



Legítima defensa privilegiada. Una propuesta de reforma en la legislación penal ecuatoriana

Privileged self-defense. A proposal for reform in Ecuadorian criminal legislation

Legítima defesa privilegiada. Uma proposta de reforma do direito penal equatoriano

Milton Emiliano Bernal Patiño ^I
milton.bernal@est.ucacue.edu.ec
<http://orcid.org/0000-0002-4034-9616>

Sebastián Andrés Ortega Peñafiel ^{II}
sebastian.ortega@ucacue.edu.ec
<http://orcid.org/0000-0002-8477-2715>

Ana Fabiola Zamora Vázquez ^{III}
afzamorav@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-1611-5801>

Correspondencia: milton.bernal@est.ucacue.edu.ec

Ciencias Políticas y Sociales
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de diciembre de 2022 * **Aceptado:** 12 de enero de 2023 * **Publicado:** 28 de febrero de 2023

- I. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.
- II. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.
- III. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Resumen

La legítima defensa como una de las forma de exclusión de la antijuricidad, es parte del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, sin embargo, la ausencia de especificación normativa para los casos concretos de violencia de género, ha evidenciado que los operadores de justicia únicamente destaquen la temporabilidad y la proporcionalidad como elementos claves en la materialización de la legítima defensa, sin tomar en cuenta la continua y permanente situación de violencia física, psicológica y sexual que se encuentran en las víctimas en escenarios de convivencia intrafamiliar, así como, que el análisis de la proporcionalidad no es procedente en todos los casos, sino en su lugar siempre la racionalidad del medio empleado. El objetivo del presente estudio fue establecer las consecuencias jurídicas, por la falta de especificación de una legítima defensa privilegiada en el Código Orgánico Integral Penal, considerando que para los casos materia del estudio, es necesaria la reforma legal. El método utilizado fue de tipo cuantitativo y de tipo documental, así como también se utilizó el método analítico sintético y método deductivo; finalmente para la construcción del estudio se aplicó como técnica la revisión bibliográfica, consultando libros, artículos científicos; y, el criterio de expertos en derecho penal. Concluyendo que es necesaria la reforma al Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de establecer la necesidad de aplicar la legítima defensa privilegiada y de esta manera no condenar a personas inocentes.

Palabras Clave: Legítima defensa; privilegiada; reforma; violencia; género.

Abstract

Self-defense as one of the forms of exclusion of illegality, is part of the Ecuadorian criminal legal system, however, the absence of normative specification for specific cases of gender violence, has shown that justice operators only highlight the temporality and proportionality as key elements in the realization of legitimate defense, without taking into account the continuous and permanent situation of physical, psychological and sexual violence found in victims in intrafamily coexistence scenarios, as well as that the analysis of the Proportionality is not appropriate in all cases, but instead always the rationality of the means used. The objective of this study was to establish the legal consequences, due to the lack of specification of a privileged legitimate defense in the Comprehensive Organic Criminal Code, considering that for the cases under study, legal reform is

necessary. The method used was quantitative and documentary, as well as the synthetic analytical method and deductive method; Finally, for the construction of the study, the bibliographic review was applied as a technique, consulting books, scientific articles; and, the criteria of experts in criminal law. Concluding that it is necessary to reform the Comprehensive Organic Criminal Code, in order to establish the need to apply privileged legitimate defense and thus not condemn innocent people.

Keywords: Self defense; privileged; reform; violence; gender.

Resumo

A legítima defesa como uma das formas de exclusão da ilegalidade, faz parte do ordenamento jurídico penal equatoriano, entretanto, a ausência de especificação normativa para casos específicos de violência de gênero, tem demonstrado que os operadores de justiça apenas destacam a temporalidade e a proporcionalidade como elementos chave na efetivação da legítima defesa, sem levar em conta a situação contínua e permanente de violência física, psicológica e sexual encontrada nas vítimas em cenários de convivência intrafamiliar, bem como que a análise da proporcionalidade não é adequada em todos os casos, mas sempre a racionalidade dos meios utilizados. O objetivo deste estudo foi estabelecer as consequências jurídicas, pela falta de especificação de legítima defesa privilegiada no Código Penal Orgânico Compreensivo, considerando que para os casos em estudo é necessária a reforma legal. O método utilizado foi quantitativo e documental, assim como o método analítico sintético e o método dedutivo; Por fim, para a construção do estudo, aplicou-se como técnica a revisão bibliográfica, consultando livros, artigos científicos; e, os critérios de especialistas em direito penal. Concluindo que é necessário reformar o Código Penal Orgânico Integral, a fim de estabelecer a necessidade de se aplicar a legítima defesa privilegiada e assim não condenar pessoas inocentes.

Palavras-chave: Defesa pessoal; privilegiado; reforma; violência; gênero.

Introducción

La legítima defensa se revela como una figura jurídica cuya génesis coincide con el Código Orgánico Integral Penal, de forma tal que a través de la misma se establece el derecho pleno de las personas de defenderse ante agresiones ilegítimas que pongan en riesgo los bienes jurídicos protegidos, no obstante, es de destacar que dicho derecho actualmente no se materializa en

consecuencia con el fin de su creación, por lo que, al procederse a su interpretación los operadores de justicia, fallan y sancionan a las personas que no pueden ajustar su actuación a los tres requisitos establecidos por el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal, de forma tal que son sancionados por exceso de legítima defensa dada la prevalencia de un vacío jurídico en la normativa vigente, por la insuficiente especificación de casos concretos, como los delitos de violencia de género, en los cuales la víctima deberá ser exenta de responsabilidad penal al hacer uso de dicho derecho.

