

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Posibilidad de inclusión de la inexigibilidad de otra conducta en el aborto por violación
en Ecuador**

Juan Antonio Benalcázar Sánchez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Juan Antonio Benalcázar Sánchez

Código: 00138682

Cédula de identidad: 1719759977

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**POSIBILIDAD DE INCLUSIÓN DE LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN EL
ABORTO POR VIOLACIÓN EN ECUADOR**

**POSSIBILITY OF INCLUDING THE UNENFORCEABILITY OF OTHER CONDUCT AGAINST
RAPE ABORTION IN ECUADOR**

Juan Antonio Benalcázar Sánchez¹.
benalcazarjuanantonio@hotmail.com

RESUMEN

El derecho penal debe ser parte de una evolución que se ajuste a los cambios y necesidades de la sociedad para cumplir con su finalidad de proteger los bienes jurídicos y sancionar conductas inaceptables, esta necesidad se ha visto reflejada en Ecuador en el delito de aborto, ya que este es punible en todos los casos, salvo las excepciones que plantea la normativa vigente. Así mismo, el ordenamiento penal ecuatoriano no prevé una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta. La presente investigación a través del análisis deductivo y dogmático tomó en cuenta la evolución de la teoría general del delito utilizando doctrina y normativa internacional. La propuesta analiza la posibilidad de incorporar la inexigibilidad de otra conducta como causal de inculpabilidad en el aborto por violación en Ecuador, obteniendo como resultado la despenalización del mismo y por consiguiente dar apertura al aborto ético, humanitario.

ABSTRACT

Criminal law must be part of an evolution that adjust to the changes and needs of society to fulfill its purpose of protecting legal assets and sanctioning unacceptable conduct, this need has been reflected in Ecuador in the crime of abortion since this is punishable in all cases, with the exceptions set forth in the current regulations. Likewise, the Ecuadorian criminal law does not provide a cause of inculpability for unenforceability of another conduct. The present investigation through deductive and dogmatic analysis, took into account the evolution of general crime's theory, addressing international doctrine and regulations. The proposal analyzes the possibility of incorporating the unenforceability of another conduct as a cause of inculpability in abortion for rape in Ecuador, resulting in the decriminalization of it and thus opening up to ethical, humanitarian abortion.

PALABRAS CLAVE

Culpabilidad, exigibilidad, inexigibilidad, inculpabilidad, aborto, violación.

KEYWORDS

Guilt, enforceability, unenforceability, incrimination, abortion, rape.

Fecha de lectura: 18 diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de noviembre de 2020

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Santiago Fabián Escobar Saráuz.
© DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.-2. MARCO TEÓRICO.- 2.1.SUSTENTO TEÓRICO.- 2.2 MARCO NORMATIVO.- 2.3. ESTADO DEL ARTE.- 3. LA CULPABILIDAD.- 4.LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN LA CULPABILIDAD.- 5.LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CAUSA DE INculpACIÓN.- 6. EL ABORTO. - 7. EL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- 8. EL ABORTO POR VIOLACIÓN.- 9. DERECHOS ENFRENTADOS EN EL ABORTO POR VIOLACIÓN.- 10. APLICACIÓN DE LA CAUSAL DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN EL CASO DEL ABORTO POR VIOLACIÓN EN ECUADOR.-11.ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO.- 12. DISCUSIÓN.- 13. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El aborto es una práctica que en el ordenamiento penal ecuatoriano se lo considera delito, con el transcurso del tiempo han existido diferentes cambios dentro de la legislación con respecto al bien jurídico protegido de este delito, actualmente se tutela el bien jurídico de la vida. Por consiguiente, los Tratados Internacionales y la Constitución de la República del Ecuador garantizan el derecho a la vida del nasciturus desde que empieza la etapa de la concepción. Siendo la principal razón para tipificar el aborto.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) prevé dos causas de excepción a la punibilidad del aborto: aborto terapéutico y eugenésico, sin embargo, estas excepciones no incorporan al aborto por violación. Pese a la evidente situación por la que las mujeres pasan al momento de ser violadas y como consecuencia quedan embarazadas. El legislador no ha tomado en cuenta las afectaciones negativas sobre la víctima y el núcleo familiar. Para convertir esta conducta como no punible expresamente en el Código.

Actualmente existe controversia en este caso ya que se puede ver afectado el derecho a la libertad de la mujer e incluso su integridad personal. Siendo este un tema de gran discusión, por los ideales de las posturas en conflicto. No obstante, cabría la posibilidad de dar apertura en Ecuador al aborto ético o humanitario, cuyo objetivo es el evitar la descendencia no deseada.

En base al análisis de la teoría del delito, se evidencia que, ha existido una evolución en el derecho penal, y dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad; en la concepción normativa se ve inmerso el elemento de la exigencia de otra conducta, su esencia radica en que el derecho exige al sujeto que hiciera una cosa distinta a la que hizo, siendo esta la conducta ideal y legal.

El principio de inexigibilidad de otra conducta viene a ser un eximente de culpabilidad y por ende de la pena. La esencia de dicho principio se remite a cuando un

sujeto comete un acto típico y antijurídico, pero, a este no se debe reprochar la conducta porque no se le podría exigir una conducta conforme a derecho debido a la situación que se encontraba el sujeto. En el Ecuador no se ha tratado este eximente de culpabilidad, sin embargo, podría acogérselo como principio supralegal o en su defecto aplicarse dentro del marco normativo, para no transgredir el principio de legalidad. Además, en un análisis de legislación comparada se evidencia que, en el sistema penal de otros países, existe este eximente de culpabilidad.

Esta investigación analiza la idoneidad de la aplicación de la causal de inexigibilidad de otra conducta, en el ordenamiento penal ecuatoriano, con respecto al caso del aborto por violación, siendo esta una herramienta que el mismo derecho penal ofrece para que exista una exclusión de la culpabilidad y por ende de la imposición de una pena a la víctima de violación que decide abortar pese a ser un hecho que el derecho no exige.

Por lo expuesto, en la presente investigación se emplea el método deductivo, desde de lo particular a los específicos, en cuanto los avances de la dogmática penal y la evolución del derecho al acoplarse a constantes cambios, en virtud de esto, se debe observar el método dogmático ya que se utiliza material doctrinario y normativo. Con la finalidad de aplicarlo al caso del aborto por violación en Ecuador.

2. Marco teórico

2.1. Sustento teórico

La culpabilidad es un elemento de la categoría dogmática de la teoría del delito, es necesario cumplir con el mismo para la imposición de una pena al sujeto que comete el acto típico y antijurídico. El concepto de culpabilidad ha ido evolucionando, dando lugar a diferentes concepciones. En primer lugar, la concepción psicológica, que se origina desde la escuela clásica, en esta concepción se toma en cuenta únicamente el nexo psíquico entre la acción y el resultado, en el delito se observa únicamente que el acto haya sido con dolo o culpa, al ser así, inmediatamente se impondrá una pena. Posteriormente, se originó la concepción la normativa, vista desde la escuela finalista, es esencial abordarla ya que se partirá la investigación en base a esta concepción que da lugar a la exigibilidad de otra conducta².

² Ver, Gonzalo Quintero, Parte General del Derecho Penal Adaptada al Programa de ingresos en las Carreras Judicial y Fiscal, ed. F Morales (Navarra: Editorial Aranzadi, S.A, 2015), 279-278.

Con respecto a la exigibilidad de otra conducta, la esencia de este concepto es que al sujeto se le puede exigir una actuación distinta a la que hizo³. El ordenamiento penal de cierta forma da esta alternativa a la persona para elegir si cometer el ilícito o cumplir con la conducta conforme a derecho. Por consiguiente, la contrapartida de dicho elemento es la inexigibilidad de otra conducta. La doctrina ha indicado que este principio se conceptualiza en que a un sujeto no se puede ni debe reprochar una conducta antijurídica ya que se encuentra en circunstancias intensas, anormales que no puede evitar⁴, es por ello que los sujetos obran en una situación de inexigibilidad. Esta teoría se va a utilizar para sustentar el ensayo.

En cuanto a la aplicabilidad de la no exigibilidad de otra conducta, se observa que, en la primera posición, este se puede emplear fuera del ordenamiento, es decir de manera supralegal, ya que su esencia se remite a ello⁵, no obstante, se han planteado argumentos en contra, basándose en la inseguridad jurídica que esto provoca y la inobservancia del principio de legalidad. En tal virtud, se da una segunda posición que propone la aplicación normativa de dicho principio, observándolo expresamente dentro del ordenamiento penal⁶.

El supuesto de inexigibilidad también divide dos criterios, en primer lugar, desde un carácter objetivo que se remite a las categorías dogmáticas de la tipicidad y la antijuridicidad, en este caso se da lugar a causas de justificación que el legislador acepta en el ordenamiento⁷. De igual forma, existe un carácter subjetivo de la inexigibilidad, que analiza al sujeto y a la no exigibilidad de un comportamiento jurídicamente correcto por las circunstancias en las que este se encontraba, librándole de culpabilidad y por ende de la pena⁸. Este carácter es fundamental en el presente ensayo.

Por otro lado, con respecto al aborto, se han ido dando conceptos y controversias en las legislaciones por la legalización de este. Además, se involucran las formas de aborto: naturales, espontáneos y provocados. Dentro de los abortos provocados se ha dado

³ Ver, Teresa Aguado Correa, “Principio de Inexigibilidad de otra Conducta en las Categorías del Delito.” *Revista Digital de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* 3 (2011), 22-69.

