



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Penal

Artículo profesional de alto nivel

Legítima defensa del derecho ajeno: una mirada desde el delito de violación en Ecuador

Autores:

Carlos Javier Delgado Montanero y Fabricio Fernando Zambrano Solórzano

Tutor:

Javier Antonio Artilles Santana

Portoviejo, 2021

Legítima defensa del derecho ajeno: una mirada desde el delito de violación en Ecuador

Autores: Carlos Javier Delgado Montanero
Fabricio Fernando Zambrano Solórzano¹

RESUMEN

El objetivo del artículo consistió en una revisión dogmática de la institución jurídica de legítima defensa del derecho ajeno enfocado en el delito de violación en Ecuador, precisando una serie de elementos teórico-jurídicos que generan una explicación a la problemática relativa a la configuración de una de las causas de justificación o de exclusión de la antijuridicidad al momento de su valoración por parte de la o el juez. La investigación se basa en una revisión bibliográfica con apoyo en el método inductivo-deductivo. El análisis y la síntesis se complementaron para abordar el tema de forma estructurada y sistemática aplicando además un conjunto de reglas lógicas que permitieron despejar la pregunta de investigación elaborada al inicio del presente trabajo investigativo que revelaran al lector si es viable oponer esta causa de justificación en favor de un tercero que actúa en defensa de la integridad sexual de una persona víctima de un delito de violación.

Palabras clave: Antijuridicidad; legítima defensa; derecho ajeno, violación.

Legitimate defense of the rights of others: a look from the crime of rape in Ecuador

ABSTRACT

The objective of the article consisted of a dogmatic review of the legal institution of legitimate defense of the rights of others focused on the crime of rape in Ecuador, specifying a series of theoretical-legal elements that generate an explanation of the problem related to the configuration of one of the the causes of justification or exclusion of the unlawfulness at the time of its assessment by the judge. The research is based on a bibliographic review supported by the inductive-deductive method. The analysis and synthesis were complemented to address the subject in a structured and systematic way, also applying a set of logical rules that allowed to clarify the research question elaborated at the beginning of this investigative work that will reveal to the reader if it is feasible to oppose this cause of justification in favor of a third party who acts in defense of the sexual integrity of a person who is the victim of a crime of rape.

Keywords: Unlawfulness; legitimate defense; rights of others, violation.

INTRODUCCIÓN

La Legítima Defensa, es una institución jurídica que se encuentra en la mayoría de los Códigos Penales Iberoamericanos, los cuales reproducen el contenido de los modelos europeos,

¹ Abogados de los juzgados y tribunales de la República del Ecuador. Cursantes del Programa de Maestría en Derecho Penal de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: javicomon85@hotmail.com / fabriciozamb@live.com

con contadas excepciones como el texto penal de Brasil y Puerto Rico, que según Molina (2016) son de influencia Angloamericana.

Contrasta el Código Penal de Bolivia que reproduce lo establecido en el Código Español de 1822, con el de la República Dominicana, que según Molina (2016), es copia del francés. Por su parte, el Código Penal de Chile, Panamá, Colombia, Paraguay, México Nicaragua, Salvador, Honduras, Uruguay y Guatemala, reproducen la legislación Penal Española de 1870, con pequeñas modificaciones.

Entre las distinciones, se observa como los Códigos de Perú, Costa Rica y Venezuela, no prevén la defensa de tercero, que se convierte en el centro de la reflexión bibliográfica. Igualmente, se reconoce que el Código Penal de Argentina, “replica lo estatuido en el Código Penal de Baviera; y en su código de 1887, copió la noción de la Legítima Defensa y sus requisitos condicionantes del Código Español de 1870” (p. 26).

El Ecuador no escapa de estas influencias, solo que la estructura de la Teoría del Delito, se transforma radicalmente a partir de la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, en el año 2008, donde se asume el modelo de Estado Constitucional de derechos y de justicia, que propugna como base de actuación el respeto de los Derechos Humanos.

La legítima defensa, es una institución jurídica que se funda en la prevalencia de los derechos de las personas y en su defensa. La misma se ubica en el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal, promulgado el 10 de febrero del año 2014, con última reforma el 24 de diciembre del año 2019, en el cual se dispone como una causa de justificación de la conducta típica que excluye uno de los elementos estructurales de la teoría del delito: la antijuridicidad.

Esta causa de exclusión de la antijuridicidad es una institución que ha sido objeto de estudio en la doctrina y la jurisprudencia más generalizadas, desde la génesis de la moderna concepción de la teoría del delito hasta la actualidad, convirtiéndose así en uno de los temas más debatidos por los jurisconsultos; es por tal motivo que, estudiar a esta institución desde sus elementos fundamentales, así como desde las bases jurídicas que la sostienen, es relevante para la comprensión de esta problemática.