Es importante tomar en cuenta que la legítima defensa se manifiesta a partir de una reacción que justifica el accionar de la persona, con la finalidad de proteger su persona ante una amenaza o agresión inminente de un bien jurídico protegido (Hurtado & Zambrano, 2021).

Tal y como se evidencia en el Código Orgánico Integral Penal, la legítima defensa como causal de exclusión de la antijuricidad, destaca la existencia de la misma al enmarcarse la acción de la persona en defensa de derechos propios o ajenos, siempre que se verifiquen requisitos como: agresión actual e ilegítima, lo cual se interpreta como una reacción concomitante y simultánea, a través de la cual se dé respuesta efectiva a una necesidad racional de defensa, con racionalidad en el medio empleado para dar respuesta a la agresión.

En referencia a lo abordado anteriormente, se establece que cuando una persona pretenda desarrollar el acto de violación sexual, a través de su fuerza física superior, la víctima sí en respuesta a tal acto y con el fin de precautelar su honor y libertad sexual posee un arma de fuego, en este escenario en el cual se muestra como inmaterializable que la defensa racional sea proporcional, será legítimo que haga uso del arma en defensa de su integridad física, sexual y honor.

En tal situación la defensa se evidencia como actual y legítima, aunque debe destacarse que la necesidad racional de la defensa no es proporcional, dada la mediación de un arma de fuego, pero es importante tomar en cuenta del mismo modo que la víctima en su necesidad de protección, no es consciente de la posibilidad de usar medios menos lesivos para dar protección efectiva a su integridad física, sexual y honor, de ahí que haga uso del arma de fuego, lo cual deja de manifiesto que la racionalidad de la defensa no es concordante a la lesión jurídica o igualdad del daño causado (Rojo, 2016).

Queda de esta forma en convicción la desproporción del medio empleado a partir de la consideración de los Jueces, los cuales no abordan correctamente la técnica penal que abarcan la

totalidad de elementos que concurren en la agresión, así como, aquellos que se aportan a la defensa, sin tomar en cuenta la situación de la víctima, la cual puede ser sancionada a pesar de haber sido en primer término el sujeto pasivo del delito, situación que se da como resultado de la apreciación del Fiscal que destaca que se sobrepasó en los límites de la justificación eximente de la legítima defensa, o que su actuación se deriva en el rol de sujeto activo de un delito, de ahí que sea procedente según su parecer la sanción dada por exceso de legítima defensa.

Por lo tanto, al abordarse la legítima defensa, los operadores de justicia únicamente destaquen la proporcionalidad como elemento clave en la materialización de la legítima defensa, sin tomar en cuenta que la proporcionalidad no es procedente en todos los casos, sino la racionalidad del medio empleado.

En atención a lo expuesto, el objetivo general planteado en esta investigación fue analizar la necesidad de la tipificación de la legítima defensa privilegiada en la legislación penal ecuatoriana, a fin de proteger la seguridad jurídica de la víctima de un delito, estableciendo como hipótesis que la legítima defensa constituye un medio para excluir la antijuricidad de un acto provocado por un injusto ataque a los bienes jurídicos protegidos por la ley, en este afán los dogmáticos y juristas plantean además situaciones especiales de legítima defensa, que para la presente investigación advierten la necesidad de tipificación de la legítima defensa privilegiada en la legislación penal ecuatoriana.

Por lo tanto, la falta de tipificación de la legítima defensa privilegiada en casos de violencia de género, afecta el derecho de libertad de la persona, convirtiéndola de sujeto pasivo a sujeto activo de una infracción penal.

Desarrollo

Referentes Teóricos

La legítima defensa

Es fácil comenzar por definir -en términos generales- que una defensa válida considera una condición necesaria. Porque existe “una situación de peligro real que es una amenaza a los intereses jurídicos de una persona configurada y cuando la única otra opción es responder con violencia contra los intereses jurídicos de otros” evaluación no demuestra que la persona que se defiende de un ataque lo haga —como si fuera el motivo de la excepción— por temor o perturbación emocional,

por lo que es justo buscar legítima protección, independientemente del estado de ánimo en que se encuentre. En este sentido, conducta que está aprobada y autorizada por el ordenamiento jurídico. Para que la defensa sea válida, se requiere que sea necesaria, no considerada en el sentido estricto de que la decisión como parte lesionada proporcione un activo más valioso que el destinado a la defensa. Esta es el sustento de la base colectiva de la legítima defensa: El que se defiende, impide que los injustos se apoderen del ordenamiento jurídico. Según Zaffaroni (2016), la legítima defensa se entiende como defensa jurídica en el marco de los derechos individuales. Y de manera más general, Plascencia argumenta que la autodefensa es un comportamiento natural, basado en el instinto de supervivencia, que se manifiesta al rechazar un ataque.

Con base en lo anterior, se puede decir que es una justificación que pone fin a la conducta ilícita en derecho y, para calificar, debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 33 del COIP, invasión ilegal, requisitos razonables.

Pero este concepto no se agota en la legítima tutela personal, sino también en la tutela de bienes jurídicos individuales de terceros conforme lo establece el artículo 33 de la norma penal. Para que ese ciudadano pueda prevenir o negar el ataque en curso si un ciudadano que pasa nota que una mujer está siendo abusada por su pareja. E incluso si el ciudadano no tiene la obligación legal de actuar, la ley justificará su comportamiento en la situación (Código Orgánico Integral Penal, 2014). La legítima defensa se revela como un derecho inalienable que garantiza el equilibrio social y el respeto a la vida, de ahí la importancia de su precautelación ante todo intento de favorecer a elementos delictivos con supuestos derechos humanos.

