

**ABORTO CULPOSO DE LA PROPIA MADRE:  
ANÁLISIS LÓGICO Y JURÍDICO**

Gustavo González Solano\*  
Profesor de Lógica Jurídica  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

(Recibido 04/05/16 • Aceptado 21/11/16)

**Resumen:** El ensayo analiza una propuesta de reforma del delito de aborto culposo en Costa Rica del proyecto “Código Penal”, Expediente No. 11.871, cuyo texto fue publicado en el Alcance No.9, de La Gaceta No. 82 del 29 de abril de 1994, que exonera a la mujer que cause culposamente su propio aborto. Se analiza las acepciones de la palabra aborto en nuestro país y las nociones que tiene el concepto de culpa en el Derecho. Igualmente se simulan los casos de aplicación del delito de aborto culposo sugiriéndose criterios de oportunidad o por perdón judicial, de conformidad con el Derecho Procesal Penal. Resolviéndose si una reforma en el sentido allí indicado amerita ser efectuada o no.

**Palabras Clave:** delito, aborto, madre, dolo, Culpa, pena, legal, niño.

**Abstract:** The essay analyzes a proposal to reform the crime of culpable abortion in Costa Rica in the bill “Criminal Code”, File # 11,871, the text of which was published in Issue No. 9 of La Gaceta No.82 on April 29, 1994, which exonerates any female from culpably causing her own abortion. This paper analyzes the meanings of the term abortion in our country and the notions of the concept of guilt in Law. Likewise, it presents simulated cases of the application of culpable abortion, suggesting opportunity criteria or judicial pardon, pursuant to Criminal Procedure Law, thus determining whether or not it is worth making a reform in that field.

**Keywords:** Felony, abortion, mother, intent, guilt, conviction, legal, child.

## Índice

### Introducción

1. Nociones generales sobre el delito de aborto.
  - 1.1 Historia de la regulación del delito aborto.
  - 1.2 Noción de delito de aborto.
    - 1.2.1 Noción de aborto.
    - 1.2.2. Tipos de delito de aborto.
      - 1.2.2.1 Aborto doloso.
      - 1.2.1.2 Aborto culposo.
2. El delito de aborto culposo.
  - 2.1 Noción de la culpa.
  - 2.2 Tipos de culpa.
    - 2.2.1 Culpa inconsciente.
    - 2.2.2 Culpa consciente.
  - 2.3 Funcionamiento de delito de aborto culposo.
    - 2.3.1 Casos de delito de aborto con culpa inconsciente.
    - 2.3.2 Casos de aborto con culpa consciente.
  - 2.4 Aplicación del criterio de oportunidad.
3. La reforma del delito de aborto culposo.
  - 3.1 Exención de la tipicidad de la culpa de la propia madre.
    - 3.1.1 Exención en casos de culpa inconsciente.
    - 3.1.2 Exención en casos de culpa consciente.
4. Efectos y consecuencias de la reforma.
  - 4.1 Penalización de casos jurídicamente irrelevantes.
  - 4.2 Despenalización de casos jurídicamente relevantes.
  - 4.3 Atipicidad como impunidad.
  - 4.4 Inconstitucionalidad de la reforma.

### Conclusiones

### Bibliografía

## Introducción

El presente ensayo estudia la reforma propuesta del delito de aborto culposo, contemplado en el Código Penal en el artículo 122<sup>1</sup>, su definición, estructura, efectos y consecuencias jurídicas. Pero primeramente se analizará sus nociones generales involucradas de aborto y culpa.

### 1. Nociones generales sobre el delito de aborto

#### 1.1 Historia de la regulación del delito aborto

El aborto como acontecimiento fisiológico en el ser humano, sea natural, accidental o provocado se presenta desde la existencia misma de la especie humana<sup>2</sup>, y seguramente de especies anteriores de Homo sapiens sapiens<sup>3</sup>. Posiblemente su acaecimiento fuera regular (abortos naturales) dada las exiguas condiciones de salubridad o tratamientos médicos rudimentarios en las tribus o grupos humanos preexistentes. Su regulación social o jurídica, antes del Paleolítico, posiblemente también sería igualmente insignificante, dada la ignorancia y poca comprensión del fenómeno.

Con el Neolítico, y la existencia de la escritura (cuneiformes como la sumeria, acadia, asiria, semita y otras) la situación no varía mucho. No hay una gran regulación en los códigos de la Antigüedad, dada la fragmentada información existente. Curiosamente el Código de Hammurabi (aunque efectivamente dicho código se encuentra incompleto)<sup>4</sup> tiene una regulación reparatoria y taliónica pero dependiendo del estatus de la mujer:

“209 § *Si un hombre golpea a una hija de hombre y le causa la pérdida de(l fruto de) sus entrañas [aborto], pagará 10 siclos de plata por (el fruto de) sus entrañas.*

---

<sup>1</sup> Expediente No. 11.871, cuyo texto fue publicado en el Alcance No.9, de La Gaceta No. 82 del 29 de abril de 1994.