Al hablar de la legítima defensa debemos iniciar por enfatizar que es un tema controversial, ya que se dispone como una exclusión del acto típico realizado por una persona, es decir, un impedimento sustancial que incide en la configuración del delito, de la hipótesis que demanda la dogmática jurídica para su conformación. En virtud de esto, es oportuno adentrarse a la revisión de la legítima defensa, que como ya se indicó, es una institución que genera ciertos debates que obliga a la reflexión, por la prolífica documentación de casos que han sido planteados.

Además, la reflexión versa acerca de la legítima defensa del derecho ajeno observando particularmente su alegación en la ejecución del delito de violación, lo que exige un mayor detenimiento en los requisitos concurrentes que demanda esta causa de justificación. Pero también la revisión de instituciones jurídicas que ya han sido reconocidas en el ámbito jurídico patrio, y que se amplían en el Código Orgánico Integral Penal (2019). Entre estas se encuentra el artículo 22 del derogado Código Penal de 1938, que textualmente refería: “Tampoco hay infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de un delito de abuso sexual o violación”.

De ambos contenidos normativos se quiere conocer la viabilidad de oponer esta causa de justificación en favor de un tercero que actúa en defensa de la integridad sexual de una persona víctima de un delito de violación. En efecto, el objetivo general del estudio es la revisión de la legítima defensa del derecho ajeno desde la mirada del delito de violación en Ecuador. Con sustento en esos planteamientos la pregunta que guiará todo el estudio se centra en revisar

¿Cómo se desarrolla dogmáticamente la institución de la legítima defensa del derecho ajeno desde la mirada del delito de violación en el Ecuador?

METODOLOGÍA

Se trata de un estudio con enfoque cualitativo donde se obtuvo información por medio de la técnica de revisión bibliográfica, dado el diseño flexible que caracteriza este tipo de investigación, fue pertinente la consideración de las distintas teorías que sustentan la legítima defensa como una causa de justificación en el ámbito jurídico ecuatoriano, haciendo uso del método deductivo-inductivo, mismo que permitió arribar a conclusiones con respecto a la viabilidad de alegar o recurrir a la legítima defensa del derecho ajeno en los casos del delito de violación como excluyente de la antijuridicidad.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La antijuridicidad material como elemento estructural del delito en el Ecuador.

La legítima defensa como causa de justificación, implica que se analice el elemento de la Teoría del delito llamado “Antijuridicidad”, que se encuentra definido en el artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal (2019), como “aquella conducta que amenaza, o lesiona sin justa causa un bien jurídico que la normativa penal protege”.

La Teoría del Delito, para Donna (1995) se trata de una teoría de la imputación, esto es, la posibilidad de imputar la conducta de un hombre y su resultado a ese hombre, como una obra propia, dentro de las posibilidades científicas existentes; esta categoría se desarrolla de acuerdo a la opinión de Villanueva (1998) sobre la base del acto, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Es así que, en el Libro I, Título I, el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal (2019), define a la infracción penal, desde el esquema tripartito que dispone la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, elementos esenciales para la conformación del delito. También, en el texto penal integral, se disponen una serie de elementos que excluyen su existencia, entre estos destacan las causas de exclusión de la conducta (artículo 24), las causas de exclusión de la antijuridicidad (artículo 30), y las causas de inculpabilidad (artículo 35)

El artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal (2019), dispone las causas de exclusión de la antijuridicidad, cuando: “la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o **legítima defensa**. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, debidamente comprobados” (Negrilla propia). En efecto, esta norma contiene el sustrato de aplicación de las distintas causas de justificación que operan en el Ecuador.

Esta descripción, contenida en la redacción del artículo, se sustenta en los avances de la doctrina penal, que diferencian la antijuridicidad formal de la material, donde también se expresan importantes críticas respecto de su adopción, y de la necesidad de aclarar los términos para su debida aplicación, ya que pudieran estar reñidas con los estamentos del Estado Constitucional de Derechos, que según Durán (2011) es “una etapa superior al Estado Social de Derecho”, que alude al gobierno sometido a las leyes, pero que no abordaremos por no ser objeto principal del estudio.

Lo que sí es relevante señalar es lo que ilustra Muñoz (2015), sobre la antijuridicidad formal, señalando que es un concepto bastante amplio ya que apenas hace alusión a toda conducta que contrarie el orden jurídico, siendo así, la institución está presente en todas las ramas del derecho, ya que supone “la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico...” (p. 67), con lo cual no correspondería exclusivamente al campo del Derecho Penal. Pero además bastaría la simple conducta con independencia de que esta lesione o no algún bien jurídico, como es el caso de los delitos de peligro, verbigracia, el porte de armas.