Los principios que rigen la fundamentación de la legítima defensa

La protección jurídica se basa fundamentalmente en dos principios: la protección del individuo y la difusión del derecho. En este sentido, no es posible asegurar que una defensa válida sirva para proteger a la sociedad, porque se confundiría la esencia de los derechos, entendidos como capacidad o naturaleza humana. Si la conducta se considera constitutiva de atentado o peligro público, la facultad de impedir la acción corresponderá al policía, quien cuenta con los procedimientos legales y pertinentes para tal fin. Por tanto, un ciudadano no puede, en nombre de la sociedad, posicionarse como policía auxiliar e interferir en el monopolio estatal de la violencia, sin embargo, esta visión no es nueva en la historia.

Como se ve, el principio de legítima defensa o protección individual, que es la base de la legítima defensa, se establece para proteger los intereses jurídicos de la persona y no los intereses colectivos. La razón es que la legítima defensa a la que de toda persona tiene derecho a defender estos importantes valores en su propia vida e integridad, y ellos mismos corren el riesgo de ataques injustos. Cesano (2021), afirma que la legítima defensa surge del derecho natural a responder con fuerza a los ataques violentos siempre que se actúe en defensa propia. Esta apreciación es por tanto una base para el principio de protección y legítima defensa como justificación.

Por otro lado, el principio de difusión jurídica parte de la idea de que, aunque el atacante niega el derecho, el defensor lo afirma. Surge así el principio básico de la legítima defensa: el derecho no tiene por qué ceder ante el opresor. Esto permite hacer cumplir la ley, aunque sea imposible que la justicia del estado actúe para proteger a las personas, es decir la prevalencia de la ley de acuerdo con la naturaleza de la prohibición general. Además, la mayoría de los tribunales generalmente rechazan la supuesta proporcionalidad entre la respuesta de la víctima y la amenaza del agresor o el daño a los bienes jurídicos del individuo.

Es posible resumir la lógica con la que se desarrolló el contenido dogmático de los principios que sustentan esta legítima defensa: dualista y monista. Una teoría dualista es una teoría que defiende tanto el principio de autopreservación como la ley de proliferación. Y los monistas, en cambio, no rechazan este último principio y sólo se inclinan por el principio de protección individual. Rojo (2016), destaca que actualmente, la teoría del dualismo siempre está en controversia debido al aumento de escritores que defienden una perspectiva monista. Pero por supuesto esto no reduce los debates y posiciones que caracterizan la teoría del dualismo en el campo dominante de la doctrina. Es decir, reconocer el principio de aplicación de la ley y, en consecuencia, mantener la teoría dualista como base de una defensa válida. La idea principal es que el principio de la confirmación de los derechos es un complemento inmediato del principio de la protección individual, sobre todo porque la protección legítima, según Roxin (2016), se basa en el derecho humano originario de protegerse a sí mismo esa política, la ley cumple por un lado la función de estabilizar el ordenamiento jurídico; y por otro -como ya se ha dicho- prohibición general.

De esta forma, la teoría del dualismo representa el margen de acción de la legítima protección, en tanto es vista como un derecho a preservar a las personas de ataques ilegítimos e inesperados de terceros. Cuando esto sucede, la ley está ahí para mantener el orden y proteger los intereses de la víctima. Este interés, tal como se ha desarrollado, debe ser individual, lo que demuestra que se

rechaza la legítima protección del bien jurídico común o de este bien, por ser competencia exclusiva del Estado.

Legítima defensa presunta o privilegiada

La legítima defensa privilegiada es una institución sustantiva del derecho penal que surge como respuesta al problema del impacto punitivo que el proceso penal puede tener sobre un sujeto que ha actuado en legítima defensa, y que por ello no delinque (Roxin, 2016). Si bien el comportamiento es típico, no es ilegal, pero podría enfrentar un grave peligro debido a procesos penales derivados de sus actividades defensivas.

Por tanto, la legítima defensa privilegiada no es una categoría distinta de la legítima defensa que hemos visto, sino aquella establecida por el legislador para eliminar los efectos punitivos de casos específicos; y en donde una persona que actué bajo circunstancias concretas de legítima defensa determinadas por la ley, actúa con plena justificación de su accionar punitivo.

Vera (2019), en sus términos considera defensa legal la que se hace para expulsar a un extranjero por movimiento o violencia que ingresa o permanece arbitrariamente en el local o cerca de personas dependientes, o vehículos ocupados. La fuerza letal puede utilizarse excepcionalmente para evitar una invasión de los derechos propios o de los demás. Se puede dar por sentada una legítima defensa cuando una persona le dispara a alguien porque saltó la cerca para conseguir la fruta del barrio, o cuando un guardia de seguridad golpea a una turba que entró a robar un supermercado.

De esta manera se muestra esta figura, porque es una versión especial de la defensa válida que se ha analizado en este trabajo, lo que se debe indicar de manera concreta para darle un examen certero y productivo, es presentar la forma correcta en que debe expresarse, permitiendo de esa manera que el mencionado cuerpo normativo se haya expresado en casos concretos y efectivos, esto se fundamenta en la realización de la justicia efectiva y el objetivo de la tutela válida, así como el derecho penal y por supuesto el derecho en general y sus principios rectores.

Esta figura especial ha sido incluida en el sistema penal en diferentes estados, por supuesto con acentos, dependiendo de la inclinación de los legisladores en todas partes, en este sentido, el legislador colombiano y argentino por ejemplo, no deja de lado a las instituciones antes mencionadas de sus sistemas penales.