⁴ Ver, José Sánchez Gallego, “El error sobre las causas de exculpación en España y Panamá.” *Tesis de Doctorado. Universidad de Sevilla*, (2017),1-486.

⁵ Ver, Luis Jiménez de Asúa, “Casos Legales de no Exigibilidad de Otra Conducta”, en *Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana S.A, 1958).

⁶ Ver, Ernesto Alban, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A, 2006), 147-148.

⁷ Ver, Claux Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1 Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ed. D Luzón Peña, M Díaz, J Remesal (Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1997), 160-162.

⁸ Ver, Diego Luzón Peña, “Exculpación por inexigibilidad penal.” *Revista Justicia y Sistema Criminal* 8 (2016), 9-36.

apertura en varias legislaciones a los tipos de aborto que protegen la vida y salud de la madre y del que está por nacer, denominándolos como terapéuticos, eugenésicos y éticos humanitarios⁹. Este último cuando la mujer es víctima de violación.

La violación es un tipo de violencia sexual contra la mujer, este acto atroz puede ocasionar severas afectaciones negativas en el ámbito físico y psicológico a la víctima y al núcleo familiar. Producto de ello puede existir embarazos no deseados lo que daría lugar a que las mujeres se practiquen el aborto denominado ético o humanitario para evitar la descendencia no deseada¹⁰.

2.2. Marco normativo

El aborto ha sido reconocido como delito en los ordenamientos penales ecuatorianos, desde el primer Código Penal que entró en vigencia en 1837, actualmente el COIP lo tipifica en la sección de delitos contra la vida¹¹.

Por consiguiente, existe protección al derecho a la vida, reconocido en los Tratados Internacionales, como: la Declaración Universal de Derechos Humanos¹², Convención Americana de Derechos Humanos¹³, y en el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño¹⁴. En Ecuador también se garantiza dicho derecho, mismo que se encuentra estipulado en la Constitución¹⁵, en los artículos 66, sobre la inviolabilidad de la vida de las personas y 45 con respecto a la garantía del derecho a la vida desde que empieza la concepción. También se lo reconoce en el artículo 20 Del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁶.

El aborto punible del artículo 149¹⁷ del COIP, al ser un aborto provocado, tiene una pena privativa de libertad de seis meses a dos años a la mujer que se lo practica y al sujeto que lo realiza con una pena de uno a tres años. El inciso segundo de este artículo prevé una sanción a aquella mujer que decide practicarse el aborto, incluso si el embarazo fue producto de una violación sexual. En virtud de esto, podría alegarse una vulneración

⁹ Silvana Erazo, "Un intento del poder legislativo de despenalizar el aborto por violación en la legislación penal ecuatoriana." *Universidad Técnica Particular de Loja* (2003), 3.

¹⁰ Ver, Jeannette Campos, "Diferentes enfoques éticos al problema del aborto." *Revista Reflexiones* 85 (2006), 75-91.

¹¹ Artículos 147, 148 y 149 Código Orgánico Integral Penal (COIP), R.O. Suplemento 180 de 10 feb-2014.

¹² Artículo 3, Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

¹³ Artículo 4, Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificado por el Ecuador 8 de diciembre de 1977.

¹⁴ Convención de Derechos del Niño, ratificado por Ecuador 26 de enero de 1990

¹⁵ Artículos 66 y 45 Constitución de la República del Ecuador, R.O. Suplemento 449 de 20-oct-2008.

¹⁶ Artículo 20 Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. Suplemento 737 de 3 de enero del 2003.

¹⁷ Artículo 149, COIP.

al artículo 66.10 de la Constitución¹⁸, reconocido como un derecho a la libertad para tomar decisiones, sobre la salud reproductiva y la elección de cuantos hijos tener. Además, existiría vulneración al derecho integridad personal de la víctima, reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹ y en la Constitución del Ecuador²⁰.

A pesar de que el Ecuador sanciona el aborto, el COIP plantea dos excepciones a la punibilidad de este delito, dentro del artículo 150²¹, dando paso a la realización de este acto solo en caso de ser un aborto terapéutico, cuando la salud y vida de la madre se encuentre en peligro y el aborto eugenésico, cuando el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer con discapacidad mental.

Por otro lado, el elemento de la culpabilidad se encuentra amparado en el artículo 34²² del COIP, donde no se emplea el elemento de la exigibilidad de otra conducta, sin embargo, partiendo de la escuela finalista y de la concepción normativa de la culpabilidad, el presente ensayo pretende que se incorpore en el ordenamiento penal ecuatoriano. Y por consiguiente se de apertura a la inexigibilidad de otra conducta como causal de inculpabilidad.

Mediante un análisis de derecho comparado, se evidencia que en legislaciones internacionales reconocen a la inexigibilidad como causal de inculpabilidad. En el Código Penal uruguayo²³, existe una causal eximente de culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta con respecto al aborto humanitario, ya que el juez tiene la potestad de atenuar la pena o si así lo considera eximirla totalmente de responsabilidad. De igual forma, en el ordenamiento penal del Distrito Federal de México, en sus causas de exculpación de delito, tienen por inexigibilidad de otra conducta con respecto al delito de aborto²⁴. Así mismo en Colombia existe una causal de inculpabilidad por inexigibilidad en el aborto cuando embarazo fue producto de violación²⁵.

2.3. Estado del arte

¹⁸Artículo 66 numeral 10, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁹Artículo 4, Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificado por el Ecuador 8 de diciembre de 1977.

²⁰Artículo 66 numerales 2 y 3 Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²¹Artículo 150, COIP.

²²Artículo 34, COIP.

²³Artículo 328 incisos 1,2 y 4, Código Penal Uruguay (Ley 9.155), Decreto N. 698/967 de 26 de octubre de 1967.

²⁴Artículo 29 inciso IV y 148, Código Penal del Distrito Federal de México, 16 de Julio de 2002. Última reforma 31 de diciembre del 2018.

²⁵Artículo 124, Ley 599 de 2000, Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000.

Fernando Velázquez²⁶, determina que la culpabilidad está dentro de la teoría del delito, manifestando que para la existencia de la responsabilidad penal es necesario tomar en cuenta el principio *Nulla Poena Sine Culpa*, es decir no hay pena si no hay culpa.

En base a la categoría dogmática de la culpabilidad Muñoz Conde²⁷, manifiesta que la comisión de un acto delictivo como hecho típico y antijurídico no conduce automáticamente la pena, pues debe configurarse la culpabilidad y el tercer elemento de esta categoría dogmática, es decir la no exigibilidad de otra conducta.

Por su parte Jesús Gómez²⁸, indica que, dentro de la concepción normativa, se requiere de presupuestos como la capacidad de comprensión, poder de determinación de acciones, y que no basta con solo realizar la acción típica y antijurídica, considera que allí surge la exigibilidad de actuar conforme a derecho. No obstante, existen circunstancias extremas de motivación individuales o sociales, donde se debe analizar si es o no exigible al sujeto obrar de otra manera.

Sobre la no exigibilidad de otra conducta, Ernesto Alban²⁹, indica que debe hacerse un análisis al sujeto, para verificar cuales fueron los impulsos que lo incentivaron a violar con su conducta las normas que el Estado exige, pues es necesario comprobar si la persona obro en circunstancias normales.

Por otro lado, en cuanto a la violencia sexual en contra de las mujeres, Lola Valladares³⁰, indica que la violación sexual constituye una invasión al cuerpo y sexualidad de las mujeres y que las consecuencias pueden ser devastadoras que afectan a la salud física y psicológica, lo cual genera humillación, autoculpación, entre otros resultados negativos. Además, indica que producto de la violación sexual se pueden dar casos de embarazos no deseados, tema que es esencial en la investigación.

Agregando a lo anterior, Jeanette Campos³¹, denomina aborto ético o humanitario a las mujeres que decidan abortar en caso de que el embarazo haya sido a causa de una violación, indicando que el objetivo de dicho aborto es el evitar una descendencia no deseada, justamente por tratarse de la consecuencia de un delito.

²⁶Fernando Velázquez, *Manual de Derecho Penal Parte General*, quinta edición (Bogotá: Editorial Jurídicas Andrés Morales, 2013), 518.

²⁷ Ver, Francisco Muñoz Conde, Mercedes García, *Derecho Penal Parte General*, 8va edición (Valencia: Tirant Blanch Libros, 2010), 346-349.

²⁸ Ver, Jesús Gómez, *Teoría del Delito* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2003).

²⁹ Ver, Ernesto Alban, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A, 2006), 146-147.

³⁰ Ver, Lola Valladares, "Violencia sexual contra las mujeres." *Foro 8 Revista de Derecho UASB* (2007), 109-238.

³¹ Ver, Jeannette Campos, "Diferentes enfoques éticos al problema del aborto", *Universidad de Costa Rica Facultad de Ciencias Sociales* (2006), 75-91.

Ante esta situación Gabriel Adriasola³², hace referencia específicamente a la inexigibilidad de otra conducta, con respecto al aborto por una violación e indica que este se encuentra amparado dentro del Código Penal uruguayo, como eximente de culpabilidad, pues considera que no se puede reprochar la conducta a una persona cuando no pudo cometer la conducta conforme a derecho, en este caso el aborto sentimental, honorífico.

