... Acevedo Blanco ... Martínez Brenes ... Rojas Sánchez y otros. Debe tenerse en cuenta que las dos últimas investigaciones citadas son de autores costarricenses). Esta posición es dominante en Argentina ... Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde ...). Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... El bien jurídico protegido en los delitos de **aborto** es la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de **aborto** se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ...” (Rivero Sánchez (Juan Marcos) u otro, “COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL”, editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989. Págs. 1, 2, 71 y 72). Esta sería la posición que parece defender el impugnante, quien argumenta que en vista de que el ofendido falleció dentro del seno materno (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente de la cavidad uterina), no llegó a adquirir la condición de “persona”, de tal manera que por tratarse de un “feto” no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura del **aborto** culposo. Si bien dicho planteamiento (seguido también por los autores citados) es respetado por esta Sala, la misma no lo comparte, pues más bien se ha inclinado por la tesis que impera en Argentina, la que lleva la protección jurídico penal un poco más atrás, al entender que -a efectos de determinar la correcta calificación jurídica del hecho- existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En este sentido debe aclararse que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un proceso que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica. Lo anterior implica que la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal no tiene por qué partir de un análisis teórico diverso a éste, como el que propugnan los autores que se comentan (cfr. *ibid*, pág. 2), ya que esta última ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado (con la expulsión del claustro materno), pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento. Es ésta la tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal: “... Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados – ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida – no acreditan que la conducta desplegada por el doctor (...) ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. En este caso no se mató a una persona, sino al producto de la concepción – feto – que no tuvo vida independiente, por lo que no había adquirido la categoría jurídico penal de persona, resultando los hechos atípicos ... la norma contenida en el numeral 122 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, segó la vida de una persona, de un niño, desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor ..., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de **Aborto**, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el **aborto** puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno – ver Maggiore, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte Especial**. Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140 – Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de **aborto**, a efecto de poder distinguirlo del homicidio; así, el primer elemento que caracteriza al delito de **aborto** es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare antes del tiempo en que el feto puede vivir, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como **aborto**, sino que constituye un homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo. La doctrina, entre la que se incluye la italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el **aborto**, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia la protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia – Bacigalupo, Enrique. **Los delitos de Homicidio**. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión, pp. 6 y 7 – El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción - Bacigalupo. Op cit, pp16 a 17 – Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial – Varela, Bernardo C.. **Homicidio Simple**. Buenos aires. Lerner 1968, página 19 – De allí que podamos concluir que las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen **aborto**, en ambas situaciones estaremos frente a una persona, protegida constitucional y legalmente. En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el período comprendido en la expresión “durante el nacimiento” ...”, voto N° 791-01, de las 10:10 horas del 20 de agosto de 2001. Así las cosas, es claro que el planteamiento de fondo que se esboza en el presente recurso,

*no resulta novedoso, pues esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuanto al tema debatido. Se comprende, entonces, que el fallo de instancia, al estimar que en este caso los hechos que se tuvieron por plenamente demostrados configuran un delito de homicidio culposo, no incurrió en el supuesto yerro de fondo que se denuncia, pues si bien el niño falleció dentro del seno materno, también debe tenerse claro que ello sucedió una vez que su madre ingresó al hospital, cuando el proceso de alumbramiento ya había dado inicio. Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo.”* Siendo así, no es cierto, entonces, que el hecho conocido en esta causa fuera eventualmente constitutivo de un **aborto** culposo, sino en realidad de un homicidio culposo, cuya pena mayor es, de acuerdo con el artículo 117 del Código Penal, de ocho años de prisión, los cuales no se habrían cumplido en su modalidad ordinaria, ni en el plazo reducido a la mitad (de acuerdo a lo postulado por el artículo 33 del Código Procesal Penal), pues la indagatoria tuvo lugar el 19 de septiembre de 2001 (folio 46) y el señalamiento de la audiencia preliminar el 18 de marzo de 2003 (folio 95), para desembocar en la sentencia del 16 de marzo de 2005 (folios 588 y siguientes). Por ende, ni el plazo ordinario de ocho años, ni el reducido de cuatro años, habrían transcurrido entre cada una de las causas interruptoras de la prescripción.

**Por Tanto:**

Se declara sin lugar la casación interpuesta.

**José Manuel Arroyo G.**

**Jesús Alb. Ramírez Q.**

**Alfonso Chaves R.**

**Rodrigo Castro M.**

**Magda Pereira V.**

**Exp.Int.488-1/1-05**

**dig.imp.lao**