Entre la noción presuntiva o privilegiada, se puede reconocer la distinción, porque el término presuntivo existe dado por que en realidad es una presunción amparada en la ley penal, y pasa a

ser un gran punto de excepción (Hurtado & Zambrano, 2021). Se presume que está en estado de regular defensa ya que está en invasión injusta o a punto de ser invadido injustamente. Esta presunción es una presunción jurídica a partir de la cual, según la teoría jurídica, se reconoce lo contrario en su contra, la carga de la prueba es demostrar que estas figuras no existen.

Esta institución jurídica se establece efectivamente como un privilegio para el sujeto que actúa bajo su protección, dependiendo claro está de las circunstancias, que la ley ampara como casos específicos de legítima defensa.

El exceso de defensa

Esta teoría está presente como razón de exclusión de la culpabilidad en la doctrina moderna del derecho penal universal y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los últimos tribunales, pero aún no existe en el país.

Roxin (2016), define el exceso de defensa como la afirmación innecesaria de una acción legalmente lícita cuando el sujeto, en las condiciones en que específicamente se encuentra, puede utilizar medios menos ofensivos e igualmente efectivos.

Además, Limones (2021), considera que cualquier exceso acaba con la vigencia de la protección y Zaffaroni (2016) menciona que es la necesidad en principio, la abstinencia en la acción, es la base y dos justificaciones de este derecho. Por lo tanto, el exceso de acciones de quien se defiende determinará si es imposible alegar que hay fundamento para la justificación.

Al respecto, Zaffaroni (2016), fue más allá y dijo que el propietario de un automóvil que lo obtuvo por la fuerza de quien se lo robó dos días antes, protege legalmente su patrimonio si lo encuentra por casualidad y no puede acudir a otros medios para conseguirlo.

La jurisprudencia argentina incluye el caso del ingeniero Horacio Santos, quien perseguía a las personas que robaban un reproductor de casetes de su auto para dispararles y causarles la muerte, como un caso de exceso de legítima defensa, que deslegitima la necesidad justificada de defensa.

Necesidad de la defensa: el acto debe realizarse en defensa propia contra un ataque y no puede ir más allá de lo necesario para el propósito declarado. Este estándar está determinado por la gravedad real del ataque y de acuerdo con los medios de que dispone la víctima, es decir, las circunstancias del caso particular, y debe determinarse con anticipación, hasta el momento de la ejecución del acto de ataque.

Si se requiere una acción de protección ex ante, se justifica por las consecuencias no deseadas que genera. A diferencia de otros estudiosos del tema Luigi (2017), cree que la defensa no depende del peso de los intereses en disputa, sino que se determina en relación con el peligro y la gravedad de la invasión y no según el valor de los bienes atacados.

La necesidad de protección es el aspecto más problemático y el más relacionado con la cuestión de la ganancia. Básicamente, es una necesidad inmutable que se puede hablar de defensa personal; sin embargo, la dificultad surge cuando se pregunta cuándo es necesario comprender que esta necesidad es consistente.

La proporcionalidad: En doctrina la presunción que determina la superioridad de la defensa quedó resuelta de la siguiente manera: “la superioridad jurídica de la defensa se entiende, entre otras circunstancias, por la falta de conexión entre el instrumento utilizado por el atacante para el ataque y el instrumento” (Jakobs, 2016). Además, la respuesta de quien se defiende debe ser en la misma acción que la respuesta al peligro de vida actual.

El Tribunal de Casación Chileno equilibra la razonabilidad de los recursos utilizados con la proporcionalidad sin tener en cuenta los recursos disponibles en cada caso particular. Cousiño Mac Iver (2003) explica que la proporcionalidad en la protección necesaria no es necesariamente igual a la proporcionalidad, porque la protección que es razonablemente necesaria puede ser desproporcionada cuando la víctima no tiene otra forma de proteger sus derechos, como en el caso de la mujer, que fue sexualmente asaltado un hombre fuerte su cuerpo es mucho más poderoso y solo tiene un arma en la mano.

Impallomeni (2019), conterráneo de Carrara, plantea en su análisis del Código Penal italiano que una defensa válida no siempre desaparece cuando hay una diferencia entre el acto realizado y el acto que lo determina. Todo depende del estado subjetivo del agente. Si esto le permite, aun ante el peligro, la libre acción de sus órganos corporales y el libre ejercicio de sus facultades mentales, se puede hablar de exceso; en otros casos, una inconsistencia material de los hechos no eliminará la defensa. En el mismo sentido, Jiménez de Asúa citado por Hurtado & Zambrano (2021) dice que todo bien jurídico debe protegerse incluso matando al atacante, si no hay otra forma menos drástica, independientemente de la gravedad del ataque.

Falta de provocación suficiente: El código orgánico integral penal, que sigue el código español, enumera entre las condiciones que deben darse para la legítima defensa, la falta de provocación suficiente. Se hace hincapié en el adjetivo adecuado, porque no es razonable negar a la persona que

provocó el ataque todas las oportunidades de defenderse, pero no con el dispositivo que utilizó, es decir, la calificación adecuada significa un vínculo entre la provocación y la respuesta por esta provocación. Sin embargo, no se puede utilizar la legítima defensa si la agresión se provoca precisamente con la intención de utilizar el derecho a defenderse, pues acabaremos con un abuso de derecho.

El exceso de defensa puede ser intensivo o extensivo:

a) Exceso intensivo.