3. La culpabilidad

Para imponer una pena a un sujeto, no es suficiente la comisión de un hecho típico y antijurídico, pues como indican los preceptos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, el cometer un acto delictivo no acarrea inmediatamente la imposición de una pena, en tal virtud debe efectuarse una tercera categoría en la Teoría del Delito. Existe pues la posibilidad de que a un sujeto no se le imponga una pena, por las causas de exclusión de culpabilidad³³.

La culpabilidad es el último elemento de la noción dogmática dentro de la Teoría del Delito, pues aquí se asimila a la responsabilidad penal con el principio de *Nulla Poena Sine Culpa*³⁴. Este concepto ha ido evolucionando conforme el paso del tiempo y se ha ido cambiando por las diferentes concepciones de la culpabilidad, la doctrina ha planteado sus posturas, dando paso a diferentes concepciones, muchas de ellas no aplicadas, sin embargo, las más importantes son: la concepción psicológica, misma que ha sido superada por la concepción normativa de la culpabilidad.

3.1. Concepción psicológica de la culpabilidad

El sistema clásico del derecho penal origina la concepción psicológica de la culpabilidad. Velázquez manifiesta que dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad se observa una relación subjetiva que analiza únicamente el acto y el autor³⁵.

Gonzalo Quintero ilustra con una breve historia sobre el nacimiento de la concepción psicológica, aseverando que esta se desarrolló en Alemania en el siglo XIX, y tiene como fundamento el aspecto interno de causalidad en donde se ve un nexo psíquico entre la acción y el resultado en el delito, es decir, según esta concepción la

³² Ver, Daniel Adriasola, "Aborto: Posibilidad de un conceso Social", *Revista médica del Uruguay* 22 (2006), 6-16.

³³ Ver, Francisco Muñoz Conde, Mercedes García, *Derecho Penal Parte General*, 8va edición (Valencia: Tirant Blanch Libros, 2010), 349-350.

³⁴ Fernando Velázquez, "La culpabilidad y el principio Nulla Crime Sine Culpa", en *Manual de Derecho Penal Parte General*, quinta edición (Bogotá: Editorial Jurídicas Andrés Morales 2013), 518.

³⁵ Ver, Fernando Velázquez, *Manual de Derecho Penal Parte General*, quinta edición (Bogotá: Editorial Jurídicas Andrés Morales, 2013), 527-531.

persona será culpable cuando el hecho que está realizando le pueda ser imputado solo con dolo o con culpa. La ideología de esta concepción se situaba en la concepción psicológica que tiene el hombre y en la capacidad intelectual para comprender el sentido de lo que está cometiendo³⁶.

Claux Roxin, manifiesta que el pensamiento naturalista desarrolló el concepto de la concepción psicológica y dice que esta se concebía como la relación subjetiva del sujeto con el resultado, observando únicamente al dolo y la culpa como elementos suficientes para imputarse una pena³⁷.

3.2. Concepción normativa de la culpabilidad

El concepto psicológico de la culpabilidad fue reemplazado en los primeros años del siglo XX por la concepción normativa originada en el sistema neoclásico³⁸. Donde la culpabilidad se entendió como un juicio de reproche, ya no como un hecho psíquico que observaba al dolo y la culpa en la culpabilidad. Por consiguiente, se observa el elemento de exigibilidad de obrar conforme a derecho³⁹.

Posteriormente la concepción normativa de la culpabilidad se trasladó a la escuela finalista, propuesta por Hans Welzel, en donde se reconoció a los tres elementos de la culpabilidad: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta⁴⁰.

Ernesto Albán manifiesta que en la concepción normativa de la culpabilidad se debe verificar las condiciones normativas del sujeto, mismas que le impulsaron a cometer una conducta delictiva a sabiendas de la antijuridicidad del acto, además, debe comprobarse que la persona ejecutó su conducta en circunstancias normales, por lo que el derecho debe analizar si es posible o no exigirle a esa persona realizar una conducta conforme a derecho, verificando cuales fueron las motivaciones que le impulsaron a cometer un ilícito⁴¹.

De igual forma, Muñoz Conde indica que la comisión de un acto delictivo como hecho típico y antijurídico no conduce automáticamente la pena, pues existen casos en

³⁶ Gonzalo Quintero, Parte General del Derecho Penal Adaptada al Programa de ingresos en las Carreras Judicial y Fiscal, ed F Morales (Navarra: Editorial Arazandi, S.A 2015), 279.

³⁷ Claux Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1 Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ed. D Luzón Peña, M Díaz, J Remesal (Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1997), 794.

³⁸ *Id.*, 794-796.

³⁹ Gonzalo Quintero, Parte General del Derecho Penal Adaptada al Programa de ingresos en las Carreras Judicial y Fiscal, ed. F Morales (Navarra: Editorial Arazandi, S.A 2015), 281.

⁴⁰ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General octava edición* (Barcelona: Editorial Reppertor, 2006), 533.

⁴¹ Ver, Ernesto Alban, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A, 2006), 129-128.

los que el autor del hecho típico y antijurídico pueden quedar exceptos de la pena, sugiriendo la culpabilidad como tercer elemento⁴².

3.3. Análisis desde la concepción normativa de la culpabilidad y sus elementos

La concepción normativa tiene los siguientes presupuestos: capacidad, comprensión del acto, poder de determinación de acciones, es allí donde surge la exigibilidad de actuar conforme a las exigencias del derecho, teniendo en cuenta que todos los hombres son iguales ante la ley, al tener los mismos deberes y derechos, no obstante, las condiciones de vida y la interacción social de cada individuo, le imponen situaciones diferentes que se proyectan en mayor o menor medida en el desarrollo de la personalidad y el exigir la conducta adecuada⁴³.

Los elementos de la culpabilidad se clasifican en: la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de comportamientos distintos. La imputabilidad se manifiesta cuando una persona comete un acto típico y antijurídico, gozando de sus facultades psíquicas para ser motivado a cometer el ilícito. Así mismo, debe haber conocimiento de la antijuridicidad, esto se da cuando un individuo actúa dolosamente comprendiendo la ilicitud de su hacer, es decir, se realiza una conducta prohibida por la ley y por consiguiente esta transgreda el bien jurídico protegido de un tercero. Como último elemento se encuentra la exigibilidad de comportamiento distinto que se refiere a que “el Estado exige el cumplimiento de los mandatos normativos, ya que es un deber para todos los ciudadanos”⁴⁴.

3.4. La culpabilidad en Ecuador

En Ecuador, el concepto de culpabilidad se encuentra amparado en el artículo 34 del COIP, que indica, “para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”⁴⁵.

El sistema penal ecuatoriano no tiene un parámetro de exigibilidad de otra conducta en la culpabilidad, por lo que el juzgador no lo toma en cuenta al momento de hacer el análisis de la teoría del delito. En virtud de esto, a través de un análisis finalista y por ende la concepción normativa de la culpabilidad, se propone la incorporación de la

⁴² Ver, Francisco Muñoz Conde, Mercedes García, *Derecho Penal Parte General*, octava edición (Valencia: Tirant Blanch Libros 2010), 346-350.

⁴³ Ver, Jesús Gómez López, *Teoría del Delito* (Bogotá: Ediciones Doctrina Ley, 2003).

⁴⁴ Ver, Francisco Muñoz Conde, Mercedes García, *Derecho Penal Parte General*, octava edición (Valencia: Tirant Blanch Libros, 2010), 354-358.

⁴⁵ Artículo 34, COIP.

exigibilidad de otra conducta al sistema penal ecuatoriano, para que se pueda dar paso a la inexigibilidad como causal de inculpabilidad.

4. La exigibilidad de otra conducta en la culpabilidad

El elemento de exigibilidad de otra conducta se origina en la concepción normativa. Dentro de esta concepción de culpabilidad, es necesario que se configure elemento de exigibilidad para que se pueda realizar el juicio de reproche.

La esencia de este concepto es que a una persona se le puede exigir que hiciera una cosa distinta a la que finalmente hizo, ya que el derecho considera que eso es lo que hubiera hecho en aquella situación un hombre “normal o medio”. De modo que, para verificar el grado de exigibilidad, la doctrina utiliza un parámetro del hombre medio, para determinar que es exigible o inexigible. En este sentido se daría lugar a un problema, ya que la exigibilidad no delimita criterios objetivos para hacer una ponderación legítima de cuál sería dicho hombre medio peor aún las decisiones toma aquel hombre. En virtud de esto, el juzgador penal, debe hacer una valoración a cada caso en concreto.

Ante esta situación, Teresa Aguado Correa indica que “el derecho no podría prescindir de la contemplación del hombre medio puesto que todo el ordenamiento punitivo está construido sobre el nivel psíquico y moral de la mayoría de los ciudadanos”⁴⁶. Siendo así, el legislador debe dar un argumento objetivo de quien es el “hombre medio” para lograr delimitar lo exigible.

Así mismo, el ordenamiento penal no puede exigir que se cumpla bajo la amenaza de pena realizar comportamientos heroicos en determinadas situaciones en las cuales un sujeto, pese a cometer una conducta incriminada en esa circunstancia no le era exigible un comportamiento conforme a derecho⁴⁷.