<sup>2</sup> MORRIS (DESMOND) y PARKER (Steven), Planet Ape, Great Britain, A Firefly Book, 2009, p. 220 y ss.

<sup>3</sup> MORRIS (DESMOND), El mono desnudo, Barcelona, Ediciones Orbis S.A., Segunda edición, 1968, págs 69-84 (traducido del original en inglés The Naked Ape, 1967, no indica lugar ni editorial).

<sup>4</sup> MONTERO FENOLLÓS (Juan Luis), Breve Historia de Babilonia, Madrid, Ediciones Nowtilus, Segunda Edición, 2013, págs 77-105.

- 210 § *Si esa mujer muere, que maten a su hija.*
- 211 § *Si es a la hija de un individuo común a quien le causa a golpes la pérdida de(l fruto de) sus entrañas, pagará 5 siclos de plata.*
- 212 § *Si esa mujer muere, pagará 1/2 mina de plata.*
- 213 § *Si golpea a la esclava de un hombre y le provoca la pérdida de(l fruto de) sus entrañas, pagará 2 siclos de plata.*
- 214 § *Si esa esclava muere, pagará 1/3 de mina de plata.”*

El Éxodo en 21:22 tiene una exigua regulación:

*“Si unos hombres se pelean y golpean a una mujer encinta haciéndola abortar; pero sin ningún daño especial, el que la ha golpeado será multado con la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces.”*

Dicha norma no se vuelve a repetir ni en el Levítico, Números o Deuteronomio, ni en ninguna otra parte de Pentateuco ni los Deuterocanónicos.<sup>5</sup>

En Roma, el feto es parte de la entraña materna<sup>6</sup>, por lo que cualquier ataque o lesión producida a la mujer causante de un aborto, es considerada como un homicidio o lesión a la mujer, no al feto. El feto en Roma no es persona, sino hasta que salga completamente del claustro materno. Por ello el aborto no es ilegalidad (¿legalidad?, no hay registros de eso) si se realizaba por parteras o médicos tanto en Grecia como en Roma y usualmente era por otros motivos (ocultamiento de deshonras). Pero realmente no existió una regulación que penalizara el aborto separadamente, sino sobre las lesiones o muerte de la mujer.

Al empezar la Edad Media, y la influencia del Cristianismo, la Iglesia Católica si condena el aborto, vigente hasta la actualidad con la excomunión. Esta penalización religiosa, se transforma en dicha época, en jurídica y es adoptada posteriormente por las leyes españolas (como las Siete Partidas de Alfonso X-1252-1284) y trasladadas a nuestra

---

<sup>5</sup> En realidad en ninguna otra parte de la Biblia.

<sup>6</sup> ISLAS COLÍN (Alfredo), El aborto en el Derecho Romano, México, Universidad Autónoma de México, Facultad de Derecho, División de Universidad Abierta, no indica año de publicación.

legislación en el Código de Carrillo (1841), el Código de Orozco (1880), Código de Tinoco (1919), Código Penal de 1924 y actualmente el Código Penal de 1970.

## 1.2 Noción de delito de aborto

El actual Código Penal regula el delito de aborto en el Título Primero, Sección II, al señalar:

**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.”*

### 1.2.1 Noción de aborto

De conformidad con el Diccionario de Real Academia Española de la Lengua Española aborto viene del latín abortus y significa:

*“2.m. Interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas.”* y abortar lo define del latín abortare como:

*1. intr. Dicho de una bembra: interrumpir, de forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo.*

En nuestra legislación se ha hecho la distinción jurídica<sup>7</sup>, que genera dos definiciones diferentes de aborto:

- a) la muerte del feto, definición utilizada en el artículo 118 del Código Penal; y
- b) la interrupción del embarazo utilizada en los demás artículos sobre aborto del Código Penal.

### 1.2.2. Tipos de delito de aborto

A nivel jurídico, también se distingue entre aborto doloso<sup>8</sup> y aborto culposo.

#### 1.2.2.1 Aborto doloso

Indica el artículo 31 del Código Penal que *“Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.”*

Por lo que, quien quiera la interrupción de un embarazado o la muerte de un feto, o quien lo acepta, previéndolo como posible, comete el delito con **dolo**.

Dentro de esta clasificación, se puede cometer el delito con plena intención (dolo en primer grado), es decir, la persona quiere causar la muerte del feto o su interrupción del embarazado.