También llamado excedente en respuesta, se refiere a la validez de la propia acción defensiva, es decir, la necesidad razonable de la defensa empleada en relación con los recursos disponibles en cada caso, por ejemplo, cuando el sujeto se excede, en la defensa, según sea necesario (López, 2021). Hay un error de cálculo en la comprensión del peligro y los medios necesarios para salir de él, lo que creó las emociones de la lucha, y se podría haber evitado con más atención.

b) Exceso extensivo

También conocido como exceso de causa o exceso cronológico, es la repetición o prolongación innecesaria de acciones en el tiempo: el sujeto excede los límites temporales de protección cuando no hay invasión real o inexistente ya que la invasión ha terminado. También se habla de grandes ganancias cuando la defensa ocurre antes de que ocurra el ataque. Para la mayor parte de la doctrina moderna, un exceso de este tipo no debe ser sancionado, pues, cuando se produce, excluye la presencia del llamado estado pasional asténico. Por tanto, para Polaino, el exceso cronológico no será objeto de protección incompleta (Polaino, 2021).

Necesidad de defensa o defensa necesaria

No se puede hablar de una defensa válida si no hay necesidad de actuar de esa manera; debe haber una necesidad de repeler o prevenir una invasión ilícita, y entonces es racional. Por tanto, la necesidad de defensa y la defensa necesaria son dos aspectos que engloban los requisitos previstos en el COIP. El Código Orgánico Integral Penal (2014), indica que la defensa necesaria se refiere a cuando la víctima está facultada para proteger sus bienes jurídicos o los de terceros; y la segunda muestra las defensas necesarias para repeler o prevenir la invasión ilegal.

Esta referencia jurídica a la necesidad de una defensa racional muestra, por tanto, que ésta está sujeta a dos aspectos que deben ser determinados conceptualmente. Se trata en parte de la necesidad de defensa, que no es más que lo que motiva o induce a una persona a ejercer su derecho, y de la

defensa necesaria, que determina la flexibilidad que debe tener la defensa para prevenir o repeler un ataque.

Necesidad abstracta y concreta de la defensa

La necesidad de la defensa, de manera general, nace por el hecho básico de existir un peligro concreto o de lesionar un bien jurídico. Se configura la necesidad de defensa ya sea propia o de terceros, cuando existe una agresión antijurídica, actual (inminente). Esto se complementa, además, con la imposibilidad de que el Estado pueda efectivizar la seguridad y el orden entre los ciudadanos. Esto es, que, si las agencias de seguridad del Estado resultan ineficaces para salvaguardar el orden social y, en específico, para proteger los bienes jurídicos de las personas entonces no existe protección estatal.

La necesidad de la defensa en abstracto, entonces, implica que un sujeto ante una agresión inminente deba responder en defensa propia o de terceros bajo la fundamentación de los principios que lo subyacen: el principio de autonomía individual y de afirmación del derecho (Carnelutti, 2021). Con ello, automáticamente se libera aquella acepción de que la necesidad de la defensa debe ser subsidiaria. Si la subsidiariedad fuera aplicada con tal frontalidad, los principios de la legítima defensa serían ineficaces, pues no se estaría ante un inminente peligro de ofensa hacia los bienes jurídicos de una persona y por lo tanto no habría necesidad de que el derecho prevalezca.

En todo caso Giraldo (2015), señala que lo que se podría discutir en cuanto a la subsidiariedad es si el medio concreto empleado es o no necesario cuando caben esas otras posibilidades, pero necesidad genérica de la defensa existe desde el momento en que el bien no está protegido ante el riesgo.

En cambio, la necesidad de defensa en concreto apunta al medio de defensa utilizado para proteger un bien jurídico individual que debe ser racional. Es, en consecuencia, el aspecto valorativo que determina si una acción defensiva es idónea que, en los términos de Roxin, es aquella que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño.

Luzón (2016), añade que los “medios defensivos deben ser objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro” (p.145). Por lo tanto, la diferencia entre la necesidad de la defensa en abstracto y concreto, radica en que la una surge de la necesidad de defensa o de responder ante una agresión ilegítima y, la otra, establece los límites y posibilidades

en las que se puede ejercer dicha defensa a través de los medios (instrumentos) disponibles para repeler e impedir una agresión ilegítima.

Por su parte, Suero (2020), aporta acertadamente, que la necesidad en abstracto se diferencia de la necesidad de defensa en concreto, en especial, porque la primera asegura la convivencia humana en la comunidad, mientras que la segunda se vincula al medio necesario, mismo que debe ser eficiente y suficiente para protección del bien jurídico en el caso concreto.

En tal sentido, si no existe necesidad en abstracto de defensa, no se configuraría completamente la legítima defensa, y resultaría desproporcional entonces la defensa realizada en concreto por el medio empleado. Cesano (2021), además, señala que se estará ante un exceso intensivo y quedaría vedada la legítima defensa si el medio utilizado no fuera indispensable y por tanto más dañoso hacia el agresor.

Esto amplía la visión de qué forma está constituido el requisito expuesto en el COIP. Partiendo que la necesidad en abstracto subyace a la necesidad de la defensa en concreto. Por ello, en principio, debe cumplirse lo primero para luego entrar a valorar lo segundo, pues si no existe la necesidad de defenderse ante una agresión no podría pensarse en valorar en estricto sentido los medios menos lesivos a utilizarse.

Excepto que coexistan distintas circunstancias donde los presupuestos de una agresión actual, real e inminente, entran en debate particularmente porque la víctima convive con el agresor ya sea por vínculo matrimonial o por simple relación de pareja. La valoración indispensablemente debe mirarse de acuerdo a contextos de violencia y dominación que normalmente sucede puertas adentro del hogar y con distintas formas de agresión predominantemente hacia la mujer.