Muñoz Conde, manifiesta que es esencial plantear un estudio de la exigencia de otra conducta, pues ciertamente es el último elemento que se debe cumplir para configurar la categoría dogmática de la culpabilidad, es por ello que se debe dar “...cumplimiento de los mandatos normativos, es un deber para todos los ciudadanos, pues el ordenamiento jurídico es quien marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona...”⁴⁸.

⁴⁶Teresa Aguado, “Principio de Inexigibilidad de otra Conducta en las Categorías del Delito.” *Revista Digital de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* 3 (2011), 33.

⁴⁷ *Id.*, 32-33.

⁴⁸ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García, *Derecho Penal Parte General*, octava edición (Valencia: Tirant Blanch Libros, 2010), 36.

De igual forma Ernesto Albán indica que la exigibilidad existe siempre y cuando se realice un análisis del sujeto y los impulsos que lo incentivaron a violar las normas que el derecho sugiere como ideales. Así mismo se debe realizar una valoración del sujeto de forma penal para determinar si la persona ha obrado en circunstancias normales, y así determinar el nivel de exigibilidad que tiene el Estado ante una persona⁴⁹.

Además, Velázquez, dice que cuando existe una comisión dolosa del delito, es necesario determinar las condiciones en las que le es exigible a la persona una conducta acorde a las pautas normativas, es decir a la exigibilidad⁵⁰.

En síntesis, este elemento de exigibilidad de otra conducta necesariamente debe configurarse para que se pueda realizar un juicio de reproche a la persona que comete el acto típico y antijurídico, caso contrario no cabría una sanción penal.

5. La inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpação

La inexigibilidad se origina en Alemania a principios de los años 20 del siglo XX, esta surgió por una crisis económica y social, misma que se dio como una forma de exclusión de la culpabilidad de las personas que por temor a consecuencias, se veían obligados a cometer delitos. Años después la postura fue rechazada al no ser compatible con la mentalidad de los hombres de aquella época en Alemania, ya que, según ellos se mostraba como un signo de debilidad del “superhombre”, mismo que debía presentar superioridad ante cualquier circunstancia. Posteriormente se volvió a tomar en cuenta, al acabar la Segunda Guerra Mundial pues de esa manera exculpaban a los médicos y soldados alemanes en la época del nacionalismo que exterminaban a enfermos mentales en campos de concentración⁵¹.

Con el supuesto de inexigibilidad de otra conducta se podría enervar la culpabilidad de una persona dentro de un delito, ya que podría surgir una circunstancia tan intensa sobre el sujeto que genere alguna cuestión motivacional anormal y este no tenga posibilidad de evitarla⁵².

Mir Puig asevera que, la responsabilidad penal no solo puede decaer cuando el sujeto que comete el ilícito sea una persona inimputable, sino también debe tomarse en

⁴⁹Ernesto Alban, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A, 2006)129-130.

⁵⁰Fernando Velázquez, *Manual de Derecho Penal Parte General*, quinta edición (Bogotá: Editorial Jurídicas Andrés Morales 2013), 564.

⁵¹Francisco Muñoz Conde, Mercedes García, *Derecho Penal Parte General*, octava edición (Valencia: Tirant Blanch Libros, 2010), 337.

⁵² Ver, José Sánchez Gallego, *El error sobre las causas de exculpación en España y Panamá* (Sevilla: Universidad de Sevilla, 2017), 1-486.

cuenta cuando las personas capaces se encuentran en una situación motivacional anormal que recae sobre un sujeto, en tal virtud, se dice que los sujetos han obrado en una situación de inexigibilidad, porque el derecho no considera exigible soportar una presión motivacional excepcional y no sería justo aplicar una pena debido a la extraordinaria situación.

En lo que se refiere a la anormalidad, no quiere decir que el hombre sea anormal, sino que se encuentra en una situación anormal, es por ello que, Mir Puig basa su argumento en el derecho penal democrático, indicando que la conducta realizada pese a ser antijurídica y prohibida, en ciertas circunstancias no son exigibles, pues no se trata de alcanzar un derecho de héroes⁵³.

La esencia de la inexigibilidad de otra conducta se conceptualiza en que el derecho penal no puede exigir a una persona que actúe conforme a derecho estando en situaciones extremas ya que se estaría exigiendo comportamientos heroicos con tal cumplir con el ordenamiento. En virtud de esto, aunque la conducta del sujeto sea típica y antijurídica quedaría justificado dentro de la culpabilidad⁵⁴.

Al respecto, Raúl Plasencia asegura que “la inexigibilidad no significa ausencia de una prohibición; al contrario, la cuestión de la inexigibilidad solo se plantea en el ámbito de la culpabilidad y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho”⁵⁵. Es decir que, cuando una persona comete un hecho antijurídico, en dicho momento, le es inexigible actuar conforme a derecho a pesar de que la conducta sea antijurídica.

Bajo esta premisa, se observa que la inexigibilidad de otra conducta actúa como una causa de inculpaibilidad, que defiende la no reprochabilidad a aquella persona que comete un acto ilícito en circunstancias particulares, en las que no se le podría exigir una legal. De este modo no se configuraría el elemento de la culpabilidad y por lo tanto no cabría una sanción penal. Pues “no procede culpablemente el autor si se admite conforme a derecho que en las circunstancias de caso en particular no se puede exigir otra forma de actuar”⁵⁶.

⁵³ Ver, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, octava edición (Barcelona: Editorial Reppertor, 2006), 598-600.

⁵⁴ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García, *Derecho Penal Parte General*, octava edición (Valencia: Tirant Blanch Libros, 2010), 355.

⁵⁵ Raúl Plasencia, *No Exigibilidad de Otra Conducta, Teoría del Delito*, Ed. R Márquez (México D.F: Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Autónoma de México, 2004), 175.

⁵⁶ Ver, Edmund Mezger, “La no exigibilidad y su significación jurídico-penal”, en *Derecho Penal libro de estudio Parte General*, ed. B Lerner (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958), 272-273.

5.1. La inexigibilidad de otra conducta como principio supralegal

Este principio nació desde la concepción normativa. Henkel apoya la inculpabilidad supralegal como principio regulador, manifestando que inexigibilidad corresponde a un papel secundario y auxiliar. Este autor concluye que el principio de inexigibilidad es regulativo y debe observarse como una cláusula neutra y formal que no señala normas para resolver un caso en concreto, únicamente brinda una orientación al juez para que sea él quien elabore una regla adecuada para la exclusión de culpabilidad⁵⁷. Ahora bien, se hablaría de la actuación del juzgador ejerciendo su capacidad de sana crítica para resolver cada caso en concreto.

Jiménez de Asúa manifiesta que la inexigibilidad de otra conducta es un concepto supralegal pues, la importancia y esencia de esta causa genérica de inculpabilidad, radica justamente en ser supralegalidad. Pese a que algunos ordenamientos penales amparan este principio en su ordenamiento penal⁵⁸.

Agregando a lo anterior, se dice que la inexigibilidad es una especie de resorte que da lugar a las causas supralegales de exculpación, pues de esta forma se trataba de proporcionar salidas justas en calidad de causa de exculpación a algún caso que no esté previsto dentro del ordenamiento. Por consiguiente, se podría exculpar a la persona sin que alguna disposición legal logre eximirlo. Sin embargo, dicha reflexión ha sido rechazada por la imprecisión que podría provocar. Y que se solo se podría aplicar la inexigibilidad como causa supralegal en los delitos imprudentes y omisivos⁵⁹.

Así mismo, existen posturas en contra de la inexigibilidad como causa supralegal porque encierra el peligro de una justificación muy extensa de la acción típica, SCHÖNKE niega a la inexigibilidad la posibilidad de ser una causa de inculpabilidad. Así mismo, cuando se trata de delitos dolosos⁶⁰.

Ernesto Alban sostiene que la teoría de la inexigibilidad se da cuando una persona comete un acto delictivo, aun siendo imputable, y habiendo ejecutado la conducta con dolo o culpa, no sería culpable, debido a que a esa persona no se le podía exigir una

⁵⁷Ver, Heinrich Henkel, *Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo*, Colección Maestros del Derecho penal, ed. Gonzalo Fernández, Gustavo Aboso (Buenos Aires: Editorial B de f, 2008).

⁵⁸Luis Jiménez de Asúa, “Casos Legales de no Exigibilidad de Otra Conducta”, en *Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana S.A, 1958), 411.

⁵⁹José Sánchez, *El error sobre las causas de exculpación en España y Panamá* (Sevilla: Universidad de Sevilla, 2017), 1-486.

⁶⁰Ver, Heinrich Henkel, *Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo*, Colección Maestros del Derecho penal, ed. Gonzalo Fernández, Gustavo Aboso (Buenos Aires: Editorial B de f, 2008).

conducta diferente a la que decidió tomar⁶¹. La inexigibilidad podría aplicarse con el alcance de supralegal, sin embargo, el juzgador debería resolver analizando el caso en concreto, observando las circunstancias del sujeto y sus motivaciones. Adicionalmente, y si bien es la extensión de aplicación menos aceptada por la doctrina, quienes desarrollaron en un inicio el concepto de inexigibilidad, la concibieron como causa supralegal para excluir la culpabilidad.

Siendo así, se concluye que existe un rechazo por la aplicación de la inexigibilidad como supralegal, por ser muy amplia y también por no observar el principio de legalidad. En estas circunstancias sería ideal tener expresamente esta causa de exculpación en el ordenamiento penal, justamente para proteger el principio de legalidad⁶².