---

<sup>7</sup> LLOBET (Javier) y RIVERO (Juan Marco), Comentarios al Código Penal, San José, Editorial Juricentro, Primera edición, 1989, p. 70 y ss.

<sup>8</sup> CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), El dolo. Su estructura y sus manifestaciones. San José, Editorial Juritexto, primera edición, 1999, p. 80 y ss.

Sea también con dolo en segundo grado, es decir, sabe que interrumpe un embarazo o mata un feto y así actúa.

Y existe una tercera categoría de dolo discutida en la doctrina y aceptada ampliamente por nuestra jurisprudencia que es *dolo eventual*. Es el caso en que la persona cree (no sabe) que está matando un feto o bien interrumpiendo un embarazo pero acepta dicho proceder y su resultado. Como señala el Código Penal: “previéndola a lo menos como posible.”

### **1.2.1.2 Aborto culposo**

El otro tipo de delito que se puede cometer es el aborto culposo. El Código Penal no define la culpa, sino que se debe recurrir al Código Civil para determinar qué significa culpa, y además establecer que no todas las personas tienen el mismo tipo de culpa. Esta y otras definiciones se verán a continuación.

## **2. El delito de aborto culposo**

Este apartado analiza primeramente la noción de culpa utilizada en el delito de aborto culposo, sus distintos tipos y el funcionamiento en caso de dichos tipos de culpa. El Código Penal establece en su artículo 122 lo siguiente:

**Aborto culposo** *ARTÍCULO 122.-Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.*

### **2.1 Noción de la culpa**

Según el *Diccionario Jurídico de Cabanellas se define la culpa de la siguiente manera:*

*Culpa: En sentido amplio se entiende por culpa cualquier falta, voluntaria o no de una persona que produce un malo daño: en cuyo caso culpa equivale a causa. | COMÚN. Aquella cuya responsabilidad se divide igualmente entre las personas a quienes se imputa y entre las que produce cierta solidaridad (v.). | GRAVE. V. CULPA. LATA. | LATA. El descuido o desprecio absoluto en la adopción de las precauciones más elementales para evitar un malo daño. | LEVE. La negligencia en que no incurre un buen padre de familia; como la de no cerrar con llave los muebles de su casa en que guarde objetos de valor o*

*interés. | LEVÍSIMA. La omisión de las medidas y precauciones de un padre de familia muy diligente.*

Nuestra legislación y jurisprudencia define la culpa como la prosecución de una actividad que se lleva a cabo de tres maneras:

- Por negligencia: omisión
- Por imprudencia: exceso
- Por impericia: ignorancia o falta de conocimiento

Existe un cuarto modo de realizar una acción culposa y es cuando se falta a un “*deber de cuidado*” llamado en Derecho Penal: posición de garante. No solo hay una obligación natural de hacer las cosas (no omitir), hacerlas en la medida y proporción debidas (no exceso) y con la pertinencia e idoneidad debidas (no ignorancia), sino que además hay una imposición de un deber de cuidado adicional, por la relación de ayuda, cuidado, parentesco o protección que tiene una persona respecto a otra persona o cosas.

## **2.2 Tipos de culpa**

Al igual que el dolo, la culpa doctrinariamente puede ser de dos tipos: culpa consciente y culpa inconsciente.

### **2.2.1 Culpa inconsciente**

La culpa inconsciente es el proceder sin el conocimiento ni la intención de provocar algún daño o lesión. La persona ignora por completo que su actuar puede causar o causa una muerte o una interrupción del embarazo de una mujer. O la misma mujer ignora que sus actos causan la muerte del feto o su interrupción.

### **2.2.2 Culpa consciente**

La culpa consciente es el proceder con el conocimiento de que su actuar provocaría algún daño o lesión, pero “espera” o plantea un cálculo de riesgo y probabilidad de que ello no se produzca; tal vez porque será capaz de corregir su conducta o la ausencia de otros elementos que puedan causar ese daño o lesión. Así la persona cree que puede interrumpir el embarazo o matar el feto, pero espera que no pase.

Igualmente la misma mujer embarazada cree que puede abortar con su conducta pero espera que no suceda.

### **2.3 Funcionamiento de delito de aborto culposo**

Obsérvese su funcionamiento a la luz de las siguientes simulaciones de algunas manifestaciones del delito de aborto culposo, actualmente en nuestra legislación.

El delito de aborto culposo señala:

**Aborto culposo** *ARTÍCULO 122.-Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.*

El sujeto activo de dicha norma es cualquiera persona mayor de edad, incluyendo la propia madre.