Por su parte, la antijuridicidad material, que se encuentra en el artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal (2019), demanda la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, por ejemplo, el valor o interés protegido por el derecho como es la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, entre otros: Es decir, es material porque se verifica una verdadera afectación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Franz Von Liszt (citado por Sampedro, 2002), “reconoce lo normativo de la antijuridicidad con la diferenciación que hace de los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material, entendiendo por esta, y como complemento de la objetiva contradicción con el derecho, la lesión del interés protegido por la norma” (p. 329)

A pesar de estas advertencias, que propugna el acogimiento de un concepto híbrido entre antijuridicidad material y formal, consideramos que el Derecho Penal ecuatoriano ha tenido una evolución jurídica importante al colocar como base de la teoría del delito la antijuridicidad material, que en sí asocia la conducta típica con la exigencia de lesividad, y que, bajo el Estado Constitucional de Derecho, el juez no debe atenerse únicamente a lo que está dispuesto en la ley, sino que ejerce la actividad judicial acorde a los principios axiológicos plasmados en la Constitución, principios generales del derecho, doctrina, jurisprudencia, incluso tratados de derechos humanos suscritos por el Ecuador le servirán para resolver los casos y entonces podrá comprender que el juez no sólo se atañe a lo que está dispuesto en la ley sino que se va más allá, o sea, a lo que por justicia, proporcionalidad, libertad, entre otros criterios, corresponda en cada caso. En síntesis, Ávila (2008), expresa que “en el Estado constitucional es la constitución la que determina el contenido de la ley y el ejercicio de la autoridad” (p.111).

En este contexto, explica Cornejo (2016), que la tipicidad de la conducta se convierte, prima facie, en un indicio de lesividad, o como lo expresa Mayer (2007) la conducta típica es “un indicio de ratio cognoscendi de la antijuridicidad, pues para que se llegue a esta es necesario que se acredite la falta de concurrencia de una causa de justificación” (p. 187). En síntesis, la antijuridicidad no puede acreditarse en caso de que esta acción se produzca en un contexto donde opere un permiso legal, es decir, una causa de justificación.

Es así como el estudio de estos fundamentos de orden teórico sobre la antijuridicidad, que hoy se encuentran en el centro del debate, exige el examen de cada caso en particular, lo que permitirá comprobar la hipótesis que se esgrime desde la teoría del delito que se plantea en los siguientes términos: si existe una conducta típica, antijurídica y culpable, entonces habrá delito, en caso de que se configure alguna causa de exclusión de las previstas en el ordenamiento jurídico, entonces no se configura o integra el delito.

Conforme con lo señalado, procederemos a revisar una de las causas de justificación que más desarrollo teórico ha generado en la Ciencia Penal, y sobre la cual plantearemos algunas consideraciones acerca de su prevalencia en caso de que se produzca la defensa del derecho a la integridad sexual de una víctima de violación por parte de un tercero.

Estado actual de la legítima defensa como causa de exclusión de antijuridicidad en el Ecuador.

La legítima defensa como excluyente de la antijuridicidad se basa, según Roxin (1997) en dos principios fundamentales que tienen que ver con la protección individual y el prevalecimiento del Derecho, es decir, la legítima defensa pretende proteger y garantizar el bienestar general del individuo o grupo de individuos que están siendo vulnerados procurando preservar la integridad del bien jurídico en cuestión y anteponiendo sus derechos como sujetos por encima de sus deberes.

La exclusión de la antijuridicidad se debate entre dos grandes Teorías del Derecho. Para la tendencia naturalista, radica según Boderó (1984), en “el derecho natural e innato; que tiene todo hombre, de utilizar la fuerza física para repeler en el acto toda agresión Injusta, contra la cual no quepa en el momento otro medio de defensa”. (p. 77). Para la positivista, esta causa de justificación se sustenta en el permiso que otorga el Estado a través de la ley o norma que lo contiene, verbigracia, el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal (2019), en el cual además se disponen una serie de requisitos de orden concurrente que condicionan su aplicación.