5.2. Inexigibilidad de otra conducta objetiva y subjetiva

A propósito de la inexigibilidad, ésta se divide en dos criterios, inexigibilidad objetiva general o en subjetiva individual. En primer lugar, se habla de inexigibilidad objetiva cuando existe una causa de justificación, misma que podría situarse en la tipicidad y la antijuridicidad. Pues es el legislador es quien la reconoce como legal y se considera permitida y soportada por todos⁶³. En este sentido, se podría estar frente a un estado de necesidad justificante, este se da cuando un sujeto lesiona un bien jurídico protegido, para salvaguardar otro de mayor valor, en virtud de esto el derecho lo justifica observando únicamente la antijuridicidad⁶⁴.

Por otro lado, la inexigibilidad subjetiva, se refiere a la causa de exculpación, ubicada en la culpabilidad. En esta situación, la conducta exculpada, en contraste de la inexigibilidad objetiva, no es aprobada por el legislador, de tal modo, no es una conducta permitida, sin embargo, esta no se castiga⁶⁵. La inexigibilidad subjetiva, únicamente puede recaer en el sujeto que comete el ilícito, en este caso se analiza de forma individual al sujeto, porque se dice que se encuentra en circunstancias extremas y sumamente difíciles, lo que impide una motivación para guiar su comportamiento jurídicamente

⁶¹Ernesto Alban, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A, 2006), 147.

⁶²*Id.*, 146.

⁶³Claux Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1 Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ed. D Luzón Peña, M Díaz, J Remesal (Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1997), 195.

⁶⁴ Ver, Teresa Aguado Correa, "Principio de Inexigibilidad de otra Conducta en las Categorías del Delito." *Revista Digital de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* 3 (2011), 21-69.

⁶⁵Claux Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1 Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ed. D Luzón Peña, M Díaz, J Remesal (Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1997), 195.

correcto. En virtud de esto, no sería adecuado ni posible exigirse comportamiento acorde a derecho bajo una amenaza de un reproche criminal y por ende una pena⁶⁶.

Ahora bien, el supuesto de inexigibilidad aún no se ha desarrollado en el Ecuador, sin embargo, cabe indicar que sería de suma importancia incorporar este elemento en el ordenamiento penal ecuatoriano por el principio de legalidad o en su defecto tenerlo presente como supralegal.

6. El Aborto

Edgardo Donna manifiesta que jurídicamente el aborto “es un delito contra la vida, atiende, en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto”⁶⁷. Dado esto, se observa que el bien jurídico tutelado es la vida del que está por nacer. Por otro lado, el concepto médico describe al aborto como una expulsión del fruto de la concepción que se provoca de forma prematura⁶⁸.

El aborto puede darse por diversas formas, una de ellas por circunstancias naturales o espontáneas, donde no hay participación ni intención de provocarlo; sin embargo, éste ocurre en situaciones que afectan a la mujer como infecciones, estados graves físicos y emocionales que de manera natural se da la pérdida del feto antes de la semana 20. Otra forma es el aborto accidental, que surge en circunstancias no previstas como son intoxicaciones o envenenamientos; no obstante, este puede ser provocado sin la intención de ocasionar un aborto⁶⁹.

Finalmente, el aborto provocado es cuando existe la intención premeditada de quitar la vida al producto de la concepción. Este aborto es objeto de estudio en el presente ensayo, pues se observa que el mismo puede ser practicado de forma lícita o ilícitamente, depende de las leyes de cada país, este se puede ejecutar con el consentimiento de la mujer o incluso ella mismo puede practicárselo⁷⁰.

Dentro de los abortos que consideran lícitos, en su mayoría se realizan por cuestiones de salud. El aborto terapéutico es aquel que se realiza con el objetivo de

⁶⁶Diego Luzón Peña, “Exculpación por inexigibilidad penal.” *Revista Justicia y Sistema Criminal* 8 (2016), 17.

⁶⁷Edgardo Donna, *Derecho Penal Parte Especial tomo 1* (Buenos Aires:Rubinzal Culzoni Editores, 2011), 63.

⁶⁸*Id.*, 63

⁶⁹Silvana Erazo, “Un intento del poder legislativo de despenalizar el aborto por violación en la legislación penal ecuatoriana.” *Universidad Técnica Particular de Loja* (2003), 3.

⁷⁰*Id.*, 4.

precautelar la vida y la salud de la mujer, puesto que el embarazo presenta complicaciones de enfermedad grave a la madre, y se teme que la madre muera al momento de extraer el feto. El aborto eugenésico se lo practica si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca discapacidad mental, se lo realiza para evitar que el niño presente alguna capacidad especial mental o física al momento de nacer⁷¹.

Por último, el aborto ético o humanitario, mismo que ha sido tema de controversia en cuanto a la punibilidad, debido a que en este caso la mujer decide no seguir con el embarazo por haber sido producto de una violación, la finalidad de este aborto es evitar la descendencia no deseada⁷². En este último se funda un debate entre posturas a favor y en contra del mismo, por un lado, quienes defienden la vida del que esta por nacer frente a quienes apoyan el aborto en esta situación basándose en la libertad de la mujer a decidir sobre su embarazo.

7. El Aborto en la legislación ecuatoriana

A lo largo de la historia se han dado regulaciones al aborto, en el año 1837, el Código Penal tipificó al aborto como un delito que protegía el bien jurídico de “la existencia natural y civil de los niños”; sin embargo, únicamente eran penalizadas las personas que causaban el aborto, no había consentimiento de la mujer, ya que en aquella época las mujeres no eran consideradas como persona de derechos. Posteriormente, el Código Penal de 1872 en la época de Gabriel García Moreno fue más conservador, influenciado por el catolicismo, este Código protegía el bien jurídico de “orden de la familia y moral pública”, aquí sí se sancionaba a la mujer⁷³.

En 1938, el Código Penal, reconoció como bien jurídico protegido a la vida, y se plantearon dos excepciones para la penalización del aborto, la primera por el riesgo y salud de la mujer, y la segunda en caso de una violación a una mujer demente, siendo este el aborto eugenésico cuya finalidad era evitar que el niño tenga las mismas discapacidades mentales de la madre⁷⁴. Posteriormente con la reforma del Código en el año 1971 se mantuvo la punibilidad del aborto, conservando las causas de excepción⁷⁵.

⁷¹ Ver, Fabiola Villela, Jorge Linares, Diagnóstico genético prenatal y aborto Dos cuestiones de la eugenesia y discriminación.” *Revista de bioética y Derecho* 24 (2012), 31-43.

⁷² Ver, Jeannette Campos, “Diferentes enfoques éticos al problema del aborto.” *Revista Reflexiones* 85 (2006), 75-91.

⁷³ Silvana Erazo, “Un intento del poder legislativo de despenalizar el aborto por violación en la legislación penal ecuatoriana.” *Universidad Técnica Particular de Loja* (2003), 2.

⁷⁴ Código Penal, Registro Autentico 1938, de 22 de marzo de 1938.

⁷⁵ Código Penal, Registro Oficial, Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

Actualmente en el ordenamiento penal ecuatoriano, el aborto es delito, según los artículos 147, 148 y 149 del COIP⁷⁶, y se protege el bien jurídico de la vida del nasciturus, así mismo se han mantenido las causales de no punibilidad previstas en el artículo 150⁷⁷ del mismo cuerpo legal. Se considera importante mantener una regulación con respecto al aborto, ya que la punibilidad de este sanciona a los sujetos que ejecutan este acto sin estar autorizados por la ley, también a aquellos que lo practican sin el consentimiento de las madres y de alguna forma disuade a las mujeres a realizarlo por el embarazo no deseado producto de relaciones sexuales consentidas, caso contrario sería muy sencillo abortar, por el hecho de no asumir la responsabilidad de ser madre.

Frente a las excepciones de punibilidad que prevé el COIP, se considera que estas son esenciales debido a la especial vulnerabilidad por la que las mujeres pasan al momento del embarazo. Sin embargo, se evidencia que el legislador no ha acogido al aborto por violación de forma expresa en el ordenamiento, pues no existe tipicidad objetiva que determine a esta situación como un eximente.

7.1. Eximentes de responsabilidad en el delito de aborto en Ecuador.

El ordenamiento penal ecuatoriano se rige por un sistema de prohibición con excepciones dentro del delito de aborto, en tal virtud, hay legitimidad en cuanto al aborto en dos casos previstos en el artículo 150 del COIP⁷⁸. El aborto terapéutico y el aborto eugenésico.

7.1.1. El aborto terapéutico

Para ejecutar el aborto terapéutico debe existir diagnósticos periciales que determinen la existencia de peligro a la vida y salud de la gestante. Es decir, que la mujer haya desarrollado alguna patología física o psicológica muy grave para que el médico recomiende que se ejecute el aborto como única solución. De tal forma se podrá descartar la formulación de cargos a quien se practique el aborto⁷⁹.

Con respecto a la salud física o psicológica que pueda presentar la madre. En la primera, para practicarse un aborto debe presentarse complicaciones en el embarazo y las mismas no puedan finalizar sin otra alternativa que sea el aborto. Como una enfermedad

⁷⁶ Artículos 147, 148 y 149, COIP.

⁷⁷ Artículo 150, COIP.

⁷⁸ Artículo 150, COIP.