El sujeto pasivo será la mujer embarazada que sea interrumpida de su embarazo o bien le maten el feto. De igual manera puede ser ella misma quien lo interrumpa o mate al feto.

#### **2.3.1 Casos de delito de aborto con culpa inconsciente**

La particularidad del delito es que la causación de la interrupción del embarazo o la muerte de feto se hace sin intención de hacerla. Es decir, ni se sabe ni se quiere interrumpir el embarazo o matar el feto, pero lamentablemente se obtiene ese resultado.

En estos casos, la persona o la madre embarazada por alguna negligencia, imprudencia o impericia, causa la muerte de feto o la interrupción del embarazo. La persona no quiere interrumpirlo ni matar al feto, pero su omisión, su exceso o su ignorancia lo producen.

La mujer no sabe ni quiere abortar, pero por su ignorancia de que haciendo grandes esfuerzos físicos puede abortar, y a raíz de esos esfuerzos y su negligencia de no hacerlos y su exceso de hacerlos, causa el aborto.

#### **2.3.2 Casos de aborto con culpa consciente**

Los casos del delito de aborto por culpa consciente son diferentes. Efectivamente no hay ninguna intención de matar al feto pero la persona

crea que puede matarlo pero por su agilidad, su destreza, o azares del destino, previendo un resultado diferente y positivo, evitará el resultado.

En el mismo sentido, acontece con la madre que cree que puede matar el feto o interrumpirlo pero espera que no pase ese resultado, por acciones o resultados inclusive fuera de su control.

Aquí la situación varía un poco: la mujer no quiere abortar pero cree que haciendo grandes esfuerzos físicos puede abortar, pero por sus cuidados de no alzar mucho peso o no alzarlo por mucho tiempo, o que es una carga no tan pesada, o porque es muy fuerte no causará el aborto, pero aún así se produce el aborto. La mujer tiene un conocimiento total de la situación pero un conocimiento parcial del resultado (espera que no pase, pero lamentablemente pasa), y en lugar de omitirlo, o evitar el exceso o ignorancia, aún así procede y causa el aborto.

#### **2.4 Aplicación del criterio de oportunidad**

La persecución penal de delito de aborto culposo está sujeta a la aplicación del artículo 22 del Código Procesal Penal:

*Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: [...] c) El imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.*

Y del Perdón Judicial establecido en el artículo 93 del mismo Código Penal:

*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;*

Como se observa, ¿qué sentido tiene penar a una mujer que sin querer mata a su hijo o hija? ¿Que lo o la pierde por una imprudencia, impericia o negligencia propia? Ciertamente, es una conducta reprochable, dado el deber de cuidado que tenía sobre dicha criatura, pero igualmente, la madre jamás quiso matarlo, pero por un descuido, un exceso o un desconocimiento, no solo pierde a su criatura ni que ella también sufre daños físicos o morales graves como consecuencia del hecho y tornan desproporcionada la aplicación de una pena.

Se dice inclusive, que sería una doble pena: la pérdida de su hijo o hija y además, la sanción económica [o carcelaria si no paga la multa] de 60 a 120 días multa. Por ello, hay los motivos para no perseguir penalmente dichos actos o bien, perdonarlos judicialmente en los términos del artículo 93 del Código Procesal Penal.

### **3. La reforma del delito de aborto culposo**

Hay un planteamiento nuevo presentado en una reforma al Código Penal. Señala lo siguiente:

*“ARTÍCULO 128.-Aborto culposo. Quien por culpa, con excepción de la propia mujer embarazada, cause la muerte del producto de la concepción, será sancionado con pena de sesenta a ciento veinte días multa.”*

El análisis lógico-jurídico<sup>9</sup> demuestra los siguientes resultados:

El sujeto activo sería cualquier persona, SALVO la propia mujer embarazada.

El sujeto pasivo sería la mujer embarazada o bien, el producto de la concepción.

---

<sup>9</sup> GONZALEZ SOLANO (Gustavo), *Lógica Jurídica*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2003.

La acción es causar la muerte, pero del producto de la concepción.

El resultado es una sanción de sesenta a ciento veinte días multa.

Esta reforma tiene sus defensores y detractores. Obsérvese estos argumentos a favor y los argumentos en contra de ella.

### **Argumento a favor de la reforma:**

“Es necesario aprobar la reforma del Código Penal que excluye a la mujer embarazada, cuando ella misma, causa por culpa su propio aborto. Actualmente no se excluye, por lo que si una mujer por negligencia, imprudencia o impericia causa su propio aborto se le pena con una sanción de prisión.

Lo anterior es necesario dado que no tiene ningún motivo penar las omisiones, excesos o ignorancias de la mujer embarazada que interrumpen su embarazo.