La exclusión del actuar antijurídico, deviene de la aceptación de que es legítima la defensa de los derechos (propios o de un tercero), y así lo ha estimado, el legislador ecuatoriano. Entre los requisitos, como examinaremos en el desarrollo del estudio, se aprecian la existencia de: 1) agresión actual e ilegítima 2) necesidad racional de la defensa y 3) falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

Los mismos también han sido objeto de un profundo debate doctrinario-jurídico, que recae, en la subsunción de estos parámetros con los hechos fácticos, donde se plantean consideraciones acerca de la actualidad o ilegitimidad o no de la agresión, como elemento fundamente de este actuar defensivo, la necesidad racional de la defensa ejercida, y otro tanto sobre la provocación, en términos de su existencia o suficiencia, como se verá la complejidad del asunto, es que estos criterios exceden el ámbito de lo objetivo y se ubican en el plano de lo que debe ser apreciada por el juez en cada caso, en relación a las demás personas, a su vinculación, a su educación y cultura, al medio en que se desenvuelve

Es decir, no basta que un procesado, por intermedio de su abogado, alegue haber realizado un determinado acto en defensa de su persona o de un derecho ajeno para que automáticamente se entienda que con ello se “libera” de responsabilidad penal, es necesario además que el acto típico ejecutado (muerte o lesión), cumpla con los elementos que justifiquen su accionar de una forma u otra, de allí que Frank (2000) hayan precisado que en la alegación de esta figura se produce un verdadero traslado de la carga de la prueba.

A partir de esta mirada, la legítima defensa, ha sido definida por Rodríguez (1981), como la “defensa necesaria para impedir o repeler una agresión injusta de bienes propios o de un tercero” (p. 769), mismo que, tendría una dimensión individual al tratarse de la protección de los bienes jurídicos del sujeto agredido y supra-individual, cuando se refiere a la protección de un derecho en específico que ha sido vulnerado.

La anterior posición que asume el autor es compartida por Cerezo (2013) quien expresa que la “legítima defensa tiene, pues, un doble fundamento. No basta la simple necesidad de defender un bien jurídico, pues se exige que la agresión sea ilegítima” (p. 461). Para Lascano (2005), el fundamento de la legítima defensa radica en la injusticia de la agresión al bien de la persona titular de derechos, con lo cual se comienzan a agregar a su fundamento algunos de los requisitos previstos, en casi todas las legislaciones del mundo, y que recae en la agresión ilegítima.

En consideración de García Falconí (2014), la legislación ecuatoriana referente a la legítima defensa guarda muchas semejanzas con otras como la española o la argentina, en el hecho de que considera a la falta de provocación suficiente como un elemento central para proceder con la legítima defensa, y difiere de la legislación italiana, francesa, colombiana y alemana donde esta consideración no se toma en cuenta.

Bajo este marco de análisis, la legítima defensa es una institución jurídico-penal que, según Peralta (2019):

“Tiene como finalidad la eximición de responsabilidad penal a quien ejecuta un acto ilícito para proteger su vida o sus derechos. Pero tal acción debe ser el resultado de una agresión ilegítima, además emplear un medio racional para repelerla y no tiene que ser la respuesta a una provocación por parte de quien se defiende” (p. 41).

Como se observa, la provocación como exigencia básica para la construcción de esta causa de justificación, es bastante polémico, al punto que existen algunas legislaciones que la han suprimido como requisito, entre las que destacan Italia, Francia, Alemania y Colombia, aun cuando este no es el caso del Ecuador. Estimamos que la utilización del método del derecho comparado, le permitirá al juez conocedor de un caso en concreto perfilar su decisión, en los términos que evoluciona la institución jurídica en análisis en el contexto contemporáneo.

Sin embargo, pese a lo dicho hasta este punto la legítima defensa no constituye el único elemento excluyente de la antijuridicidad dentro de la legislación penal ecuatoriana, puesto que, se reconoce además al estado de necesidad, el cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente y el deber legal; empero, es necesario determinar en primera instancia si se trata de un caso en el que es posible identificar alguna de estas causas de justificación, pues, de lo contrario se deberá continuar con la verificación del tercer elemento presente en la construcción del delito: la culpabilidad.

Es decir, a través de esta causa de justificación las personas están autorizadas a realizar la defensa de sus derechos que están siendo vulnerados por conducto de una agresión ilegítima, sin embargo, la concreción de los requisitos requiere de una exhaustiva revisión racional por parte del juez, con lo cual queda prohibida, en honor a la ciencia, realizar una mirada subjetiva o superficial de los elementos probatorios que son incorporados de manera lícita y tempestiva al proceso.

Para esto la sana crítica explica Sentís (1990), es un sistema donde el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines.

La interpretación jurídica aplicada a este tipo de casos será el aspecto clave en la resolución del problema jurídico en cuestión, en el sentido de que la interpretación aplicada al Derecho busca, según Guastini (2015) reducir la indeterminación dentro del derecho y otro tipo de situaciones como la vaguedad o ambigüedad normativa; así, se trata en esencia del mecanismo idóneo para abordar el tema central de la presente investigación. “De esta forma, la interpretación judicial constituiría uno de los elementos integrantes de la naturaleza propia del Derecho como sistema” (p.74).