⁷⁹ Ver, Fernando Yávar, *Orientaciones Código Orgánico Integral Penal* (Guayaquil: Producciones Jurídicas REFYYADÚ, 2015), 371-373.

de cardiomiopatía hipertrófica, cuya mortalidad materna por el embarazo tienen un perfil de alto riesgo⁸⁰.

En cuanto a la salud psicológica, esta debe afectar severamente a la mujer embarazada para poder ejecutarse el aborto, mismo que un médico debe recomendar como único medio practicable para proteger la salud de la mujer. Sin embargo, en toda situación en que la mujer presente trastornos en el ánimo, este debe tratarse con terapias para ayudar a la salud de la madre. Pues no se justifica médicamente realizar operaciones innecesarias como abortos sentimentales terapéuticos cuando existe depresión o haya sido víctima de violación⁸¹. No obstante, este caso está sujeto a exámenes periciales, pues un médico es quien debe recomendar que se practique el mismo⁸².

7.1.2. El aborto eugenésico

El segundo caso de excepción a la punibilidad del aborto se da cuando el embarazo es consecuencia de violación en una mujer con discapacidad mental. Para probar ello en principio debe existir una denuncia en la fiscalía, por consiguiente, una pericia médica, y la realización de un informe físico, psicológico y psiquiátrico, para determinar que efectivamente ha existido un delito en contra de la víctima abortiva.

La característica de la discapacidad mental se remite a la pérdida de la función psicológica, fisiológica o anatómica que ocasiona una minusvalía o situación de desventaja para un sujeto determinado. La práctica de este aborto se realiza con la finalidad de evitar que el niño nazca con discapacidad mental⁸³.

7.1.3. Análisis a los eximentes de responsabilidad en el delito de aborto en Ecuador

El sistema penal ecuatoriano debe tomar en consideración la despenalización del aborto cuando la mujer haya sido víctima de violación, en virtud de ello la investigación realiza el siguiente análisis.

Se discute al inciso 1 del artículo 150⁸⁴ del COIP, ya que indica que no sería punible el aborto cuando el embarazo sea un peligro para la vida o a salud de la mujer, y que el peligro no pueda ser evitado por otros medios. Ante esta situación, aunque va en contra del principio de legalidad, se podría asumir que el aborto por violación es impune

⁸⁰ Percy Pacora, "Aborto terapéutico: ¿Realmente existe?" *Acta Médica Peruana* 31 (2014), 237.

⁸¹ *Id.*, 237.

⁸² Ver, Fernando Yávar, *Orientaciones Código Orgánico Integral Penal* (Guayaquil: Producciones Jurídicas REFYYADÚ, 2015), 371-373.

⁸³ Percy Pacora, "Aborto terapéutico: ¿Realmente existe?" *Acta Médica Peruana* 31 (2014), 238.

⁸⁴ Artículo, 150 COIP.

debido a que evidentemente existirá afectaciones a la salud de la víctima de violación; sin embargo, el inciso indica que no se debe practicar el aborto si caben otros medios para tratar el peligro a la salud y vida de las madres.

Dado que, podrían existir casos en los que la mujer embarazada producto de la violación sufra afectaciones físicas y psicológicas que un médico no las considere tan severas para practicar un aborto terapéutico, y recomiende tratar a la mujer con otros medios como tratamientos o terapias.

Ante esta situación, se evidencia que el ordenamiento considera leves las afectaciones de la víctima y es por ello que la obliga a cumplir con la responsabilidad de criar un hijo que no eligió tener. Ya que para permitir el aborto en dicho caso el derecho requiere que el peligro sea inminente hasta llegar al extremo de ver a la mujer en situación de vida o muerte para permitir que se practique el aborto, sin tomar en cuenta la situación por la que pasa la mujer víctima del delito de violación, sus afectaciones y proyectos vida.

El segundo inciso del artículo 150⁸⁵ no se discute debido a que expresamente manifiesta que, para realizar un aborto, el embarazo debe ser consecuencia de violación en una mujer que tenga discapacidad mental.

En virtud de lo expuesto, es importante que el legislador tome en cuenta al aborto por violación a la mujer que no padezca discapacidad mental, como una excepción a la punibilidad al delito de aborto, con la finalidad de tipificarlo expresamente en la norma.

8.El aborto por violación

Conforme ha pasado el tiempo, la problemática del aborto ha ido evolucionando en Ecuador en cuanto a las restricciones legales, incluso han ido cambiando los bienes jurídicos protegidos, se ha reconocido a la mujer como persona de derechos y la posibilidad de dar su consentimiento para practicarse un aborto. Finalmente se plantearon dos eximentes de responsabilidad penal, que da lugar a las mujeres para practicarse el aborto. El problema sigue siendo el mismo; sin embargo, la realidad social va cambiando y es necesario realizar un análisis a ello.

Para adentrarse a este caso, en principio debe existir un embarazo producto de una violación, así mismo, un diagnóstico médico legal en donde se realicen exámenes físicos y psicológicos a quien fue abusada sexualmente para tener plena constancia de que existió una violación y evitar confundir casos de embarazos no deseados a causa de relaciones sexuales consensuadas.

⁸⁵ Artículo 150, COIP.

En el evento de que el embarazo sea a causa de violación, podría practicarse un aborto denominado ético o humanitario, su objeto es evitar que se le imponga a la mujer una descendencia no deseada⁸⁶.

La violencia sexual contra la mujer, “constituye una invasión del cuerpo y de la sexualidad”. La violación sexual es una experiencia traumática que necesita de intervención y ayuda profesional⁸⁷, esta podría desencadenar consecuencias devastadoras a la víctima, como daños físicos y fisiológicos que podrían afectar de forma permanente o temporal a la autonomía reproductiva y sexual de las mujeres. Así mismo, posiblemente serían víctimas de contagio de enfermedades de transmisión sexual, o por el forzamiento tener enfermedades inflamatorias de pelvis, también puede desencadenar diferentes traumas emocionales que derivan en depresión, falta de concentración, perturbaciones en el sueño. De igual forma, las mujeres sienten humillación, vergüenza y autoculpación, desamparo, miedo a tener relaciones sexuales. La afectación emocional puede ser tan grave que desencadenaría en estrés postraumático, y lo que es peor, tendencia al suicidio. Finalmente, dar lugar a embarazos no deseados⁸⁸.

8.1. El aborto inseguro

La prohibición legal que existe al aborto por violación puede dar apertura a que se practique el aborto inseguro o arriesgado, esta práctica la realizan personas que carecen de experiencia médica, en instalaciones sanitarias no aptas, que generan un peligro a la vida y salud de la madre⁸⁹. En el caso del embarazo por violación al estar penalizado, las mujeres en aras de su desesperación acuden a sitios que proporcionan dichos servicios, pese a lo arriesgado y perjudicial que puede ser para la madre.

La Organización Mundial de la Salud delimita al aborto inseguro como “...peligroso como una intervención destinada a la interrupción de un embarazo practicada ya sea por personas que carecen de la preparación necesaria o en un entorno que no reúne las condiciones médicas mínimas, o ambas cosas a la vez”⁹⁰. En tal virtud, en dichos casos el Estado debe ofrecer asistencia médica, incluso en casos de embarazo

⁸⁶ Ver, Jeannette Campos, “Diferentes enfoques éticos al problema del aborto.” *Revista Reflexiones* 85 (2006), 75-91.

⁸⁷ Ver, Alicia Cortejarena, “Mujeres Violadas: Reencuentro sexual con la pareja.” *Revista Argentina de sexualidad Humana* 18 (2005), 7-12.

⁸⁸ Ver, Lola Valladares, “Violencia sexual contra las mujeres”, *Foro 8 Revista de Derecho UASB* (2007), 109-238.

⁸⁹ Ver, Rogelio Pérez, “Prevención del aborto inseguro.” *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela* 68, (2008), 71-72.

⁹⁰ Del Concepto a la medición: La aplicación práctica, de la definición de aborto peligroso, Informe, Organización Mundial de la Salud, 3 de marzo de 2014.

producto de una violación ya que debe garantizar el derecho a la salud y atención reconocido en el artículo 359 de la Constitución del Ecuador⁹¹.

9. Derechos enfrentados en el aborto por violación

9.1. El derecho a la vida del Nasciturus

El derecho a la vida es considerado como fundamental y autónomo, varios Instrumentos Internacionales lo reconocen, como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹², la Convención Americana de Derechos Humanos⁹³, y en el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño⁹⁴.

La vida comienza desde el momento de la concepción, es decir, con la unión del óvulo y el espermatozoide, en esta situación depende de la madre para que el feto pueda seguir desarrollándose. En Ecuador se reconoce el derecho a la inviolabilidad de la vida en los artículos 66 y 45 de su Constitución⁹⁵. Por lo que el nasciturus se acoge a la garantía constitucional de protección del derecho a la vida y su vulneración se encuentra sancionada. Por consiguiente, el nasciturus, goza de la protección por tener la cualidad de ser humano. Dicho esto, existe un interés primordial por proteger el derecho a la vida, incluso la del nasciturus, ya que corresponde a todos los humanos.

En virtud de lo expuesto, la postura en contra del aborto considera que interrumpir la vida del nasciturus, constituye en una práctica inaceptable, similar a un asesinato en contra de un ser indefenso y por consiguiente no puede ser legalizado⁹⁶.