Ella se encuentra en un periodo delicado de su vida, y muchas veces corresponde a su primera experiencia como embarazada, por lo que sancionar el desconocimiento, los nervios, las fatigas, el cansancio o descuidos involuntarios, no cumple ninguna función penal. Máxime si además, pierde a la criatura que ella siempre quiso tener, pero que por una negligencia, imprudencia o impericia, le causa la muerte.

No es el caso de la mujer que consciente y voluntariamente quiere matar a su hijo en el vientre, sino que en este caso, fue sin intención dicha muerte. Muchas veces las causas de abortos naturales involuntarios se deben a urgencias de trabajo, comida o salud de las mujeres embarazadas que no pueden solventar por sus propios medios o con ayuda de terceros (por eje: coger café, alzar sacos, sembrar plantas, recoger granos, subir o bajar escaleras, trabajar largas horas en tiendas, tomar autobuses, sufrir desequilibrios, mareos, descuidos en su presión alta o baja, diabetes, etc.), que la imposibilitan para cumplir a cabalidad con sus propios cuidados personales.

Excluir a la mujer embarazada de la sanción penal tendrá la consecuencia y finalidad de brindar una mayor protección a un grupo de mujeres altamente vulnerables que requieren una ayuda especial y no una pena.

No resuelve nada el derecho con tener en prisión a la mujer que sin querer causó un aborto involuntario y además sufre la muerte de su hijo o hija por su propio descuido. Es una doble penalidad, la muerte de su ser querido y la sanción del Código. Esta situación debe remediarse con la aprobación de esta reforma penal.”

### **Argumento en contra:**

“Es inconveniente la aprobación de la reforma del Código Penal que excluye a la mujer embarazada, cuando ella misma causa por culpa su propio aborto.

Ya que ello va a generar una serie de abusos e impunidades en los casos de mujeres que ciertamente no quieren matar a su hijo en el vientre, pero tampoco lo cuidan adecuadamente y descuidan su salud y la vida del niño que tienen en el vientre. Omiten controles de natalidad, no se preocupan por saber cómo cuidar su salud, o hasta inconscientemente no quieren estar embarazadas y no se preocupan en lo más mínimo por el hijo que va a nacer.

Usualmente, la mujer que quiere tener un hijo nunca omitirá cuidados fundamentales, se informará y llevará cursos de preparación del parto y no cometerá ninguna imprudencia, por lo que ella nunca se vería involucrada ni dolosa ni culposamente en un aborto. Si acontece un aborto siempre será por ser un accidente (sin culpa alguna) o bien un aborto natural. Premiar los descuidos, negligencias, omisiones y faltas de cuidado, lo que conlleva a la dejar sin protección a los hijos de mujeres que no hacen todo lo posible por llevar a un embarazo a feliz término.

La mujer embarazada tiene la obligación de velar por la salud y la vida del hijo que tienen dentro del vientre, y de ella misma. Ella no puede asumir que su hijo se cuidará solo, o que cuando consume drogas, alcohol, o hace trabajos excesivos y peligrosos, a su hijo no le va suceder nada, ya que sí lo está perjudicando. La mujer tiene una posición de garantía y protección que debe de cumplir, dejar sin pena ni sanción estos incumplimientos, a lo que lleva es a que se abuse de este “permiso” y se encubran y dejen impunes verdaderas acciones delictivas culposas, ya que a como hay mujeres muy cuidadosas, también hay mujeres muy descuidadas que saben que son negligentes, imprudentes o no quieren perder el tiempo en tener la pericia y el conocimiento suficiente para

mantener con vida a su hijo o hija. Piensan que aún así (tomando licor, fumando, descuidando su salud, realizando actividades riesgosas) no pasará un aborto, cuando irremediablemente sí puede pasar precisamente por culpa de la mujer.

No se debe excluir la amenaza de la sanción a la mujer que causa culposamente la muerte de su hijo, ya que de lo contrario, se deja de lado la obligación fundamental de cuidado y protección que tienen los padres respecto de sus hijos tanto para los nacidos como por los hijos por nacer, el cual es un derecho fundamental de todo niño y niña. Y si se permite esa reforma, prácticamente se autoriza a las mujeres embarazadas a que culposamente puedan matar a sus hijos, sin ningún tipo de responsabilidad, pena o sanción, lo cual no solo es ilegal e inconstitucional, sino inmoral y contrario a los principios más básicos de lógica, justicia y amor hacia los hijos.”