Carácter subsidiario de la defensa

La subsidiariedad dentro del ámbito jurídico, ha generado tres ideas de interpretación referentes a lo suplementario, lo secundario o supletorio. Lo que comprende que en cada aspecto secundario existe algo principal. En la legítima defensa, específicamente, en el requisito de necesidad racional de la defensa, se discute su comprensión desde la aplicación de este principio (Lauterwein, 2020). Esto es, que cabe reaccionar defensivamente ante una agresión ilegítima solo si huir, escapar o acudir ante un tercero no constituye una alternativa efectiva ante una agresión. Por lo tanto, se intenta establecer la idea de que la defensa en concreto (empleo de medios para impedir o repeler

una agresión), se aplica solo si no hay una alternativa no lesiva; es decir, se aplicaría de forma subsidiaria.

Desde este entendido, conviene advertir que optar por huir, no es una forma que genere la necesidad de defensa en abstracto, pues huir no es en estricto sentido una forma responder ante una agresión inminente e ilegítima. Por el contrario, la subsidiariedad resulta paradójico con el sentido abstracto de la defensa que consiste en la necesidad de defenderse de alguna forma.

Es así que no puede coexistir por una parte la necesidad de la defensa y por otra la exigibilidad de la subsidiariedad, ya que en situaciones de necesidad lo que amerita es reaccionar defensivamente en protección de los bienes jurídicos individuales de quien es agredido. De esto resulta dos cuestiones principales:

- a) que ante una agresión actual e ilegítima cabe indispensablemente la necesidad de defensa; y,
- b) que al configurarse la subsidiariedad implica que no subsiste necesidad de actuar defensivamente.

Esto en razón de que la idea de defensa apunta a la necesidad de impedir o repeler una agresión, pero huir, no solo no significa desnaturalizar el instituto de la legítima defensa, sino que además lesionaría el derecho a la libertad que tiene un ciudadano de transitar en el lugar y en el momento que desea.

Es por ello, que la subsidiariedad en la legítima defensa contrapone las características auténticas que la configuran, por tal motivo Montealegre (2017), señala que la subsidiariedad en la legítima defensa no puede aceptarse sin más. Aunque, desde luego, no está prohibido hacerlo en casos por restricciones ético – sociales, particularmente, cuando la agresión ilegítima provenga de una persona que no es consciente de la antijuridicidad de su conducta, esto es frente a casos donde no se puede reprochar una conducta penalmente relevante a una persona, pues se fundamenta, en un derecho penal mínimo y porque además el sujeto no conoce que su actuar es ilegítimo.

Con las restricciones ético- sociales, se extrae que la legítima defensa indica que no toda situación de necesidad merece justificación, esencialmente, porque si un inimputable realiza un ataque ofensivo no tendría para qué el poder punitivo efectuarse ni tampoco reaccionar en legítima defensa porque el agresor no culpable no entiende que su conducta está prohibida por el derecho penal, por ende, no se le puede exigir que obre conforme a derecho (Jakobs, 2016). Es por ello, que no tiene

por qué el derecho prevalecer frente a agresores que no comprenden la ilicitud de su comportamiento.

Idoneidad o racionalidad en la defensa

Lo primero a considerar es que el comportamiento -ante un ataque ilegal- debe ser adecuado para proteger los derechos legales de quienes se encuentran en peligro o lesionados. De modo que, el ideal no está ligado a una cuestión estricta y única; por el contrario, está íntimamente relacionado con la necesidad y la racionalidad.

La idoneidad de la defensa está determinada únicamente por el tipo de agresión a la que se expone una persona (ataque), disponibles en ese momento para repeler la invasión. Por tanto, Luigi (2017), destaca que si la defensa es necesaria, también es adecuada, pero la idoneidad también tiene que ver con una reacción defensiva que pone fin a cualquier tipo de peligro derivado de la agresión, naturalmente amparada por la racionalidad; es decir, encontrar el bien menos nocivo para sus efectos.

Pero puede ocurrir que el bien sea menos peligroso, no asegura acabar o repeler la invasión que va a pasar o continuar, entonces es racional elegir un medio más fuerte, y por tanto será necesario, racional y sobre todo adecuado. Por ejemplo, una mujer fue amenazada de muerte (reiteradamente por su esposo) y lo inmovilizó con su brazo, y cuando logró escapar, clavó un cuchillo en el estómago de su esposo para detener la invasión, luego observó que también tenía cerca un frasco de vidrio que se le puede arrojar. Por lo tanto, claramente existe una necesidad de defensa en abstracto (hacer algo), y el hecho de que elegir un lanzador es la forma menos peligrosa.

Por otro lado, Roxin (2016), sugiere el ejemplo de que no hay defensa propia si, en respuesta a un ataque físico, uno va y daña la llanta del auto de la víctima. Aquí, primero, no hay actualidad en la invasión, porque ya ha terminado; y segundo, es inapropiado porque no genera una reacción directa a la agresión física más allá de la venganza.

Sin embargo, el ajuste defensivo no consiste en sí mismo. Si este es el caso, la invasión ilegal siempre puede ser efectiva a través de medios más peligrosos (armas cortantes o armas de fuego). Por tanto, la idoneidad de la defensa debe radicar también en los medios utilizados para el fin, esta es que la idoneidad de la defensa debe tener una “relación directa”, no sólo en el tiempo, sino también en el medio éste es necesario y suficiente para la protección de los bienes jurídicos que se atacan.

Metodología

La metodología utilizada en la presente investigación se corresponde con el tipo cualitativo, debido a que se procedió a la recopilación de información a partir de fuentes secundarias tales como artículos científicos, textos, tesis, información de revistas de instituciones oficiales.

De igual forma debe destacar que la investigación es de tipo bibliográfica-documental, debido a que se fundamenta en la información que se deriva de materiales impresos tales como: textos, libros y obras legales especializadas, así como artículos extraídos del internet de forma tal que se garantice el adecuado bagaje científico de la investigación. Por otra parte, se hizo uso de la modalidad jurídica –sociológica la cual es imprescindible para asegurar la adecuada redacción científica y sociológica de la investigación, quedando de esta forma de manifiesto los efectos de la vulneración de los derechos y garantías constitucionales para las víctimas de violencia que se vieron abocados a desarrollar actos de legítima defensa privilegiada.

Es importante tomar en cuenta que se utilizó el método analítico sintético dado que se llevó a cabo el análisis detallado de los casos de violencia abocados a ejercer el derecho a la legítima defensa con el objetivo de determinar el alcance tipo, y concepción de los mismos, estableciéndose de igual forma la disgregación de sus partes, lo que garantizó una mejor comprensión de su materialización. A través de la síntesis se reconstruyó el fenómeno de la violencia y el derecho que se deriva de la misma para las víctimas a ejercer la legítima defensa, detallando su génesis y desarrollo.

Por su parte, el método deductivo se llevó a cabo a partir del estudio de las políticas públicas dirigidas a la prevención de la violencia, para así precautelar los derechos de las víctimas y reafirmar el derecho de las mismas a ejercer la legítima defensa, el método exegético jurídico garantizó la interpretación literal de los elementos de ley, lo cual garantiza la aplicación efectiva de la normativa legal sin la posibilidad de interpretaciones que afecten el sentido de la misma.

Finalmente, es importante destacar la utilización en la investigación de la técnica de fichaje con el objetivo de recabar información teórica derivada de fuentes primarias dadas por: libros, revistas, periódicos, Códigos, de forma que se logró a través de la transcripción de dicha información especializada información que respalde el marco teórico investigativo, la cual al ser contractada con los hallazgos de la investigación garantice la materialización de conclusiones y recomendaciones investigativas que aborden de forma integral la problemática estudiada. De igual

forma, se hizo uso de fichas nemotécnicas en las cuales se plasmaron los datos referentes a las fuentes investigativas consultadas en el proceso investigativo.

Resultados y discusión

Ecuador es un Estado de derecho que se subordina plenamente al cumplimiento de los acuerdos internacionales signados con respecto a la observación y seguimiento de los Derechos Humanos, de igual forma en el ordenamiento legal vigente cual se verifican las Garantías Constitucionales que aseguran la materialización y reconocimiento pleno de los Derechos Humanos, de forma tal que la Administración de Justicia se revela como garante de los mismos y actúa en plena conformidad con lo que exponen.

La investigación desarrollada por María Cornejo y Edison Cajas pertenecientes a la Universidad Técnica de Cotopaxi en el año 2010, titulada: “Incidencia de la legítima defensa personal en la Legislación Penal ecuatoriana, en la provincia de Cotopaxi, cantón Latacunga, parroquia Eloy Alfaro, barrio “Dr. Estupiñán”, periodo 2001-2002”, destaca a la Legítima Defensa como la garantía legal clave para garantizar al respeto al derecho humano a la defensa en circunstancias en las cuales las instituciones del Estado encargadas de precautelar el orden interno y la seguridad ciudadana no pueden hacerse presentes para ejercer acciones coercitivas contra elementos antisociales que vulneran las normas básicas de convivencia pacífica, y por lo tanto no son capaces de precautelar los Derechos Humanos básicos de los ciudadanos (Cornejo & Cajas, 2010).

En plena concordancia con el artículo 76 de la Constitución de la República se materializa y expone el respeto por parte del Estado a las normas del Derecho Penal Humanitario, se establecen las garantías necesarias para garantizar la dignidad y derechos legales de los procesados, pero queda en estado de indefensión el ciudadano víctima de actos ilícitos que atentan contra el derecho básico a la vida al limitarse los medios que garanticen la materialización de la legítima defensa como derecho clave para garantizar el mantenimiento del orden interno y la seguridad ciudadana, al no verificarse una normativa legal que asegure la posesión de los medios de defensa personales que permitan la materialización efectiva de dicho derecho.

Por su parte, la investigación desarrollada por Cristina Ruales perteneciente a la Universidad Nacional de Chimborazo, titulada: “La legítima defensa como causa de justificación de antijuricidad”, en el año 2019, destaca que la Legítima Defensa se muestra como la institución legal que respalda los derechos ciudadanos sean los mismos propios o de terceros, abordándose

por consecuencia como una causal de justificación para una conducta producida por un acto típico antijurídico y culpable, de igual forma se establece que las condiciones de la Legítima Defensa son singulares, tal y como las del ataque que las motiva, de ahí que los operadores de justicia deben desarrollar un análisis profundo de las circunstancias, armas y lugares donde esta se materializa, por otra parte es importante destacar que el juez encargado de impartir justicia basará su dictamen en la sana crítica, en cambio los fiscales deben destacar si se configuraron o no las circunstancias para que exista esta causa de justificación de lo contrario se perfilaría un acto antijurídico y no una causal de justificación (Ruales, 2019).

El artículo 30 Código Orgánico Integral Penal expone con transparencia las causas de exclusión de la antijuridicidad, determinándose entre las mismas el estado de necesidad y la legítima defensa, así como también, el cumplimiento de órdenes legítimas derivadas de las autoridades competentes para dar cumplimiento a un deber legal, quedando de esta forma en evidencia la procedencia de la legítima defensa como mecanismo legal para garantizar los derechos de los ciudadanos ante manifestaciones antisociales que puedan afectar derechos básicos como el derecho a la vida y a la propiedad privada.