Finalmente, encontramos que Ecuador amplía esta causa de justificación a todos los derechos reconocidos a las personas y también ampara a los terceros actuantes en defensa de estos derechos, es así como el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal (2019), expresa textualmente: “Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de **cualquier derecho, propio o ajeno**”.

Dicha consideración ubica al país en un contexto de avanzada, precisamente la redacción de esta norma será la base de esta disertación académica-científica, donde se asumirá la viabilidad de oponer esta causa de justificación en favor de un tercero que actúa en defensa de la integridad sexual de una persona víctima de un delito de violación en plena consumación.

Desde esta perspectiva, se ha considera importante destacar el carácter dinámico del Derecho. Especialmente el Derecho Penal, para García Falconí (2016), no es estático, sino que va avanzando a medida que pasa el tiempo, por lo tanto, es impresionante la evolución de la Legítima Defensa desde su primigenia concepción en la “Constitución de Carolina de 1532, que en su artículo 140, reconocía “el derecho a la legítima defensa contra agresiones con armas a la vida o a la integridad” (p. 458), hasta la ampliación hacia otros bienes jurídicos, apelando siempre a los criterios de proporcionalidad.

Corolario, para que la legítima defensa pueda ser llevada a cabo, Molina (2012), ilustra que es necesario cumplir con una serie de requisitos como la agresión ilegítima, donde subyace la distinción de la legítima defensa y otros procesos con propósito más agresivo; la defensa y su necesidad racional, que hace referencia a un procedimiento en el que, basándose en principios racionales, el agresor no pierde completamente sus derechos por el acto cometido, ya que, continúa siendo una persona y, por tal, mantiene sus facultades; y, la falta de provocación suficiente, requisito por el cual la persona se exime de responsabilidad penal debido a que no se encuentra plenamente justificado como una actuación ilícita. Serán estos requisitos los que centrarán nuestra atención a continuación.

Requisitos concurrentes que fundamentan la legítima defensa como causa de justificación. Agresión ilegítima.

Mir Puig (2004), concibe la agresión desde un punto materialista, ya que, en la mayoría de los casos, donde se alega esta causa de justificación se hace referencia a un ataque a la integridad física, pero no se puede descuidar que la integridad personal, también está compuesta por el cuerpo, la mente o intelecto, y el espíritu, de ahí que exista una relación inescindible entre estos elementos que identifican al hombre, por lo que la necesidad de defensa nace como resultado del peligro al que el sujeto se considera expuesto.

En este sentido, la agresión, según Zaffaroni (2002) solo será considerada ilegítima en la medida que cumpla con el presupuesto de ser una conducta humana, agresiva y antijurídica.

Es aquí, entonces, donde el juez asume un rol de vital importancia en la interpretación del hecho, que exige un estudio minucioso de la circunstancia que rodea la agresión y acción defensiva en contra de esta. Para esto se requiere de un operador de justicia capaz de determinar de forma objetiva si la agresión cometida queda o no comprendida dentro de los extremos de la legítima defensa.

Este requisito que pudiera resultar en la mayoría de los casos objetivo, ciertamente está cargado de una subjetividad que puede ser superada a través de un examen racional de las condiciones que rodean la conducta agresiva. El juez, sin embargo, no puede interpretar el hecho a la luz de suposiciones o percepciones individuales basadas en ideologías o sesgos, sino que deberá aplicar una correcta interpretación que le permita emitir una sentencia válida y objetiva, ya sea del tipo reparatoria o punitiva.

Defensa y su necesidad racional.

Este criterio que pudiera resultar sencillo, también tiene su carga subjetiva. En este sentido, se discute aspectos sobre la “necesidad” y sobre la “racionalidad”, derivando controversias jurídicas doctrinarias de que tan necesaria era la acción que produce, en un alto porcentaje de los casos la muerte, y en otro tanto las lesiones, o que tan racional fue la defensa ejercida.

Queda claro que, no es un ejercicio sencillo esto de ponderar los requisitos que sustentan la causa de justificación de la legítima defensa, pero tampoco es imposible realizar su adecuación. En virtud de esto, es válido precisar lo que explica Peralta (2019) al señalar que: “necesaria en tanto que resulta eficaz para el tratamiento de un hecho determinado y, proporcionada debido a que debe existir una especie de equilibrio entre la conducta defensiva y la conducta ofensiva” (p. 17).