### **3.1 Exención de la tipicidad de la culpa de la propia madre**

El análisis jurídico<sup>10</sup> muestra una serie de interesantes consideraciones y resultados si la reforma se aprobara:

#### **3.1.1 Exención en casos de culpa inconsciente**

La mujer que por alguna negligencia, imprudencia o impericia produce la muerte del producto de la concepción, no tendrían ninguna sanción. Inclusive, dicha norma no desplaza el problema a algún reproche de culpabilidad. Tampoco es antijurídica ni contraria al ordenamiento jurídico, y se complica aludiendo algún tipo de causa exculpante o justificante. Simplemente es completamente atípica.

Las omisiones, excesos o ignorancias de la mujer no tienen discusión penal. Tal proceder parece correcto y justo. Partiendo del hecho de la imposibilidad de lo perfecto<sup>11</sup>, siempre hay posibilidades de errores y es el legislador el que determina la gravedad y responsabilidad de dichos errores.

En el caso en cuestión, ya se determinó que la mujer no quiere matar al producto de la concepción, pero su ignorancia, sus excesos o

---

<sup>10</sup> GONZALEZ SOLANO (Gustavo), *Principios de Metodología Jurídica*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2007.

<sup>11</sup> Efectivamente la infalibilidad e inerrancia solamente son atribuidas a seres supra o sobrenaturales.

sus omisiones (justificadas o no, excusables o no, comprensibles o no y reprochables o no) merman ante la gravísima pérdida de su hijo o hija.

Ello parece ser justo y necesario. No es lo idóneo ni lo proporcional (error versus muerte del hijo o hija), pero tampoco sería comprensible que tras la pérdida venga también una mera sanción decorativa para la sociedad.

La situación cambia, con los otros dos tipos de intenciones.

### **3.1.2 Exención en casos de culpa consciente.**

Con la culpa consciente la mujer si bien no quiere matar el producto de la concepción, cree que si omite, se excede o desconoce algo para cuidar a su hijo o hija, podría provocarse un aborto. Pero este no pasará porque ella lo podrá evitar a tiempo.

Aquí la situación valorativamente cambia. Porque ante dicha creencia (se pasa de no saber a creer), se reprocha el juego o la “apuesta” de la persona sobre las probabilidades o posibilidades de vida del producto de la concepción. Una mujer que toma licor o se drogue, o acometa deportes excesivos o esfuerzos físicos o no se abstenga de actividades riesgosas, falta a su deber de cuidado con el hijo o hija.

En estos casos, una reforma que excluya a la mujer que provoca su propio aborto por culpa consciente, también dejaría por fuera de la ley penal dichas conductas. No las considera de índole ni discusión penal. Así las mujeres que creyendo que pueden causar un aborto, realizan actividades esperando o pensando que no pasará (y pasa la muerte del producto de la concepción) no tendrán ni pena ni reproche.

Aquí se considera que sí hay un tratamiento jurídico injusto<sup>12</sup>, que lesiona injustificadamente la vida del hijo o hija. Si hay conocimiento de la omisión, si hay conocimiento del exceso y hay conocimiento de la ignorancia (sé que no sé) de la madre, conjuntamente con un ***mal cálculo de la previsión, posibilidades y probabilidades*** del resultado lesivo: quien paga la mala apuesta de la madre es el hijo o hija con su vida.

Este tipo de irresponsabilidades sí considero que no deben quedar impunes. Ciertamente la madre no quiere matar al producto de su

concepción, pero al evidenciarse un conocimiento no completo pero posible de abortar, la vida del hijo o hija no puede depender del azar (en el peor caso, la mala apuesta) que supone la madre. Hay un conocimiento posible del aborto, pero hay un conocimiento incierto del resultado del aborto, determinado por esperanza, probabilidad o mala estadística de la mujer que cree que puede afrontarlo, evitarlo, corregirlo.

Esta creencia de falsa infalibilidad o inerrancia o de potencia plena, en realidad son distorsiones psicológicas (temporales o permanentes) que deciden la muerte del hijo o hija. Hay decisiones que se adoptan y tienen resultados trágicos. Tales proceder no pueden quedar impunes. Aquí sí es menester una sanción moralizante y re-educante para el grupo social.

Máxime si dicho estado psicológico puede servir para camuflar y disimular otro estado aún más grave y peligro a nivel social: el dolo eventual.

#### **4. Efectos y consecuencias de la reforma**

Esta reforma conlleva dos grandes y graves consecuencias jurídicas:

La positiva que es la despenalización de casos jurídicamente irrelevantes de protección jurídica.

La negativa que es la despenalización de casos jurídicamente relevantes de protección jurídica.