9.2. El derecho a la libertad e integridad personal de la víctima de violación

La integridad personal está reconocida en la Convención Americana de los Derechos Humanos⁹⁷ y en la Constitución del Ecuador⁹⁸. Este derecho se origina en el respeto al sano desarrollo a la vida en integridad física, psíquica, moral. La primera se refiere a la preservación y cuidado de las partes del cuerpo, la segunda se remite a la conservación de las habilidades emocionales, psicológicas e intelectuales de las personas y la tercera se refiere al derecho del ser humano a desarrollar su vida conforme a sus

⁹¹ Artículo 359, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹² Artículo 3, Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

⁹³ Artículo 4, Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificado por el Ecuador 8 de diciembre de 1977.

⁹⁴ Convención de Derechos del Niño, ratificado por Ecuador 26 de enero de 1990.

⁹⁵ Artículos 66 y 45 Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁶ Ver, Rosario Taracena, "El aborto a debate." *Decantos* 17 (2005), 15-32.

⁹⁷ Artículo 5, Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificado por el Ecuador 8 de diciembre de 1977.

⁹⁸ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

convicciones⁹⁹. Por consiguiente, el artículo 66.10 de la Constitución¹⁰⁰, reconoce el derecho de libertad de las mujeres a tomar sus decisiones libres sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuántos hijos tener. En virtud de este artículo, la mujer podría rechazar la maternidad, pese a que el ordenamiento penal le exige no hacerlo por las consecuencias legales que acarrea.

Pablo Gonzales asevera que la libertad es inherente y pertenece a cada persona, ya que es un derecho que todos los individuos tienen para ejecutar acciones u omisiones y en efecto desarrollar aptitudes y capacidades para guiar el propio objetivo de vida que cada individuo elija. Así mismo, Gonzales cita a Roxin que indica que este derecho es el punto de partida correcto de un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo¹⁰¹.

Por su parte, Miguel Carbonell¹⁰², cita a Luigi Ferrajoli, en referencia a la autodeterminación de la maternidad y por ende del aborto:

cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento —aunque sea de procreación— para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma.

Ahora bien, el sistema penal ecuatoriano prohíbe el aborto de una mujer embarazada por una violación, por lo que la víctima está obligada a cumplir con lo que exige el ordenamiento, es decir no abortar, pese a las afectaciones negativas que provoca la violación y el embarazo no deseado. En este sentido la víctima no puede elegir de acuerdo a sus convicciones el acabar con el embarazo, ya que se ve amenazada por una sanción penal¹⁰³.

Se observa un conflicto entre los bienes jurídicos que protege el ordenamiento, siendo estos, la vida del que esta por nacer, frente a la integridad personal y libertad de la mujer. Esta investigación no se enfoca en analizar de manera profunda los bienes jurídicos en controversia para determinar cuál prevalece sobre el otro en el caso del aborto por violación, ya que la esencia del ensayo se limita a presentar una causal de inexigibilidad subjetiva, atacando a la categoría dogmática de la culpabilidad, sin embargo, se reconoce

⁹⁹ Ver, José Guzmán, “El Derecho a la integridad personal.” *Cintras* (2007), 1-7.

¹⁰⁰ Artículo 66.10, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰¹ Pablo Gonzáles, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 27.

¹⁰² Ver, Miguel Carbonell, “Libertad de Procreación y Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo.” *Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la UNAM* 34 (2006) 54-68.

¹⁰³ Ver, José Guzmán, “El Derecho a la integridad personal.” *Cintras* (2007), 1-7.

la existencia de una protección incuestionable a la vida del feto, al igual que el derecho de la mujer a elegir terminar con el embarazo.

Por consiguiente, se propone al legislador que tome en consideración los bienes jurídicos que están en disputa y realice un análisis agregando el supuesto de inexigibilidad de otra conducta que ofrece la doctrina penal con el objeto no obligar a las mujeres a realizar actos heroicos con tal de cumplir con el ordenamiento y en caso de que se realice la conducta antijurídica esta sea disculpada, teniendo en presente las circunstancias extremas que motivaron a ejecutarse el aborto, todo esto, desencadenado por el delito de violación. Y dar prioridad a que la mujer pueda disponer de forma legítima sobre su propio cuerpo y logre cumplir el proyecto de vida que ha escogido¹⁰⁴.

10. Aplicación de la causal de inexigibilidad de otra conducta en el caso del aborto por violación en Ecuador

El debate persiste respecto de la despenalización del aborto por violación, quienes están a favor, defienden la integridad personal de la mujer, protegiéndola para que no tengan que soportar consecuencias de la agresión sexual, que derivan a traumas físicos y psicológicos, mismos que ponen en una situación extrema a las mujeres, colocándolas en un escenario que las obliga a culminar con el proceso de embarazo, a sabiendas de que la conducta es ilícita.

En esta situación, las personas indicadas a decidir si continúan o no con el embarazo, deben ser las víctimas. Teniendo que elegir entre, cumplir con su deber legal de obtener el fruto de la violación, no por convicción, sino porque el ordenamiento jurídico exige esa conducta. O abortarlo para acabar con el suplicio de soportar que el embarazo fue a causa de una violación.

Luego de observar la evolución del derecho y la acogida del supuesto de inexigibilidad de otra conducta en situaciones consideradas como anormales y extremas, se debe reconocer que existen conductas en las cuales el derecho no puede exigir comportamientos heroicos¹⁰⁵. De modo que debe aplicarse dicho supuesto de inexigibilidad en el caso del aborto por violación, y no obligar a la mujer a asumir una responsabilidad biológica a la fuerza y una decadencia no deseada¹⁰⁶.

¹⁰⁴Ver, Marcela Abadía, "La identidad de la mujer en el derecho penal moderno", *Revista de derecho público* (2007), 1-33.

¹⁰⁵ Ver, Daniel Adriasola, "Aborto: Posibilidad de un conceso Social. ", *Revista médica del Uruguay* 22 (2006) 6-16.

¹⁰⁶ Ver, Jeannette Campos, "Diferentes enfoques éticos al problema del aborto." *Revista Reflexiones* 85 (2006), 75-91.

Por lo expuesto, se presenta la posibilidad de aplicar la inexigibilidad de otra conducta en el caso del aborto por violación en Ecuador, como una causal de exclusión de la culpabilidad. Dado que las mujeres pasan por una situación que genera detrimento en su salud, además se ve afectada su integridad personal y libertad de elegir su proyecto de vida. Pues resulta irracional obligar a cumplir una conducta legal a alguien que se encuentra en una presión motivacional excepcional que le pide finalizar el embarazo que fue producto de un delito ¹⁰⁷.

¿Acaso el derecho penal, espera que la afectación de las mujeres sea realmente severa, al punto de que el peligro de muerte sea inminente o el peligro a la salud de la misma sea irreversible para poder practicar el aborto? ¿No basta con el hecho de que las mujeres fueron víctimas de un acto atroz e ilícito como es la violación y producto de ello el embarazo no deseado? ¿Es racional para el derecho penal exigir una conducta conforme a derecho para probar un heroísmo y cumplimiento del ordenamiento penal?

11. Análisis de derecho comparado

Mediante un análisis de derecho comparado, se desprende que en el ordenamiento penal uruguayo¹⁰⁸, existe una causal eximente de culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta con respecto al aborto de un embrazo producto de una violación, llamado también aborto humanitario y ético. En este caso, se da la potestad al juzgador para atenuar la pena o si lo considera eximir totalmente de la responsabilidad.

De igual forma el ordenamiento Penal del Distrito Federal de México dentro de sus causas de exculpación de delito tienen por inexigibilidad de otra conducta en el delito de aborto¹⁰⁹.

IV. (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

11.1. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia

Ahora bien, es importante presentar un análisis que sustenten los argumentos de la investigación. En la sentencia C-646 de 2001, emitida por la Corte Constitucional de

¹⁰⁷ Ver, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General octava edición* (Barcelona: Editorial Reppertor, 2006), 598-600.

¹⁰⁸ Artículo 328 incisos 1,2 y 4, Código Penal Uruguay (Ley 9.155), Decreto N. 698/967 de 26 de octubre de 1967.

¹⁰⁹ Artículo 29 inciso IV y 148, Código Penal del Distrito Federal de México, 16 de Julio de 2002. Ultima reforma 31 de diciembre del 2018.

Colombia¹¹⁰, se puede observar la evolución del derecho al acoger la causal de inexigibilidad de otra conducta como parte del ordenamiento penal y la aplicación de esta en el caso de aborto por violación. En virtud de esta sentencia se puede aseverar la idoneidad de la causal de exigibilidad en el ordenamiento penal. Tema que se discute en el presente ensayo.

En el artículo 124 de la Ley 599 de 2000¹¹¹ de Colombia, existe circunstancias de atenuación de la pena en el caso de aborto cuando existe una violación sexual; sin embargo, también se da apertura a que exima totalmente de la pena si se observa innecesaria de la misma, ya que el delito se ha ejecutado en condiciones anormales de motivación de la víctima de violación.

Ante esta situación, Carlos Gómez presentó a la Corte una demanda de inconstitucionalidad del artículo antes mencionado al ir en contra de los artículos 1 y 11 de la Constitución de Colombia¹¹², en aras de protección al derecho a la vida. El demandante considera que despenalizar el delito de aborto en condiciones extraordinarias y anormales de motivación, el legislador transgrede el derecho a la vida consagrado en la Constitución de Colombia. Por lo que pide se declare inexecutable.