En este caso, el juzgador deberá aplicar la interpretación como requisito fundamental en la determinación de la legítima defensa como racionalmente necesaria, en tanto que, determinará lo imprescindible de este elemento excluyente de la antijuridicidad y la relación de peso existente entre la defensa y la ofensa realizada. Este razonamiento debe llevarlo a la exclusión del actuar antijurídico con bases científicas racionales que impiden, por tanto, las consideraciones personales del juzgador.

Falta de provocación suficiente.

Se adiciona a la discusión, el tercer requisito que de forma concurrente debe cerrar el análisis acerca de la exclusión de la antijuridicidad. La falta de provocación suficiente. Según Fontan Balestra (1998), se refiere al hecho de que el sujeto que ejerce la defensa no tiene que ser agresor o provocador, pero a su vez es necesario que la conducta del atacante aparezca como provocadora, en tanto que para Zaffaroni (2002), opera como motivo de la agresión ilegítima y suficiente. Para Albán (2005), este requisito:

“no suele constar en todas las legislaciones. La nuestra siguiendo la tradición más común, sí lo hace. Provocar significa ejecutar un acto de tal naturaleza. Suficiente debe entenderse como un acto de cierta significación, capaz de explicar la reacción, dentro del modo normal de reaccionar de los seres humanos” (p.163).

Será el juez quien deberá, por tanto, estimar todas las circunstancias concomitantes al caso, entre estas la “suficiencia” de la agresión. En virtud de este planteamiento, es abundante la doctrina y la jurisprudencia que han buscado perfilar, sin mayor éxito, los términos de suficiencia exigidos o exigibles en cada caso.

Del mismo modo deberá determinar que la conducta que desencadenó, en primer momento la agresión haya sido ilegítima y suficiente para provocar dicha reacción, convirtiéndose este ejercicio hermenéutico jurídico en una prueba de fuego para los operadores de justicia, donde se deben incluir a los fiscales y a los defensores.

Estas consideraciones han llevado a replantear el tema acerca de la importancia de las pruebas para acreditar en un caso en concreto la institución de la legítima defensa, lo que ha llevado a Frank (2000) a afirmar que “la legítima defensa es uno de esos casos en que se invierte la carga de la prueba, el principio general de responsabilidad vence al principio general de inocencia, y la misma no se presume” (p.22), por lo que se puede decir, entonces, que en este tipo de procedimientos la presencia de pruebas es fundamental para la justificación del hecho ante el cual se está llevando a cabo la legítima defensa, mismas que, objetivamente deben tener la

capacidad jurídica de demostrar que un determinado bien o derecho ha sido vulnerado por un tercero.

Legítima defensa del derecho ajeno: Una mirada desde el delito de violación. Aspectos generales del tipo penal de violación en la legislación penal ecuatoriana.

Es importante, antes de entrar a examinar los aspectos generales del delito de violación como parte del enfoque sobre la viabilidad de oponer la legítima defensa para salvaguardar el derecho de un tercero a la integridad sexual, hacer alusión a lo que reza el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, según el cual “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Este principio de aplicación de la norma fundamental, deja claro que no existe jerarquización alguna ni diferencias significativas entre los derechos de las personas, sean estos de orden civil, político, social, económico o cultural, por tanto, deben ser protegidos con igual ímpetu por todos los servidores y servidoras públicas, en donde se encuentran los jueces que integran la función judicial.

En este sentido la integridad sexual para Díez Ripollés (2000) debe ser entendida como parte de la libertad sexual de las personas que se asocia con la autodeterminación en aspectos como “la vida sexual en libertad, esfera que se ataca también cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción”. (p. 81). En efecto, el autor señala que, el derecho a la integridad sexual tiene, entonces, un alcance de derecho fundamental.

También agrega el autor que la integridad sexual se asocia al concepto intangibilidad o indemnidad sexual, donde se hace alusión a determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, entre estas los niños y niñas, y las personas con alguna discapacidad mental.

Bajo este marco de referencia, es pertinente señalar, la amplitud de situaciones que se pueden considerar dentro del delito de violación, de tal manera que deben abandonarse algunas concepciones limitativas o erróneas que en cierto modo han actuado como circunstancias discriminativas para un sector de la población. Así las cosas, Andrade (2005), plantea que:

“En forma totalmente equivocada se piensa que el tema de delitos sexuales es un tema de mujeres, pero nada más alejado de la verdad, pues los delitos sexuales son conductas que atacan derechos sexuales de todos los miembros de la sociedad, si bien es cierto afecta a grupos sociales especialmente vulnerables como niños, niñas y mujeres, todos estamos expuestos en diferentes etapas de nuestra vida y en las más diversas situaciones a ser víctimas de una agresión sexual, de un "atentado al pudor" de un "acoso sexual", todavía en nuestra sociedad no existe una cultura de defensa de "todos" los derechos humanos y lo más grave todavía no existe la conciencia suficiente en cada uno de nosotros de los derechos que tenemos por el hecho de ser seres humanos, nuestra sociedad no se ha sincerado y aún persiste la equivocada y dañina costumbre de ocultar y silenciar estos hechos y de que los mismos no trasciendan el fuero privado” (p.23).