##### **4.1 Penalización de casos jurídicamente irrelevantes**

Siempre hay que recordar que el bien jurídico en el delito de aborto es la vida del feto. En nuestro país, es considerada una persona no nacida. Como tal, de conformidad con el artículo 22 de la Constitución Política su vida es inviolable. Lamentablemente hay acciones o inacciones de la madre que producen la muerte de la persona no nacida. Estas acciones o inacciones nunca son queridas, ni buscadas, y ni siquiera pensadas (en el sentido de la culpa consciente). Prácticamente es lo que podríamos denominar “accidentes”. Es posible determinar algún grado de negligencia, imprudencia o impericia, pero su existencia es insignificante dado el daño mayor que sufre la propia madre: la pérdida de su hijo o hija.

Por ello es jurídicamente correcto considerar irrelevante cualquier sanción jurídica al respecto. La relevancia jurídica de una sanción se da por razones ejemplificantes, moralizantes o simplemente reivindicadoras de

un comportamiento socialmente dañino y nocivo para la sociedad. Pero ante la falencia, error, descuido, ignorancia o imprudencia, no se puede exigir la perfección absoluta. El sistema jurídico no puede responder como un sistema matemáticamente perfecto, correcto, completo y consistente<sup>14</sup>, porque no lo es, y la conducta humana tampoco.

En estos casos hay que imponer criterios de flexibilización jurídica que calibren y modulen la sanción penal, y la adecuen a las vicisitudes cotidianas de las personas. Esas circunstancias que excluyan del conocimiento penal tales acciones. Este es el caso de la culpa inconsciente en las acciones que consideren abortos culposos de la propia madre.

#### **4.2 Despenalización de casos jurídicamente relevantes**

Pero, por el contrario. Sí debe ser jurídicamente relevante sancionar los casos en los cuales, jugando con la probabilidad o el “buen cálculo” de resultados, una madre apuesta la vida de su hijo o hija y pierde. La madre aquí no quiere la muerte de su hijo o hija, pero si piensa y cognitivamente apuesta a un resultado sobre el cual no tiene ningún control. Será la suerte, el azar, el destino quien determine el resultado, y ello ya conlleva un acto incorrecto jurídicamente hablando. El Derecho no contempla el azar o el destino como causas productoras de resultados (salvo en el caso fortuito o la fuerza mayor).

Al descartarlas, el conocimiento y la voluntad humana es objeto de su estudio y de su regulación. La culpa consciente es una figura dolosa. Yo quiero y sé que soy negligente, imprudente o no tengo la pericia necesaria para llevar a cabo alguna acción, y aún así, la llevé a cabo, con la “esperanza”, el anhelo o simplemente la suerte que no acontezca nada malo. Eso es irresponsabilidad jurídica. La responsabilidad jurídica me lleva a realizar la acción (o acciones) de la manera o maneras correctas y debidas, sino la omisión. Esa falta de contención, contra por mi deseo de que no salgan los resultados mal debe ser preferido por el derecho. Si no hay una contención por parte de la madre, y resulta la muerte de la persona no nacida, esa acción de jurídicamente relevante y no puede ni debe despenalizarse.

---

<sup>14</sup> Ver GONZALEZ SOLANO (Gustavo), *Lógica Jurídica*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2002.

Por ello, los casos de culpa consciente, que pretende la reforma excluir, deben ser debidamente incluidos como casos válidos del ámbito legal. No tienen ninguna justificación ni exculpación. Y la dificultad probatoria o no de ellos, no es motivo necesario ni suficiente para su exclusión jurídica. Están dentro del conjunto de casos pertinentes de sanción penal.

### **4.3 Atipicidad como impunidad**

De tratarse los casos de culpa consciente como culpa inconsciente, se lleva a una atipicidad de tales acciones y la consecuente impunidad. Generando lo anterior, un trato desigual y discriminante, sin ningún tipo de justificación. Dos tipos de casos tienen el mismo tratamiento, cuanto en realidad, deben tener tratamientos diferenciados y acordes con la relevancia jurídica respectiva.

Los abortos que ocasiona una madre por culpa inconsciente deben ser atípicos. Los abortos que ocasiona una madre por culpa consciente no deben ser atípicos.

Si se consideran atípicos los casos de culpa consciente, se dejarían impunes una serie de casos en los cuales la madre conoce de su imprudencia, impericia y negligencia, pero no toma las medidas necesarias para eliminarlas o contener su conducta, y deja el resultado a la venia y entendimiento del juez o jueza, cuando es evidente la responsabilidad jurídica de su actuar, la injustificación de su conducta y la reprochabilidad de su acción.

### **4.4 Inconstitucionalidad de la reforma**

Cualquier reforma que plantee la atipicidad del aborto culposo ocasionado por la propia madre es [por culpa consciente] inconstitucional.