A su juicio, no se puede consentir que la madre violada, pueda cometer un delito, ya que siempre buscará excusas para argumentar que está pasando por condiciones de motivación anormales. Considera que es un ataque contra la vida que es un derecho fundamental. Además, si un hijo no deseado tampoco se justifica matarlo, pues existen otras soluciones, como la ayuda del Estado ya que tiene instituciones públicas y privadas para dar en adopción al niño¹¹³.

En la intervención que realizó la Fiscalía General del Estado de Colombia¹¹⁴ manifestó que, el ordenamiento penal colombiano si prevé sanciones al delito de aborto, sin embargo, hay excepciones que reconocen que en ciertos escenarios la culpabilidad de la conducta del autor del delito se vea reducida.

Así mismo, indicó que la conducta sigue siendo típica, es decir, que “el hecho punible sigue siendo un acto contrario a derecho y lesivo de un bien jurídico que se debe proteger”. Pero lo que se debe tomar en cuenta es, que el autor de la conducta lo comente en circunstancias especiales que el legislador considera que el juicio de reproche sea

¹¹⁰ Sentencia No. C-646, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 20 de junio de 2001.

¹¹¹ Artículo 124, Ley 599 de 2000, Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000.

¹¹² Artículo 1 y 11, Constitución Política de Colombia, Diario Oficial 44138-1 de 4 de julio de 1991.

¹¹³ Ver, Sentencia No. C-646, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 20 de junio de 2001, pág. 2.

¹¹⁴ *Id.*, 3.

menor, incluso llegar a excluir la pena de forma total cuando el aborto se ha realizado en las condiciones extraordinarias de motivación¹¹⁵.

Del mismo modo, la Fiscalía considera que no existe afectación al derecho a la vida porque la antijuridicidad permanece indemne y, sólo se observa la no imposición de la pena por la ausencia de culpabilidad debido al escenario extraordinario que motivó a la mujer a ejecutarse el aborto.

Por otro lado, el Procurador General del Estado¹¹⁶ aseveró que la culpabilidad es el reproche fundado en la exigibilidad de otra conducta, sin embargo, en circunstancias extraordinarias y anormales de motivación, no se configura el elemento de culpabilidad porque la persona no podía actuar de manera distinta, ya que las afectaciones psíquicas del embarazo destruyeron la capacidad de "conducirse conforme a sentido". Es así como se presenta la "inexigibilidad de otra conducta", que remite a la inculpabilidad y, por consiguiente, a ausencia de responsabilidad. Sin embargo, ante esta situación el juez debe constatar pruebas sobre las "extraordinarias condiciones anormales de motivación" para declarar exclusión de culpabilidad y no otorgar pena.

Además, indicó que, el legislador estaría desconociendo la dignidad humana, si penalizara a la mujer embarazada, así mismo existiría transgresión al derecho a la libertad, ya que, contra su voluntad se la ata a una situación que no ha buscado ni deseado, quebrantando el proyecto de vida y el discurrir autónomo de su personalidad. Y que el autor de la violación sería quien decide por la víctima sobre la situación que pertenece a lo más íntimo de la personalidad de la mujer como la libre disposición de su cuerpo y el derecho a la autonomía procreativa¹¹⁷.

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia¹¹⁸ manifestó que el legislador ha basado en la doctrina, la causa absolutoria al aborto, y en el Estado Social, democrático y pluralista de Derecho, que tiene potestad de modificar la ley, por lo que creyó conveniente conforme a las circunstancias políticas, culturales y sociales establecer una causal personal para la exclusión de la pena.

La Corte considera que, en principio, el juzgador debe establecer que el embarazo sea producto de violación. Luego, debe analizar las pruebas relacionadas con las condiciones que motivaron a la mujer a abortar y determinar si estas fueron ordinarias o

¹¹⁵Ver, Sentencia No. C-646, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 20 de junio de 2001, pág. 3.

¹¹⁶Id, 3.

¹¹⁷Id, 4.

¹¹⁸Id, 5.

extraordinarias, es decir, que se hallen fuera de lo común, y del actuar de otras mujeres puestas en similares situaciones de tiempo, lugar y modo, teniendo presente también el medio económico-social. Posteriormente, un análisis particular sobre la necesidad de proporcionar una pena y considerar las finalidades y funciones de esta, para determinar si es de alguna utilidad aplicarla dadas las circunstancias particulares y concretas¹¹⁹.

Finalmente, la Corte declara que el artículo 124 de la Ley 599 es inexecutable, haciendo referencia a lo expuesto por la Fiscalía y la Procuraduría de Colombia. Lo cual resulta favorable para sustentar el presente ensayo académico¹²⁰.

12. Discusión

El aborto en Ecuador es punible salvo las excepciones que plantea su normativa. Por consiguiente, se ha venido dando controversia acerca de su legalización cuando es por violación. Por un lado, quienes defienden el derecho a la vida del nasciturus frente a quienes defienden la integridad personal y libertad de elegir de la mujer ante esta situación. Por otro lado, se ha evidenciado cambios en la dogmática penal debido a la evolución del derecho por las situaciones sociales que se vive día a día y los aportes doctrinarios, pese a ello el sistema penal ecuatoriano no ha acogido en su ordenamiento el supuesto inexigibilidad de otra conducta una como causal de inculpabilidad.

Por lo expuesto, la presente investigación realiza un análisis de la problemática y presenta la posibilidad de despenalizar el mismo con la propuesta de incorporar una causal de inculpabilidad en el aborto por violación en el COIP, al igual que algunos ordenamientos extranjeros. Obteniendo como resultado la idoneidad de la aplicación de esta causa de inculpación dada la realidad social ecuatoriana y mundial que funda este tema de discusión.

13. Conclusiones

La investigación realiza un análisis sobre punibilidad del aborto por violación en Ecuador, que ha generado controversia entre las posturas a favor y en contra del mismo. Se evidencia que el legislador no considera las afectaciones que vulneran los derechos de las víctimas de violación que deciden abortar y por ello no ha incorporado una excepción a la punibilidad del mismo, sin dar paso al aborto conocido como humanitario.

Por otro lado, en la categoría dogmática de culpabilidad se desprende la inexigibilidad de otra conducta, como causal inculpabilidad, cuya esencia es que el

¹¹⁹Ver, Sentencia No. C-646, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 20 de junio de 2001, pág. 7.

¹²⁰Id,7.

derecho penal no puede exigir a una persona que actúe conforme a derecho estando en situaciones particulares y extremas. La inexigibilidad según doctrinarios es de base suprallegal, sin embargo, la aplicación del mismo debe ser de carácter normativo con el fin de resguardar el principio de legalidad.

La investigación fue realizada en base a la dogmática penal y la normativa ecuatoriana y extranjera, en virtud de esto se desprende que las mujeres víctimas de violación se colocan en una situación especial que la presionan a ejecutarse el aborto, por lo que no resulta razonable exigir que se realice una conducta conforme a derecho, ya que se estaría obligando a cumplir con una conducta heroica por la amenaza de pena. Ante esta situación debe emplearse la causal de inexigibilidad de otra conducta para inculpar a la mujer. Así mismo, al estar restringida legalmente esta posibilidad se da apertura a los abortos practicados en condiciones inseguras, poniendo el riesgo la vida de la víctima.

En Ecuador no se emplea el supuesto de inexigibilidad, por lo que fue necesario concentrarse en normativa y doctrina internacional, obteniendo como resultado que en algunas legislaciones establecen una causal de inexigibilidad de otra conducta con respecto al aborto por violación.

Así mismo, fue limitado conseguir un caso en el cual se haya procesado por aborto a una víctima de violación, esto no quiere decir que no existan casos como tal. Pese a la realización de sondeos y gestiones para asistir a fuentes fidedignas, quienes tienen la información, se ven impedidos revelar estos casos, ya que gozan de sigilo, pues existe una legal limitación amparada en el artículo 562¹²¹ COIP.

Por la razón expuesta, fue necesario abordar la Sentencia emitida por la Corte Constitucional colombiana en donde se trata específicamente la situación del aborto por violación y una causa de inculpación dentro de su ordenamiento penal.

Una vez concluida la investigación, se sugiere que la causal de inexigibilidad sea tratada de manera profunda en Ecuador, acorde a la evolución del derecho como lo han recogido países extranjeros. De igual forma, en honor a la extensión del ensayo, se deja una línea abierta de debate e investigación para que se realice un análisis más profundo sobre los derechos enfrentados, siendo la vida del nasciturus frente a la libertad e integridad personal de la mujer y ponderarlos, puesto que la presente investigación se enfoca en analizar la categoría dogmática de culpabilidad y por consiguiente la posibilidad de incorporar la inexigibilidad de la conducta en el aborto por violación.

¹²¹ Artículo 562, COIP.

Como recomendación, que se realice una reforma al COIP para incorporar expresamente la exigibilidad de otra conducta y por consiguiente una causal de inculpabilidad por inexigibilidad cuando exista el caso de un aborto por violación. Al tratarse de reformas a la ley principalmente en el ámbito penal en donde está en juego la libertad, vida y honor de las personas deben ser tratados por personas con conocimiento legal, de manera objetiva, previa investigaciones profundas acerca de las causas por las que una mujer decide abortar en dichas circunstancias, asimilando doctrina internacional que finalmente encaje la inexigibilidad.