De la cita se desprende la necesidad de reconocer que el Derecho a la Integridad Sexual, es un derecho fundamental, y susceptible de ser amparado y defendido como cualquier otro bien jurídico. De ahí la necesidad de su protección o tutela conforme lo consagrado en el numeral 10

del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Pero esta protección se extiende, y es así como la violación constituye un delito tipificado y sancionado en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal (2019), donde se establecen los supuestos normativos que comprende esta conducta, pero además nos revela la variedad de víctimas que están consideradas en dicha infracción penal. Con lo cual queda nuevamente claro, el estado de avance de la Ciencia Penal que se observa en el Ecuador.

Para los efectos de dar respuesta a nuestra incógnita de investigación, señalaremos algunos elementos claves para el entendimiento de esta figura. En primer orden es menester señalar que el mencionado artículo, forma parte del capítulo titulado “Los delitos contra la integridad sexual y reproductiva”, que como se advirtió forma parte de los Derechos Fundamentales de las personas.

En segundo lugar, e independientemente de la extensión de la norma, el núcleo o verbo rector de este tipo penal, consiste en “acceder carnalmente con la introducción total o parcialmente del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal”, en este sentido se advierten los términos propios para estimar consumada la conducta.

En tercer lugar, de la descripción de este tipo penal, encontramos que el sujeto activo es por general indeterminado, es decir, lo puede cometer cualquier persona, a excepción del numeral 4, en el cual el sujeto activo es calificado ya que exige la condición de tutores, curadores, ministros de culto, entre otros; así mismo, el sujeto pasivo puede ser no calificado o calificado, dependiendo el numeral correspondiente.

En quinto lugar, es menester señalar que el bien jurídico protegido de acuerdo a nuestra legislación, es el Derecho a la Integridad Sexual y reproductiva, que se encuentra tutelado en el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador. Por lo tanto, en cuanto a la antijuridicidad material o principio de lesividad, la persona que adecúe su conducta al tipo penal descrito, lesionaría el bien jurídico mencionado ut supra.

Viabilidad de alegación de legítima defensa del derecho a la integridad sexual de una víctima de violación por parte de un tercero.

Sobre lo expuesto con antelación, es relevante recordar que, con la entrada de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, con última reforma en el año 2019, se disponen una serie de transformaciones que parecen dejar en estado de indefensión a las personas que realicen la defensa de un derecho ajeno que está siendo vulnerado por un acto tan deleznable como la violación o el abuso sexual.

En este sentido, el artículo 21 del Código Penal de 1938, que estuvo en vigencia hasta el 10 de agosto de 2014, referente a la legítima defensa de terceros, prescribía textualmente:

Artículo 21.- No comete infracción alguna el que obra en defensa de otra persona, siempre que concurren las dos primeras circunstancias del artículo 19 y que, en caso de haber precedido provocación al agresor, no hubiere tomado parte en ella el que defiende.

Con claridad meridiana se establecía la exclusión de responsabilidad al que obraba en defensa de la otra persona. Pero aún más contundente era la redacción del extinto artículo 22, referente a la legítima defensa ante abuso sexual o violación, al expresar de forma lacónica que en este caso no habría infracción penal.

Particularmente, esta redacción para Albán Gómez (2005) es un referente de las causas de exclusión de la antijuridicidad en el tipo penal de violación, el cual se pretendió incluso oponer ante “el carácter ilícito del acto, en el caso de acceso carnal entre cónyuges, consumado por el marido empleando violencias” (p.149), que por virtud de la racionalidad que demanda la cultura en Derechos Humanos no prosperó.

Ahora bien, el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal (2019), no hace referencia en un sentido específico de tales situaciones, por el contrario, los términos en los que se expresa son genéricos y abstractos. Es así como la norma refiere:

“Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Agresión actual e ilegítima.
2. Necesidad racional de la defensa.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho...”

El texto sustantivo penal de 1938 derogado, de manera categórica establecía esta exclusión de responsabilidad, pero también es cierto que respecto a la redacción del artículo contenido de la legítima defensa la referencia era única y exclusivamente para la defensa propia que según Peralta (2019) consiste en el ejercicio por parte de la misma persona que ha sido agredida, diferenciando en este caso de otra de sus modalidades como es la legítima defensa de terceros, que ocurre cuando una persona ajena al hecho está defendiendo al sujeto que fue objeto de la agresión.