La Constitución Política plantea una serie de parámetros de regulación que protegen la vida humana nacida o no nacida.

La culpa consciente es un tipo de culpa que lesiona la vida humana de la persona no nacida. La madre conoce su imprudencia, negligencia o impericia para cuidar de la vida del feto, y aún así plantea esperanzas, anhelos y destinos no controlables ni permitidos u autorizados por el ordenamiento jurídico. Tales designios propios no pueden quedar fuera de la tutela jurídica, cuando ocasionan la muerte de la persona no nacida.

En este caso hay una lesión al valor más importante del ordenamiento jurídico: la vida; y su agresión se debe a irrespetos, descuidos e irresponsabilidades de la única persona que tiene la obligación de cuidarla y protegerla: su madre.

Dejar de lado esta lesión ocasiona un vacío normativo injusto e injustificado, que debe ser resuelto, para lograr un tratamiento igual y no discriminado de todas las personas (nacidas o no nacidas). Caso contrario, hay una grave contradicción: personas no nacidas protegidas (aborto culposo no ocasionado por la madre) y personas no nacidas desprotegidas (aborto culposo ocasionado por la madre) ante el mismo evento: la falta al deber de cuidado. Situación jurídicamente insostenible tanto a nivel constitucional, como penal y bioéticamente.

### **Conclusiones**

El trabajo destacó las irremediables contradicciones existentes en el aborto culposo cuando este es provocado por la misma madre.

Por un lado, existe la necesario, idóneo y conveniente exención de responsabilidad penal en casos evidentes de culpa inconsciente.

Pero por otro lado, dicha exención cobija casos penalmente relevantes dado el bien jurídico tutelado o mejor dicho dejado de tutelar, la vida del hijo o hija. La culpa consciente no es una figura “culposa”, es una figura dolosa. La negligencia, imprudencia o impericia se sabe y se quiere actuar de esa manera. Es decir, hay una intención dolosa de cometer un acto culposo. Ello es una clara contradicción de conceptos: es como decir que “quiero hacer algo que no quiero hacer” y solamente el resultado se determina por los azares o avatares del destino, lo cual no tiene ningún sentido lógico-jurídico.

La culpa consciente no es o mejor dicho, nunca lo ha sido “culposa”, sino dolosa.

Por ello su mala ubicación en las figuras culposas puede llevar al engaño y error de considerarla una acción menos lesiva que la dolosa, pero realmente es igual de gravosa que cualquier figura dolosa.

## **Bibliografía**

- Aguado Correa, Teresa (2012) *El principio constitucional de proporcionalidad*, San José, Editorial Jurídica Continental, Primera edición.
- Cabanelas, Guillermo (1998) *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, varias ediciones Castillo González, Francisco (1981)
- Costello, Francisco (1989) *El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense*.  
San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, Primera edición.
- (1987) *La Autoría Mediata*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, Primera edición.
- (1998) *El consentimiento del derecho-habiente en material penal*,  
San José, Editorial Juritexto, primera edición
- (1999) *El dolo. Su estructura y sus manifestaciones*. San José, Editorial Juritexto, primera edición
- (2010) *Derecho Penal-Parte General*. San José, Editorial Jurídica Continental, Primera edición, Tomo II.
- Fernández Nieto, Josefa (2008) *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo*.  
Madrid, Ed. Dykinson S.L., 1ª.ed.
- González Solano, Gustavo (2002) *Semiótica Jurídica*,  
San José, Universidad de Costa Rica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición.
- (2002) *Lógica Jurídica*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, primera edición.
- (2007) *Principios de Metodología Jurídica*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, primera edición.

Islas Colín, Alfredo, *El aborto en el Derecho Romano*.

México, Universidad Autónoma de México, Facultad de Derecho,  
División de Universidad Abierta, *no indica año de publicación*.

Llobet, Javier y Rivero, Juan Marco (1989) *Comentarios al Código Penal*

San José, Editorial Juricentro. Primera edición

Montero Fenollós, Juan Luis (2013) *Breve Historia de Babilonia*.

Madrid, Ediciones Nowtilus, Segunda Edición

Morris, Desmond, (1968) *El mono desnudo*

Barcelona, Ediciones Orbis S.A., Segunda edición, págs 69-84  
(traducido del original en inglés The Naked Ape, 1967, no indica  
lugar ni editorial).

Morris, Desmond; y Parker, Steven, (2009) *Planet Ape* Great Britain, A  
Firefly Book.

Perelman, Chaim (1964) *De la justicia*, México, Centro de Estudios  
Filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México, Primera  
edición en español.

Zaffaroni, Eugenio (1998) *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires,  
Editorial EDIAR.