De igual forma, la investigación desarrollada por David Andrade, perteneciente a la Universidad Central del Ecuador en el año 2022, titulada: “Límites dogmáticos del requisito de necesidad racional en la legítima defensa, según el Código Orgánico Integral Penal”, establece que en la legislación penal ecuatoriana (COIP) queda regulada la legítima defensa de forma excepcional, de forma tal que se observa como la facultad ciudadana de defenderse de agresiones inminentes, reales y actuales estableciéndose como justificación a su materialización requisitos como la agresión ilegítima, necesidad racional de la defensa y falta de provocación suficiente, evidenciándose en el requisito de necesidad racional de la defensa la necesidad de establecer límites dogmáticos tangibles que se respalden en el nivel investigativo de inductivo-deductivo, exploratorio, analítico-sintético y analógico-comparativo, con el objetivo de que se asegure el ejercicio del derecho sin que exista el riesgo de recaer en los denominados excesos que irrumpen la permisividad de una conducta típica y se propicie la valoración de la acción a partir de los principios de racionalidad y proporcionalidad (Andrade, 2022).

Se evidencia que la confianza de la población en el sistema de justicia es limitada, dado que los mecanismos legales para la defensa de los procesados superan las garantías de protección a las víctimas y la posibilidad de que los infractores sean susceptibles a medidas legales que garanticen

la protección efectiva de la comunidad son de igual forma limitadas, de ahí que el derecho a la legítima defensa actualmente se observe como la única garantía viable para garantizar el pleno cumplimiento de los Derechos Humanos y por ende del desarrollo integral de la sociedad.

Queda en evidencia a partir de las fuentes bibliográficas consultadas la necesidad de reformar el Artículo 33 Código Orgánico Integral Penal que define y establece los requisitos de la legítima defensa, estableciéndose un apartado en el que se aborde la Legítima Defensa Privilegiada en la que se cumple con la totalidad de presupuestos de la legítima defensa, analizados por el juzgador desde una perspectiva de género, como garantía legal de precautelación efectiva de los Derechos Humanos, enfatizándose en los límites dogmáticos de la necesidad racional de la defensa materializados en una acción racional y proporcional que excluya toda posibilidad de recaer en los denominados excesos que irrumpen la permisión de una conducta típica.

Conclusiones

- El incremento sistemático de la violencia social como resultado directo de la profundización de las diferencias sociales e inequidades en la distribución de la riqueza destaca la necesidad de ampliar y fortalecer las prerrogativas legales de los ciudadanos para ejercer el derecho a la legítima como única alternativa viable para reducir el incremento exponencial de la violencia y criminalidad.
- El artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal refrenda plenamente el derecho legítimo a la defensa, de forma que al verificarse el instrumento legal que justifica dicha acción y establece con transparencia los requisitos para su materialización se observa como procedente su uso, siendo por lo tanto necesaria la socialización entre la población dicho derecho y la normativa legal que lo ampara como alternativa para precautelar de forma efectiva el derecho a la vida.
- Si bien existe la normativa legal que respalda y justifica el derecho a la legítima defensa, sin embargo para casos concretos como son los casos de violencia de género, se evidencia que los medios para su materialización son limitados, en tal sentido se requiere entonces especificación normativa, para obligar a los operadores de justicia analizarlos desde esa perspectiva.

Se verifica un amplio desconocimiento por parte de operadores de justicia y ciudadanía en general sobre la importancia y actualidad del derecho a la legítima defensa, así como los requisitos a ser

observados para su materialización legal, situación que incrementa la inseguridad ciudadana y la falta de confianza en el sistema de justicia que se revela en la actualidad como insuficiente para garantizar la seguridad interna que permita el desarrollo integral de la sociedad.

Referencias

1. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Ediciones Legales.
2. Carnelutti, F. (2021). Derecho Procesal Civil y Penal . Barcelona: Independently published .
3. Cesano, J. (2021). Derecho penal comparado . Madrid: Independently published .
4. Giraldo, S. (2015). Manual de derecho Penal-Policial . Madrid: Punto Rojo Libros S.L. .
5. Hurtado, J., & Zambrano, H. (2021). La legítima defensa en el Ecuador: Un estudio actualizado . Ibarra: Pucesi.
6. Impallomeni, G. (2019). L'omicidio Nel Diritto Penale . Roma : Ulan Press .
7. Jakobs, G. (2016). La imputación objetiva en Derecho penal . Madrid: Aranzadi / Civitas .
8. Lauterwein, C. (2020). The Limits of Criminal Law . London: Routledge .
9. Limones, J. (2021). El exceso en la legítima defensa . Madrid: Independently published .
10. López, A. (2021). Derecho Penal . Scotts Valley: CreateSpace Independent Publishing Platform .
11. Luigi, F. (2017). El Garantismo y la filosofía del derecho . Bogotá: Universidad Externado
12. Luzón, D. (2016). Lecciones de Derecho Penal . Barcelona: Tirant lo Blanch .
13. Montealegre, E. (2017). Derecho Penal y Sociedad . Bogotá : Universidad Externado .
14. Polaino, M. (2021). Lecciones de Derecho Penal . Madrid: Tecnos .
15. Rojo, G. (2016). La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada . Santiago: Usc.
16. Roxin, C. (2016). Sobre el Estado de la Teoría del Delito . Madrid: Aranzadi / Civitas .
17. Suero, G. (2020). Populismo Penal y Seguridad Ciudadana . Chisinau: Editorial Académica Española .
18. Vera, J. (2019). Legítima defensa y elección del medio menos lesivo. Barcelona: Sielo.
19. Zaffaroni, E. (2016). El exceso en la defensa. Bogotá: Temis.

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).