Otro de los nudos problemáticos que se advierte, es que generalmente se piensa que la legítima defensa se aplica únicamente en los delitos que lesionan los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal, y así lo ilustra Bacigalupo (2005), al señalar que desde tiempos remotos esta institución se encuentra plagada de errores, al considerar que la defensa es necesaria cuando el bien jurídico protegido es la vida que está en peligro. Sin embargo, este no es el caso de lo expresado en el artículo 33 del texto adjetivo penal, que si considera todos los derechos y la defensa de terceros.

CONCLUSIONES

En el Ecuador, es perfectamente viable oponer esta causa de justificación en favor de un tercero que actúa en defensa de la integridad sexual de una persona víctima de un delito de violación, con sustento en los elementos estructurales previamente expuestos: En especial, de las condiciones de aplicación donde se ubica la defensa de todos los derechos y de la defensa propia y de terceros.

En este caso, es pertinente que todas las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano prevean mecanismos de protección de los derechos humanos de las personas, lo que implica una correcta interpretación de esta causa de justificación por quienes conforman el Sistema de Administración de Justicia Penal (jueces, fiscales, defensores) al momento de abordar un caso donde se alegue haber actuado en legítima defensa de un tercero, pues, cada situación es diferente y amerita un tratamiento jurídico, que con base en los criterios de la sana crítica, permita consolidar los alcances de esta causa de exclusión de responsabilidad penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, M. (2019). La ausencia del error en el COIP, como causa de justificación de la antijuridicidad en la conducta delictiva del procesado. Ambato: UNIANDES.
- Albán, E. (2005). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General. Quito: EDLE S.A.
- Andrade, X. (2005). El caso de los delitos sexuales. Obtenido de CEIME:
<https://derechoecuador.com/el-caso-de-los-delitos-sexuales>
- Ávila, R. (2008). El neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Abya Yala.
- Bacigalupo, E. (1999). Derecho penal, parte general. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cerezo, J. (2013). Derecho Penal. Buenos Aires: Tecnos Grupo Anaya S.A.
- Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador. Diario Oficial. Registro Oficial 180. 10 de febrero de 2014. Primer Suplemento N° 107, del 24 de diciembre de 2019. Estado: Reformado.
- Cornejo, J. (2015). Legítima Defensa. Obtenido de Derecho Ecuador.com: Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/legitima-defensa>.
- Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- Donna, E. (1995). Teoría del delito y de la pena. Buenos Aires: Astrea.
- Fontan Balestra, C. (1998). Derecho penal. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Frank, J. L. (2000). Legítima Defensa con armas de fuego. Vol III. Buenos Aires.: Editorial Ad Hoc.
- García Falconí, J. (2014). Código Orgánico Integral Comentado. Quito: Latitud 0.
- García Falconi, R. (2016). Código Orgánico Integral Penal Comentado. Quito: Latitud Cero Editores.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. ISONOMÍA, 11-48.
- Lascano, C. J. (2005). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Advocatus.
- López, M. (2010). Antijuridicidad y causas de justificación, Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal. Montevideo - Buenos Aires: Editorial IB de f.

- Mayer, M. E. (2007). Derecho Penal. Parte General. Montevideo: B de F. Ltda.
- Mir Puig, S. (2004). Derecho Penal. Parte General. Séptima edición. Montevideo: B de f.
- Molina, F. (2012). La legítima defensa del derecho penal. Revista Jurídica, pp. 19-48.
- Molina, Y. (2016). Evolución de la institución jurídica de la legítima defensa en el derecho penal colombiano. Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia Facultad de Derecho Cali, Colombia.
- Muñoz, F. (2015). Derecho Penal: Parte General. Tirant lo Blanch.
- Paladino Pellón & Asociados. (2019). Antijuridicidad y Delito. Obtenido de <https://www.palladinopellonabogados.com/antijuridicidad-y-delito/>
- Peralta, J. (2019). El exceso en la legítima defensa. Universidad Siglo 21.
- Rodríguez, M. (1981). Todavía sobre el carácter subsidiario y el ámbito de aplicación de la legítima defensa. Estudios jurídicos, 767-795.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas.
- Sampedro, C. (2002). Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentís Melendo, Santiago (1990). La Prueba. Buenos Aires (Argentina): Editorial EJE.
- Uprimny, R. & Rodríguez, A. (2006). Interpretación Judicial. Módulo de autoformación. Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Villanueva, R. (1998). Teoría del delito. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Zaffaroni, E. (2002). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar.