



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

INFORME FINAL DE PROYECTO DE ESTUDIO DE CASO

Previo a la obtención del título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República Del Ecuador.

Tema:

Caso N° 13283 – 2015 - 01945, El Estado contra Ponce Reinoso Cristhian

Geovanny: “La consideración de la agresión vigente e inminente y la representación de peligro como causa para el exceso en la legítima defensa”

Autores:

Arcentales Palma Viviana Alexandra

Guerra García Miguel Ángel

Tutor:

Ab. Javier Antonio Artiles Santana

Portoviejo - Manabí - Ecuador

2017

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Arcentales Palma Viviana Alexandra y Guerra García Miguel Ángel , de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo: Caso Penal Caso N° 13283 – 2015 - 01945, El Estado contra Ponce Reinoso Cristhian Geovanny: “La consideración de la agresión vigente e inminente y la representación de peligro como causa para el exceso en la legítima defensa” a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 18 de Agosto 2017.

Arcentales Palma Viviana Alexandra

C.C. 1312407834

AUTORA

Guerra García Miguel Ángel

C.C. 1310811011

AUTOR

ÍNDICE

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
INTRODUCCIÓN	1
1. MARCO TEÓRICO	3
1.1. La Infracción Penal	3
1.2. La Teoría Del Delito	3
1.2.1. Tipicidad	5
1.2.2. Antijuricidad.....	7
1.2.3. Culpabilidad	9
1.3. Causas de exclusión de la antijuridicidad.....	9
1.3.1. Antecedentes y evolución de las causas de justificación (legítima defensa)..	10
1.4. La legítima defensa	12
1.4.1. Definición y naturaleza jurídica.....	13
1.5. Elementos de la legítima defensa	14
1.5.1. Agresión actual e ilegítima.....	14
1.5.2. Necesidad racional de la defensa.....	15
1.5.3. Derecho comparado.....	16
1.5.4. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.....	17
1.6. Exceso en la legítima defensa.....	17
1.6.1. Exceso intensivo	18
1.6.2. Exceso Extensivo.....	19
2. Análisis Del Caso	20
2.1. Hechos facticos	20

2.2. Análisis de fallo de primera instancia.....	24
2.3. Análisis de fallo de segunda instancia	37
CONCLUSIONES	45
3.1. Conclusiones	45
4. BIBLIOGRAFÍA	51
Anexos	54

INTRODUCCIÓN

El derecho penal es aquella rama del derecho por el cual se ejerce la potestad punitiva del Estado, dentro de la normativa penal se encuentran tipificadas las diferentes conductas que se adecuan a un tipo penal determinado, así como también los elementos constitutivos del delito como lo son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Además de los elementos anteriormente mencionados, del mismo modo; se hallan las causas de exclusión de antijuricidad donde se encierra el problema jurídico del caso en específico como lo es la manifestación de la legítima defensa. Por medio de este estudio se pretende justificar la problemática enfrentada en el caso penal 13283 – 2015 – 01945.

Dada la importancia y la complejidad del tema, como lo es la legítima defensa, que cumpliendo los requisitos exigidos para su alegación encierra el precautelar el derecho a la vida, a la integridad física y a los bienes jurídicamente protegidos como lo establece la Constitución. El tribunal de primera instancia considera que en el caso estudiado se ha incurrido en lo tipificado en el artículo 31 del COIP esto es el exceso de legítima defensa, mientras que la sala de apelaciones indica lo contrario. Es decir que no se ha justificado la legítima defensa ni el exceso de ésta, por cuanto; la reacción del procesado no ha sido inmediata a la agresión recibida, si no que ha transcurrido aproximadamente media de hora del incidente.

Es decir, en este caso se supone que al momento de repeler la agresión el bien jurídico no estaba en una situación de peligro concreto. Si bien es cierto al alegar legítima defensa la inversión de la carga probatoria corresponde al procesado quien ha declarado de por sí la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal.

En el derecho penal para aplicar la legítima defensa además de los presupuestos o requisitos tipificados en la normativa penal, la defensa supone que un bien jurídico esté en peligro. Remitiéndose a la doctrina Muñoz Conde, ha señalado que el sujeto que se defiende no tiene que esperar a que en el ataque se produzca efectivamente, como ocurre en el caso a estudiar.

Es importante estudiar lo que encierra a la alegación de que existe legítima defensa y más aún un exceso de legítima defensa, en la doctrina existe lo que se denomina “exceso intensivo” que por lo general se manifiesta cuando quien se defiende se encuentra en un estado de miedo, por cuanto; ha estado presente una previa agresión ilegítima. El exceso intensivo. También llamado “exceso en la respuesta”, hace referencia a la licitud del acto defensivo en sí, es decir, a la necesidad racional de la defensa empleada en relación con los medios disponibles en cada caso concreto, verbigracia, cuando el sujeto supera, en la defensa, la medida de lo necesario. También se habla de exceso cuando la defensa se produce antes de que el ataque sea inminente.

1. MARCO TEÓRICO

1.1. La Infracción Penal

Antes de iniciar con el tema enfocado en el presente estudio de caso, se considera importante hacer un repaso de temas escanciales que han llevado a la investigación del estudio, partiendo desde lo que es la infracción penal.

La infracción penal es aquella adecuación a lo que se encuentra establecido en la norma, en este caso en los tipos penales del COIP, que proviene de una acción u omisión que es típica, antijurídica y culpable, siendo estas las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; y que como consecuencia bajo el poder punitivo del Estado la punibilidad como elemento de la infracción que termina con una sanción, estas infracciones de conformidad con el artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal, se clasifican en delitos y contravenciones.

Revisado a García, acerca de la infracción penal sostiene que: “Este esquema tripartito que nos establece el COIP se apega mucho a la escuela Causalista, si bien es cierto el esquema se mantiene, pero estos elementos han evolucionado respecto a la escuela propiamente mencionada”. (García,2014, p.201)¹.

1.2. La Teoría del Delito

¹ García Falconí, Ramiro. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Peru: Editorial Ara Editores.

En lo principal, se conoce que los elementos de la teoría del delito son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; naciendo desde un acto u omisión y terminando en una sanción con la finalidad de proteger los bienes jurídicos en la convivencia de una sociedad.

Para hablar de dogmática, se debe definir en primer lugar el delito como tal, siendo este toda aquella conducta anticipada por la ley penal, esto es; la que cumple con todos los requisitos que el legislador ha establecido en la norma jurídico – penal; es decir, una adecuación completa de la conducta al tipo penal, siendo estas normas prohibitivas con el objetivo de proteger a los bienes jurídicos.

Ahora bien, puede existir una confusión por la probabilidad de generar una contradicción entre la adecuación de la conducta con relación al tipo penal, (se cumple con lo previsto por la norma), con la infracción de la norma jurídicopenal. (se realiza lo que el legislador busca que no cumpla)

Luzón Peña. (2002)²: ha plasmado que:

Cuando se habla de infracción de la norma, se está refiriendo a lo denominado (norma primaria) es decir, la prohibición de ejecutar el hecho, mientras cuando hablamos que la conducta cumple o encaja a la perfección lo establecido por la norma, nos referimos a lo denominado (norma secundaria) es decir, la que ordena la imposición de una pena si se realiza el supuesto de hecho definido en ella. (p. 50).

Lo aportado en las líneas anteriores hace referencia a la estructuración de una norma, y lo que el legislador debe tener conceptualizado de manera clara, estas normas tienen su división o se clasifican en reglas, principios y directrices

² Luzón, Diego.(2002). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

políticas, siendo la pertinente en este caso las reglas que a su vez se divide en primarias, secundarias y terciarias.

El tratadista Muñoz Conde y otros, indican que: “el derecho penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad. Sucede esto en tres grupos de casos: 1. Fuerza irresistible 2. Movimientos reflejos 3. Estados de inconsciencia”. (Muñoz Conde, García Arán, 2015, p. 219)³. Esto hace mención al llamado ausencia de acción, lo que termina finalmente sin cumplir el concepto de la propiamente dicha, por lo que no es penalmente relevante para el derecho penal y se desvanece la teoría del delito, lo que termina siendo un hecho no punible.

Por otro lado se encuentra la estructuración de la omisión, Albán Gómez, citado por García, resalta que la omisión se define como: “un voluntario no hacer algo, que debía haberse hecho y que se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se cumplía” (García, 2014, p. 249)⁴. En esta parte previa a los elementos de la teoría del delito solo anunciaremos que existen tres tipos de omisión, siendo estas la de omisión propia, impropia, y la de comisión por omisión.

1.2.1. Tipicidad

El tema y esquema de la tipicidad para varios tratadistas resulta el eje principal de la teoría del delito en sí, recordando que inicialmente con Von Liszt

³ Muñoz Conde, Francisco, García, Mercedes. (2015). *Derecho Penal Parte General*. 8va edición. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blach.

⁴ Albán Gómez, Ernesto. Ob. Ctda. García, Ramiro. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Quito, Ecuador: Editorial Ara Editores.

no se encontraba como un elemento de la misma, siendo Ernst Beling quien la propuso. Beling citado Roxin: “no sólo asignó al tipo su cometido sistemático, sino que también reconoció ya con toda claridad su función de garantía y su significado para la regulación del error”. (Roxin, 1997, p.278)⁵.

La tipicidad se entiende que es la adecuación de la acción humana a lo que ya se encuentra establecido por el legislador en la norma jurídico penal, esto en función al principio de legalidad contemplado también en nuestro Código Orgánico Integral Penal, el mismo que determina que no existirá o no habrá delito si anteriormente no se encuentra plasmado en la norma penal.

En la actualidad y en la entrada de la escuela finalista, ubicaron cambios en esta categoría, pues se añade la parte subjetiva del tipo. Es decir, por un lado, tenemos la acción humana que causa una alteración en mundo externo que se encuentra establecido en un tipo penal, como lo menciona Roxin; “Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado” (Roxin, 1997,p.304)⁶. Y por el otro se tienen los elementos que son característicos de los elementos subjetivos, que son el dolo y la culpa.

Este elemento en la teoría del delito es considerado como ya se lo mencionó, como el eje o el elemento principal, ya que es el que tiene conexión directa con el acto u omisión, y la antijuridicidad, y esta última porque simplemente no se puede

⁵ Roxin, Claus. (1997) *.Derecho Penal, Parte General*. 2da ed. España. Editorial Civitas S.A.

⁶ Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. 2da edición. España: Editorial Civitas S.A.

continuar al elemento de la antijuridicidad, si el acto inicial no está contemplado en la norma como un acto penalmente relevante.

1.2.2. Antijuridicidad

Dentro del elemento Antijuridicidad se encuentra la complementación en si de lo que en la dogmática se llama el injusto penal, Roxin citado por Donna (2008)⁷. Explica:

Los conceptos sistemáticos penales de la antijuridicidad y del injusto se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica (p.16).

Es importante recalcar que, en este elemento, la antijuridicidad se divide en formal y material; si bien es cierto que estas dos categorías pertenecen al mismo aspecto generalizado de la antijuridicidad, nos sirve de referencia para saber cuándo debe intervenir o no el derecho penal y esto lo delimita la antijuridicidad material ya que muchas veces se puede configurar la formalidad, pero no la materialidad.

Muñoz Conde, García Arán explican que: “A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal.” (Muñoz Conde, García Arán, 2015, p.300)⁸. Es decir, la adecuación a la norma prohibitiva, que busca la no realización del hecho; mientras que la antijuridicidad material es

⁷ Donna, Edgardo. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Tomo 3. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.

⁸ Muñoz Conde, Francisco, García, Mercedes. (2015). *Derecho Penal Parte General*. 8ª edición. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blach.

“aquella acción que lesiona, amenaza o pone en un riesgo relevante a un bien jurídico” (Muñoz Conde, García Arán, 2015, p.300)⁹.

Revisando a Roxin. (1997)¹⁰ para esclarecer estos conceptos explica:

Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales (p.558).

En lo antedicho sobre la antijuridicidad material entra a protagonizar el principio de mínima intervención penal, tanto en su clase de subsidiaridad, como fragmentariedad, en el primero por lo que se debe de agotar primero otras vías antes de la penal, y en el segundo por lo que el derecho penal solo va a resguardar las lesiones más graves de los bienes jurídicos más relevantes.

Por otro lado, en la antijuridicidad se encuentra la valoración, y es aquí donde se desprende el análisis de la desvaloración de la acción y del resultado, Luzón Peña (2002)¹¹ manifiesta:

En el injusto de un delito normal, consumado, debe haber un doble contenido susceptible de valoración jurídica negativa: un desvalor del resultado y un desvalor de la acción. Como se detalla en la evolución del concepto antijuridicidad, tradicionalmente se entendía que esta se agota en el desvalor del resultado, o sea, en los elementos objetivos-externos que suponen la causación de una situación jurídicamente indeseable, mientras que desde el finalismo se ha hecho mayoritaria la exigencia de desvalor de la acción junto al del resultado para la antijuridicidad (p.332).

⁹ Ibídem

¹⁰ Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. 2da ed. Editorial Civitas S.A. P.

¹¹ Luzón, Diego. (2002). *Curso de Derecho Penal Parte General*. 2da reimpresión. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

1.2.3. Culpabilidad

En cuanto a la culpabilidad como tal nace en la reprochabilidad que se le pueda adjudicar a la voluntad del individuo que le condujo a la acción transgresora, y su pena criminal nunca podrá ser más grave de lo que el autor merezca según su culpabilidad (Jescheck,1981,p.561-562)¹². Al conocer y estar motivado sobre su accionar que será antijurídica, que provocará un daño a un bien jurídico, y que aun así fue motivado por lo establecido en la norma, se crea el reproche y por tanto la culpabilidad.

En palabras de Baumann citado por Zaffaroni (2002)¹³, explica sobre la culpabilidad que: “es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste”. (Zaffaroni,2002,p.650). Cabe además recalcar que para que la persona sea hallada culpable debe ser imputable, y además de esto debe de cumplir con el requisito de exigibilidad, que no es más que el cumplimiento de lo que manda la norma.

1.3. Causas de exclusión de la antijuridicidad

En líneas anteriores ya se trató que es la antijuridicidad, cuáles son sus elementos y como se configura el injusto, en los conceptos siguientes será

¹² JescheckK, Hans-Heinrich. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. 3era edición. Barcelona, Bosch Casa editorial S.A.

¹³ Baumann Weber. Ob. Ctda. Zaffaroni Eugenio Raúl. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.

pertinente desarrollar cuando esta puede quedar excluida habiendo sido un acto típico, para aquello es necesario analizar el tema de las causas de justificación, en el Código Orgánico Integral Penal, (2014)¹⁴ en su artículo 30 establece:

No existe infracción penal 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. (P.39).

Lo antedicho hace referencia a las tres causas por lo que la norma en ciertas ocasiones permite al individuo actuar de manera que un acto típico pueda estar justificado, ya que el Estado no puede defender a los bienes jurídicos de forma integral, es por ello que al actuar de cierta forma en ciertas circunstancias la antijuridicidad quedaría excluida.

En cuanto a las causas de justificación, existe discrepancia entre los autores ya que para unos como el caso de Velásquez. (2004)¹⁵. indica que:

Son normas permisivas lo que se infiere del hecho de que el ordenamiento legal no solo consagra prohibiciones y mandatos, sino también autorizaciones para actuar; es así como puede afirmarse que los tipos penales contienen *reglas generales* que encuentran sus excepciones en las causales de justificación. (P.347).

1.3.1. Antecedentes y evolución de las causas de justificación (legítima defensa)

Para entender la antijuridicidad es crucial hacer mención a la evolución de la misma, desde sus inicios, así ya en la biblia se hablaba de la justificación del

¹⁴ Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

¹⁵ Velásquez, Fernando. (2004). *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2da edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.

acto y se permitía la defensa de un tercero, como lo señala Éxodo, capítulo 2 versículos 11 y 12:

11 Y en aquellos días acaeció que, crecido ya Moisés, salió a sus hermanos y vio sus cargas, y observó a un egipcio que golpeaba a uno de los hebreos, sus hermanos. **12** Entonces miró a todas partes, y viendo que no había nadie, mató al egipcio y lo escondió en la arena¹⁶.

Así mismo, desde la concepción bíblica, existían las causas de justificación ante un menoscabo o atentado a un bien jurídico flagrante de hurto o robo como lo refiere Éxodo capítulo 22 versículo 2 “Si el ladrón es hallado forzando una casa y es herido y muere, no habrá culpabilidad por su sangre.”¹⁷. Así mismo, en el derecho romano, la causa de justificación se la definía bajo la fórmula de, “si yo hubiera matado a un esclavo tuyo ladrón que me acechaba, nada tendré que temer, porque la razón natural permite defenderse contra el peligro”. (García, 2013 párr.4)¹⁸.

Si bien no se puede decir o definir en ciencia cierta quien fue el primer autor en utilizar el término antijuridicidad, refiriéndose a la permisividad de la ley para ciertas conductas con resultados netamente antijurídicos, si es correcto acotar ya en el Código Penal del Reino de Baviera en 1813, se utilizaba tal expresión y se regulaba varios artículos cuando se refería al dolo antijurídico, expresaba que el autor debía ser “consciente de la antijuridicidad”.

¹⁶ Antiguo Testamento, *Éxodo*, Capítulo 2 versículos 11 y 12.

¹⁷ Antiguo Testamento, *Éxodo*, Capítulo 22 versículo 2.

¹⁸ García de Tiedra González, Javier. (2013). *La legítima defensa en Roma*. (en línea). Consultado 30 de Julio de 2017. Recuperado de: <http://www.derechoromano.es/2013/11/legitima-defensa-roma.html>

Posteriormente en el año 1847 Feuerbach mencionaba dicho estatuto, al referirse a las acciones antijurídicas individuales. Sin embargo, no fue hasta 1867 que Rudolf von Jherieng, que por primera vez aparece el concepto del “injusto” formulado de manera técnica, como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico.

1.4. La legítima defensa

La legítima defensa, que es una de las tres causas de justificación como ya se lo mencionó, es aquella acción que resulta como única salida necesaria para poder repeler la agresión transgresora de la norma, al hacer referencia de aquello, se puede además decir que es un movimiento instintivo por la supervivencia, es por ellos que muchos autores mencionan que esta causa de justificación no tiene una historia definida, que la misma se pierde en el tiempo, y eso en función de que es un instinto natural que ya plasmado en la norma pues tiene sus elementos objetivos como subjetivos.

Revisando a Zavala Egas. (2014)¹⁹ ha mencionado que:

En una circunstancia de legítima defensa siempre hay un agente activo que es todo aquel que se vea en la necesidad de defender por si mismo, o a otro, siempre que tenga la capacidad de culpabilidad penal, esto es, que sea un imputable penal, pues, un demente que reacciona ante un ataque en forma defensiva no se adecua a la legitima defensa, no pasa de ser una actitud instintiva como la del perro que ataca a la persona que lo castiga. (P. 266).

Gómez de la Torre y otros (2004)²⁰ indican sobre la legítima defensa que:

¹⁹ Zavala, Egas. (2014). *Código Orgánico Integral Penal, Teoría del delito y sistema acusatorio*. Guayaquil, Ecuador: Murillo Editores.

²⁰ Gómez de la Torre, Ignacio. Y otros .(2004). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, S.L.

Aunque no toda la doctrina comulga con esta idea, tienen razón los que opinan que la legítima defensa cumple un papel preventivo-general, al lanzar un mensaje motivador al hipotético agresor diciéndole que, de persistir en su idea, va a tener enfrente a alguien que podrá responderle legítimamente y que, dependiendo de cuál sea la intensidad de la agresión, su propia vida puede correr peligro si finalmente se decide a atacar. Por ello, puede decirse que la legítima defensa sirve para la prevención de agresiones y que de ese modo procura la tutela de bienes jurídicos. (P.297).

Desde la escuela clásica, su autor más relevante Franz Von Liszt: (s/f)²¹, manifestó: “En todos los tiempos se ha reconocido, si bien con diferente amplitud, que la legítima defensa es, no sólo un acto no punible, sino un acto conforme al Derecho.” (Von Liszt, (s/f), p.342). se señala señalar que la legítima defensa es el justificativo frente a un ataque antijurídico actual que pone en riesgo un bien jurídico, según el COIP se deben cumplir tres requisitos objetivos que son: Agresión actual e ilegítima, Necesidad racional de la defensa y Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho

1.4.1. Definición y naturaleza jurídica

Bullemore (2005): plasmó que: “El fundamento de la legítima defensa se encuentra en la facultad que se les reconoce a los particulares en orden a proteger sus bienes jurídicos ante agresiones ilegítimas que el Estado no se encuentra en condiciones de reprimir o prevenir”. (Bullemore,2005,p.56)²². Como ya se ha dicho, el Estado concede esta permisividad a las personas ya que el mismo no

²¹ Von Liszt, F. (s/a) *Tratado de Derecho Penal*. 3era edición. Madrid, España: Instituto Editorial Reus S.A.

²² Bullemore, Vivian, Mackinnon, John (2005). *Curso de Derecho Penal Tomo II Teoría del Delito*. Santiago, Chile: Lexis Nexis.

puede dar protección en toda su dimensión a los ciudadanos, de ahí nace la naturaleza jurídica en sí de la legítima defensa.

En cuanto a su definición Sebastián Soler, citado por Etcheberry: indica: “la legítima defensa es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada.”(Etcheberry,1997,p.249)²³. Como acertadamente lo establece el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 33 donde enumera cada uno de los requisitos que se tratan a continuación.

1.5. Elementos de la legítima defensa

1.5.1. Agresión actual e ilegítima.

En este elemento se considera dos requisitos 1) Agresión ilegítima y 2) actual. Se entiende por el primero, como lo determina Welzel (1976): “la amenaza de lesión de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), proveniente de una conducta humana. Por principio, la agresión debe ser una conducta positiva, no un puro no hacer nada” (Welzel,1976,P.122)²⁴. Adicional a aquello para que sea ilegítima esta debe de ser formal, es decir, que esté contradiciendo el ordenamiento jurídico.

Así mismo el jurista Wessels: ha plasmado sobre el ataque que: “Es toda amenaza de lesión, provocada por el hombre, de bienes o intereses jurídicamente protegidos. No es necesario que exista una acción lesiva intencional.”

²³ Soler, Sebastián. Ob. Ctda. Etcheberry, Alfredo. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I* (3era edi.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

²⁴ Welzel, Hans. (1976). *Derecho Penal Alemán, Parte General*. 2da edición Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

(Wessels,1980.P.94)²⁵. Se puede claramente apreciar que los juristas coinciden en sus ideas sobre el ataque, toda acción que contraviene a la norma, poniendo en riesgo un bien jurídico.

En cuanto a la actualidad Luzón Peña (2002)²⁶ indica que:

La agresión comienza a ser actual desde que el peligroso que se crea haga preciso o inaplazable actuar porque de lo contrario haya riesgo de que una posterior defensa sea insegura o ineficaz; cierto que normalmente la dureza necesaria en la defensa será menor cuanto más lejana este la lesión y viceversa, pero no es, preciso esperar que la agresión sea inminente, salvo la agresión a bienes patrimoniales por exigencia legal. (p.597).

1.5.2. Necesidad racional de la defensa.

En esta parte hay que identificar lo que es la necesidad, por un lado, y la racionalidad de la defensa por otro; por la primera y analizando a Mac Iver. (1979)²⁷: “se entiende que es la necesidad de defender un bien jurídico que está en peligro de ser lesionado por una agresión antijurídica (necesidad de la defensa), bajo este esquema se entiende que la defensa es principal y no subsidiaria”. (Mac Iver,1979,p.263).

Mac Iver (1979)²⁸. sostiene además que:

A veces se ha sostenido que no es necesaria la defensa cuando la agresión antijurídica no es idónea para lesionar el bien jurídico protegido, o cuando

²⁵ Wessels, Johannes. (1980). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

²⁶ Luzón, Diego. (2002). *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

²⁷ Mac Iver, Luis. (1979). *Derecho Penal Chileno Parte General Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

²⁸ Mac Iver, Luis. (1979). *Derecho Penal Chileno Parte General Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

él es de tan escaso valor que no es digno de la protección acordada por la ley. (P.264).

Por la racionalidad de la defensa se puede también entender como la proporcionalidad la cual debe ser tomada en cuenta entre la agresión y la reacción para repelerla, debe ser totalmente necesaria para a su racionalidad, es decir, no existe racionalidad en la defensa si la agresión proviene de una persona con discapacidad severa, la cual se puede eludir huyendo del lugar, a no ser que no se tenga otra salida.

Garrido Montt (1997)²⁹ detalla en sus redacciones que:

El criterio para determinar la necesidad racional debe ser objetivo, o sea apreciando la realidad de las circunstancias concurrentes, pero poniéndose en el lugar del sujeto que se defendió y en el momento de la agresión, sin perjuicio de descartar su mera aprensión o su excesiva imaginación.(p.133).

1.5.3. Derecho comparado

Revisando otros Códigos Penales de otros Estados, si consideran a la proporcionalidad en los requisitos para que se dé una legítima defensa, el caso del Código Cubano en su artículo 21 literal b) expresa: “proporcionalidad entre la agresión y la defensa, determinada en cada caso con criterios razonables, según las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar. (Cubano)³⁰. En cuanto al COIP en el numeral 2 del artículo 33 como ya se lo mencionó, encontramos la proporcionalidad incluida en la racionalidad.

²⁹ GARRIDO MONTT, Mario. (1997) *Derecho Penal Parte General Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

³⁰ Código Penal Cubano. (s/f). Ley N° 21. En: http://files.sld.cu/prevemi/files/2013/03/ley_21_codigo_penal_19791.pdf

1.5.4. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho

Para que este requisito se considere como legítimo en el accionar del defendido, se analizará que este no haya provocado inicialmente la agresión. Según Velásquez citado por García (2014)³¹. indica que: “la provocación consiste principalmente en excitar, incitar, inducir a uno a que ejecute una cosa, irritándolo o estimulándolo, ya sea con palabras u obras para que se enoje” (García, 2014, p.356).

Ahora bien, se debe tener en cuenta el término suficiente, por lo que autores como Politoff (2003)³² consideran que:

Hay que renunciar a cualquier esfuerzo de definir cuantitativa o cualitativamente lo que debe entenderse por suficiente, asunto que quedará entregado al criterio del juez en cada caso concreto, pero es razonable pensar que no bastarán viejas rencillas y que la provocación ha de ser a lo menos próxima e inmediata y de una relativa gravedad (p.222).

1.6. Exceso en la legítima defensa

En relación al exceso de la legítima defensa, este se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en su Código Orgánico Integral Penal en su artículo 31, con una atenuación en la pena tanto para el exceso intensivo como extensivo siempre y cuando este último sea vencible; al ser un exceso extensivo

³¹ Velásquez, Fernando. Ob. Ctda. García, Ramiro. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Perú: Editorial Ara Editores.

³² Politoff, Sergio. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. 2da edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

invencible, simplemente no se configurará el elemento de culpabilidad como lo trataremos más adelante.

Jiménez de Asúa (1999)³³. explica que:

El que se excede en la defensa o en los medios empleados para salvarse del peligro, será castigado, aunque la pena quedará muy disminuida. No solo hay exceso en los medios, sino, en general, exceso en la defensa, y podrá, por ende, ampararse en la atenuación el denominado exceso en la causa. (p.199).

1.6.1. Exceso intensivo

Luzón Peña (2002)³⁴ ha manifestado que:

Cuando el medio sea innecesario en el sentido visto por haberse podido emplear otro seguro y menos lesivo, estamos ante el denominado exceso intensivo (o propio). Este pese a todo supone una atenuación del injusto objetivo, pues el desvalor del hecho, concretamente el desvalor del resultado, es menor cuando al fin y al cabo la actuación base es de defensa del bien jurídico y del derecho e impide una agresión antijurídica, aunque sea excesivamente. (p.608).

Cabe recalcar también las palabras de Bustos Ramírez citado por García (2014)³⁵: donde explica sobre el exceso intensivo de la defensa que: “este estará relacionado a la necesidad racional del medio empleado, ya que se trata del uso consciente de un medio no racional en relación a la agresión, lo cual se conoce como exceso intensivo estricto” (Luzón, 2002, p.344).

³³ Jiménez De Asúa, Luis. (1999). *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen 3. Mexico D.F: Oxford University Press México, S.A.

³⁴ Luzón, Diego. (2002). *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

³⁵ Bustos Ramírez, Juan. Ob. Ctda. García, Ramiro. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Peru: Editorial Ara Editores.

1.6.2. Exceso Extensivo

En el exceso extensivo, como su terminología lo expresa, se va a extender al elemento de la culpabilidad, puesto que una defensa que se haya sobrepasado a tal punto de encontrar un exceso de esta clase (extensivo), va a dejar de ser una causa de justificación por lo que sería ya el hecho antijurídico, y dependiendo de su forma podría ser culpable o no, esto es si el exceso es invencible o vencible. Se debe tener claro que al hablar de una extensión a la culpabilidad por un exceso de legítima defensa, se trata de una defensa putativa que es lo mismo que un error de prohibición indirecto.

Ahora bien, según la doctrina Luzón Peña (2002)³⁶, manifiesta que:

En el exceso extensivo (o impropio) faltan los requisitos esenciales: ya no hay o aún no hay agresión (actual) y por ello no hay necesidad de defensa, por lo que no hay atenuación del injusto: ni eximente completa ni incompleta; no obstante, si el sujeto no fuera consciente de que falta la necesidad de toda defensa, se aplicará las reglas del error, vencible o invencible. Y, al igual que en el exceso intensivo, aparte de ellos las circunstancias personales del sujeto pueden suponer una disminución o incluso exclusión de su culpabilidad, aplicándose la correspondiente atenuante o causa de inculpabilidad. (p.609).

³⁶ Luzón, Diego. (2002). *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

2. Análisis Del Caso

2.1.Hechos facticos

Para iniciar con el análisis del problema encontrado en el caso estudiado se procede a registrar de manera concisa los hechos facticos que dieron inicio a este procedimiento penal:

En el caso N° 13283- 2015- 01945 el día 02 de julio del 2015 el ciudadano Luis Remigio Sornoza realiza una llamada al ECU 911 indicando que su hijo Luis Carlos Sornoza Reinoso había sido disparado en la cabeza con un arma de fuego por su sobrino de nombres Cristhian Geovanny Ponce Reinoso quien luego de la ejecución del disparo se dio a la fuga.

Con fecha 03 de julio de 2015 la Fiscalía especializada en personas y garantías representada por el fiscal cantonal se da inicio a la fase de investigación previa por el presunto delito de asesinato, en el parte policial la autoridad competente indica que al llegar al lugar de los hechos se tomó contacto con el padre del occiso quien manifestó que en horas de la madrugada su hijo y su sobrino se habían puesto a libar y que luego a las 03h30 escuchó una discusión entre los dos ciudadanos, en donde su hijo Luis (occiso) había cortado en el rostro con un machete a su primo Cristhian, para acto seguido este ciudadano quien había estado armado con una escopeta recortada doble cañón le había realizado un disparo a la altura de la cabeza e inmediatamente el agresor se da a la fuga con rumbo desconocido.

Con fecha 04 de noviembre del 2015, a las 14h15 se lleva a cabo la audiencia de formulación de cargos por el presunto delito de asesinato en contra del procesado, en esta misma audiencia se dictó prisión preventiva para el procesado convocando a audiencia de evaluación y preparatoria a juicio.

Con fecha 02 de Marzo de 2016 se lleva a cabo la audiencia de evaluación preparatoria a juicio en donde la Fiscalía emite su dictamen acusatorio al procesado indicando que luego de haber revisado el expediente existen elementos de convicción suficientes para poder determinar la materialidad así como la responsabilidad del procesado por el delito de asesinato tipificado en el art. 140 # 2 y 5 del coip, en el grado de autor directo, considerando:

1. El parte policial.
2. Levantamiento del cadáver.
3. Autopsia médico legal.
4. Inspección ocular técnica.
5. Versión de la señora Reinoso Fanny madre del occiso.
6. Tarjetas índice del procesado.
7. Orden de allanamiento.
8. Reconocimiento del lugar, y demás evidencia encontradas.

De todas las versiones son concordantes, informe pericial balístico, constan varias versiones, por lo que se dicta auto de llamamiento a juicio, se mantiene la medida cautelar dictada contra el procesado, así como se dictan las medidas determinadas en el art. 555 del COIP.

En la audiencia de Juico la Fiscalía vuelve afirmar lo dicho en su dictamen acusatorio, la defensa del procesado, representado legalmente por el un Defensor Público, manifestó en su teoría inicial que **no existe discusión, ni duda de que el procesado acabó con la vida de Luis Sornoza, hecho que la defensa pública no va a discutir; lo que sí va a demostrar en la audiencia son las circunstancias que llevaron a que el procesado acabe con la vida de Luis.**

En la presentación de pruebas la Fiscalía, con el fin de probar su alegato inicial hizo comparecer a rendir testimonio a las siguientes personas:

- 1) La Doctora Laura Villavicencio, médico legista de la Fiscalía.
- 2) El testimonio de 6 miembros de la Policía Nacional, entre ellos Tecnólogos en Criminalística y peritos acreditado al Consejo de la Judicatura, quiénes en sus versiones concordaron con que llegaron a la escena de los hechos y familiares del occiso le supieron manifestar que éste había sido disparado por su primo cuando se encontraban libando en la madrugada.
- 3) Testimonio de Fanny Bárbara Reinoso, madre del occiso.
- 4) Testimonio de Luis remigio, padre del occiso.
- 5) Testimonio de Jessica, hermana del occiso.
- 6) Testimonio de Claudio, cuñado del occiso.

Como prueba documental la Fiscalía practicó los partes policiales sustentados en la audiencia, el informe de autopsia médico legal, los Informes de Inspección Ocular Técnica, el Informe de investigaciones, la orden de allanamiento e incautación, recortes periodísticos, el Informe pericial balístico, los datos de filiación y tarjetas índices y la partida de defunción del occiso.

En la audiencia, se toma la versión del procesado quien indica lo mismo que los demás testigos, versión que no es refutada por el fiscal ni por ninguno de los otros testigos.

Como prueba de la defensa se receptaron los testimonios de las siguientes

- 1) Jennifer Gema Ponce Reinoso, hermana del procesado, prima del occiso.
- 2) Sonia Mercedes Zambrano Reinoso.
- 3) Testimonio De Merly Andrea Sánchez Saltos.

En alegatos finales el Fiscal manifiesta lo mismo que es su alegato de apertura acusando al procesado de asesinato, mientras que la defensa del procesado, indicó que, tal como lo manifestó en su alegato de apertura, no se está discutiendo si Cristhian le disparó al señor Luis; aquí lo que se está discutiendo son las circunstancias que llevaron a Cristhian a dispararle a Luis; la defensa considera que se subsume a lo determinado en el artículo 31 del coip. (Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad).

El tribunal en el análisis de las pruebas considera que la materialidad y la responsabilidad de la infracción se encuentran legalmente demostrada con los testimonios de ambas partes y las pruebas documentales.

En su resolución el Juez considera que se demostró lo determinado en el artículo 31 del coip esto es; el exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad, respecto a dos elementos de la legítima defensa y en virtud a esto, resuelve declarar al procesado, CULPABLE del delito de HOMICIDIO tipificado y sancionado en el artículo 144 del COIP, de lo dispuesto en el artículo 42 numeral

1, literal a) ibídem, en concordancia con el Art. 31, por lo que se le impone la pena de **tres años, cuatro meses** de privación de libertad y multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

La Fiscalía no conforme con esta resolución decide apelar por delito de asesinato en contra del procesado, apelación que es admitida por la sala penal de Portoviejo, quien por unanimidad resuelve aceptar parcialmente el recurso de apelación presentado confirmando la sentencia condenatoria, pero modifica el tipo penal, por considerar que no se han justificado el exceso de causas de exclusión de la antijuricidad, y que el delito es de Homicidio.

La sala condena al procesado a **diez años de pena privativa de libertad**, pues; la sala encuentra comprobada la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal del acusado con los medios de prueba practicados en la audiencia de juzgamiento, no acoge los testimonios de la defensa. La Sala deja sentado que no se ha logrado justificar las causales del asesinato previstas en los numerales 2 y 5 del Art. 140 del COIP.

Así mismo la Sala considera que tampoco se ha justificado que el accionar del procesado y del occiso, que se haya justificado, que ha concurrido las circunstancias previstas en el Art.31 del COIP y las causas de exclusión se encuentran previstas en el artículo 33 ibídem.

2.2. Análisis de fallo de primera instancia

Como se ha indicado en la transcripción de los hechos fácticos en este proceso existen dos fallos condenatorios, el de la unidad penal que aprueba que el

procesado ha incurrido en lo determinado en el art 31 de coip, esto es exceso de las causas de exclusión de la antijuricidad (legítima defensa), y el fallo de la sala que aumenta la condena indicando que no se ha probado dicho exceso.

Para analizar la decisión de cada una de las instancias es sustancial examinar los puntos en los que se ha basado el juzgador para emitir su decisión, así primero se analiza el primer fallo, el de primera instancia emitido por el Juez de la unidad penal del cantón Portoviejo que en su parte valorativa y pertinente imprime

El juzgador en los considerandos primero y segundo se pronuncia sobre su competencia y la validez del proceso, en el tercer considerando de la sentencia indica la teoría del caso brindada por la fiscalía y por la defensa:

(...) TERCERO: TEORÍA DEL CASO.- EL FISCAL CANTONAL, quien indicó como teoría inicial que el día 2 de julio del 2015, aproximadamente a la una y treinta de la madrugada, llegó hasta el domicilio de la señora Fanny Bárbara Reinoso, ubicado en el Sitio “El Guayabo” de la parroquia Picoazá, su sobrino de nombres Cristhian Ponce, donde comenzó a llamar al hijo de la señora quien en vida se llamó Luis Carlos Sornoza Reinoso para ofrecerle bebidas alcohólicas; en ese momento ellos se reunieron y aproximadamente a las 02H30 el señor quien en vida se llamó Luis Carlos Sornoza Reinoso comenzó a preguntarle a Cristhian sobre una cadena de plata que se le había perdido; hubo una pequeña discusión verbal y luego el señor Luis Carlos Sornoza Reinoso bajó del domicilio y se sentó en una hamaca y fue cuando el señor Cristhian Geovanny Ponce Reinoso, primo del hoy occiso, utilizando una cartuchera le realizó un disparo en la frente que le provocó una hemorragia y laceración cerebral, fractura en el cráneo por penetración de paso de proyectil de arma de fuego y consecuentemente la muerte, luego de lo cual el ciudadano Cristhian Geovanny Ponce Reinoso se dio a la fuga. (144 HOMICIDIO, 2015).

En los alegatos de la Fiscalía, primero se observa que el Fiscal nunca menciona que el hoy occiso atacó primero al procesado como se lo ha manifestado

el mismo padre y madre del occiso y demás testigos de los cuales se analizará más adelante los testimonios, sino que dice que hubo una “pequeña discusión verbal” por la cual el procesado baja y le dispara a la víctima. Por otro lado la teoría inicial de la defensa fue la siguiente como se manifiesta en el fallo:

(...) que no existe discusión, ni duda de que Cristhian Geovanny Ponce Reinoso acabó con la vida de Luis Carlos Sornoza Reinoso, hecho que la defensa pública no va a discutir; lo que sí va a demostrar en esta audiencia son las circunstancias que llevaron a que Cristhian Geovanny Ponce Reinoso acabe con la vida de Luis Carlos Sornoza Reinoso, pues justificará que en realidad existió fue un exceso de legítima defensa.

La defensa desde un inicio de su teoría del caso indica que su defendido indudablemente dio muerte a su primo, pero que lo hizo en legítima defensa incurriendo en un exceso de la misma, hecho que deberá probar en la audiencia de juicio, para esto se procede a analizar la práctica de las pruebas que fueron anunciadas en la etapa de Evaluación y Preparatoria de Juicio:

(...) LA FISCALÍA, con el fin de probar su alegato inicial hizo comparecer a rendir testimonio a las siguientes personas: 1). TESTIMONIO DE LA DOCTORA LAURA JOHANA VILLAVICENCIO CEDEÑO, **médico legista de la Fiscalía que realizó la autopsia** al cadáver del occiso; explicó que al realizar el examen externo al cadáver evidenció la presencia de una herida de gran tamaño, a nivel de la región frontal, la cual tenía muchos orificios satélites alrededor; por dentro la masa encefálica estaba hemorrágica y lacerada y a nivel del resto del cuerpo no había datos de mayor interés; mostró las imágenes fotográficas de su informe explicando el lugar en donde se observa la herida en la parte frontal, que es un orificio único y los orificios pequeños en el rostro que describió como orificios satélites, lo cual orienta a que la herida fue provocada por un cartuchazo y que las heridas pequeñas fueron ocasionadas por perdigones; que la causa de muerte fue una hemorragia cerebral producto de una penetración de un proyectil de un arma de fuego, es decir, perdigones, **cuyo disparo se realizó a corta distancia**, por cuanto la rosa de dispersión es angosta; explicó que cuando la dispersión es amplia se concluye que el disparo es mayor a quince metros, pero, si se observa orificios únicos y apenas satélites se indica que el disparo se produjo a una distancia **menor de un metro**. (144 HOMICIDIO, 2015).

Luego de receptor el testimonio de la médico legista, se recepta el testimonio de todos los miembros de la policía que participaron en las diligencias tales como, peritos de unidad de apoyo, criminalística, quien elaboró el parte todos concuerdan en lo que indicó en primer lugar el padre del occiso que se reúnen en que efectivamente tomaron contacto con el señor Luis, el mismo que le manifestó que había existido una discusión entre los ciudadanos Luis Carlos Sornoza Reinoso y Cristhian Geovanny Ponce Reinoso y luego de esta discusión **Luis Carlos Sornoza Reinoso le había cortado el rostro con un machete a Cristhian** Geovanny Ponce Reinoso, y luego de esto Cristhian le disparó a Luis Carlos Sornoza Reinoso:

Del testimonio de la madre del occiso:

(...)fue en ese momento cuando se originó un problema entre los dos, **en donde Luis Carlos Sornoza le ocasiona un corte a Cristhian** Geovanny; **luego Luis Carlos bajó del domicilio y se sentó en una hamaca y luego Cristhian Geovanny a corta distancia le propina un disparo**, eso fue lo que le manifestó la señora Fanny Reinoso, madre del occiso. (144 HOMICIDIO, 2015).

Como prueba documental la Fiscalía practicó los partes policiales sustentados en la audiencia, el informe de autopsia médico legal, los Informes de Inspección Ocular Técnica, el Informe de investigaciones, la orden de allanamiento e incautación, recortes periodísticos, el Informe pericial balístico, los datos de filiación y tarjetas índices de los ciudadanos Luis Carlos Sornoza Reinoso y Cristhian Geovanny Ponce Reinoso y la partida de defunción del occiso.

En este estado de la audiencia, la señora Jueza Ponente del Tribunal, procedió a explicarle al procesado Cristhian Geovanny Ponce Reinoso sobre las Garantías Constitucionales que le asisten y que podía rendir su testimonio si así

lo deseaba o acogerse al derecho al silencio; luego de explicadas las reglas determinadas en el Art. 507 del Código Orgánico Integral Penal en relación al testimonio, de la persona procesada y de que el Defensor Público que lo representó en la audiencia de juicio le asesorare sobre las consecuencias jurídicas de su decisión, manifestó su deseo de rendir su testimonio de manera libre y voluntaria

(...) TESTIMONIO DEL PROCESADO CRISTHIAN GEOVANNY PONCE REINOSO, con su primo “El Gato” Luis Carlos y se pusieron a tomar y conversar y también se fumaron “unos grifos”; estuvieron allí como hasta las once de la noche y “ahí el man como que se trasformó”, porque había ahí unos perros como jugueteando y él comenzó a corretear a esos perros de un lado a otro y “un panita” que estaba ahí le dijo que si iba a seguir así que se fuera nomas, él no le dijo nada y Luis Carlos se fue; explicó que ya le había dicho a su primo que más tarde iba a dormir a su casa y él le dijo “anda nomas,” porque Luis Carlos iba a su casa y él también iba a la casa de Luis Carlos; después que su primo se fue él se quedó tomando y luego se fue a donde un hermano a pedirle prestado cinco dólares, pero su hermano le regaló como siete dólares y con ese dinero mandaron a comprar más trago, pero Luis Carlos ya se había ido; como a la una de la mañana todos se retiraron y él se fue a la casa de su primo como habían acordado; subió las escaleras y lo llamó, pero él no respondió y el que le abrió la puerta fue el papá de su primo, entró al dormitorio y vio que Luis Carlos estaba en la cama boca abajo, en bóxer; lo dejó “quedito” y como en la tele estaba sonando música, le bajó un poco el volumen; se acostó en el colchón y se puso a tomar solito y a fumarse “un grifo”; Luis se levantó como a vomitar y le pidió trago, él le dio cuando Luis: “y la cadena”, como él le respondió que no sabía nada, comenzó a preguntarle a la mamá y a al papa por esa cadena; después cogió un machete y “puteaba a la mamá y al papá”, pero como él no había cogido nada siguió tranquilo, después Luis le dijo “ya porque le has hecho huevadas a un man por allá, me quieres hacer huevadas a mi” y subía y bajaba (de la casa) con ese machete y no quería dejar bajar a nadie; él le dijo “te voy a ayudar a buscar la cadena” y bajó a buscar pero no la encontraron y él volvió a subir (144 HOMICIDIO, 2015). (...) Luis Carlos seguía insultando y le decía que tenía que responderle por la cadena; cuando él (declarante) salió a la puerta su primo subió “soplado” y le pegó un planazo y lo cortó, también la gorra que cargaba estaba cortada en la visera; como él iba saliendo con la doble cañón (arma) la usó como protección y eso fue lo que “aguantó” la agresión y se metió a la casa “soplado” y le pidió al papá de Luis Carlos “oye ayúdame ahí, que este man me va a seguir metiendo más machete”; indicó que botaba sangre por

la herida, la misma que lo dejó marcado y aún tiene la huella del corte en el rostro, (**mostró la cicatriz**) pero nunca se hizo cocer, solo se curó con alcohol y limón; dijo que entre el papá de su primo y él sostenían la puerta y estaban forcejando; que el papá de Luis Carlos le dijo que le entregue la doble cañón para guardarla y él le dijo que no; luego comenzó a bajar poco a poco las escaleras con la doble cañón en la mano, pegada a su cuerpo y le dijo a su primo: “gato eres como la verga, por gusto me cortas, yo no te he cogido tu cadena”, pero su primo de nuevo cogió el machete y como estaba sentado en la hamaca, se le reía; cuando lo vio que cogió nuevamente el machete, lo que él hizo fue “tirarle el tiro”; dijo que eran como las tres de la mañana y todo estaba oscuro pero vio “que cae el man y comienza a pedir ayuda”; dijo que lo disparó porque su primo Luis Carlos venía atacarlo nuevamente con el machete y era “la vida mía o la de él”, lo único que hizo fue defenderse; dijo que cuando él disparó a Luis Carlos en la casa se encontraban la mamá y el papá (del occiso) pero estaban arriba en la casa, también estaba Claudio Leopoldo Gonzales Cedeño, pero él iba saliendo como llamando a la mujer Jessica Sornoza Reinoso, quien iba por el puente a pedir auxilio y el señor Claudio Leopoldo iba más atrás siguiéndole a ella. (144 HOMICIDIO, 2015).

Agrega el procesado que sí le comunicaron que tenía que ir a la Fiscalía a rendir una versión, pero no acudió porque tenía miedo; dijo que cuando lo detuvieron él estaba en su casa y la cartuchera la encontraron en su casa, atrás de la puerta; que desde que fue herido con el machete hasta que disparó habían pasado unos tres minutos y él bajó porque pensó que su primo ya no estaba abajo, que se había ido corriendo; cuando él disparó, la mamá y el papá de Luis Carlos “estaban adentro, metidos” (144 HOMICIDIO, 2015).

Como se observa el procesado no ha hecho uso de su derecho al silencio, por el contrario ha rendido su testimonio, dejando constancia su versión sobre los hechos y circunstancias del acto punible, este testimonio es una prueba legalmente aceptada, que es un medio de defensa y de prueba a favor del procesado, en este testimonio admite la existencia del delito que podría transformarse en una prueba

en su contra, sin embargo, de la revisión del expediente y del presente fallo, la Fiscalía no refuta dicho testimonio en ninguna de sus partes.

Por otro lado las pruebas de la defensa son los testimonios de su hermana Jennifer Gema Ponce Reinoso, hermana del procesado, prima del occiso indicó que ella se encontraba a lado de donde vive su tía y en la madrugada escuchó una discusión, bajó de su casa y escuchó discutir a Luis Carlos que reclamaba una cadena y “tiraba planazos” en las tablas; ya Luis Carlos había cortado a Cristhian; después Luis se sentó en una hamaca y a lo que **Cristhian va bajando**, Luis Carlos levantó el machete y le dijo: “de aquí no te vas, hasta que te vayas con la cabeza cortada”, entonces Cristhian, quien no terminaba de bajar las escalera, lo disparó en defensa propia; 2). TESTIMONIO DE SONIA MERCEDES ZAMBRANO REINOSO; en relación a los hechos narró que el 02 de julio de 2015, en horas de la madrugada recibió una llamada de su mamá indicándole que Cristhian le había disparado a Luis Carlos en defensa propia; 4). TESTIMONIO DE MERLY ANDREA SÁNCHEZ SALTOS. (144 HOMICIDIO, 2015).

En los alegatos de clausura

(...) FISCAL: se demostró tanto la existencia material de la infracción así como la responsabilidad penal del procesado; la existencia material de la infracción quedó plenamente demostrada con el testimonio de la doctora médico legista. Se demostró también la existencia material de la infracción con el testimonio rendido por el Cbop. Cirilo Chávez Merchán. Se demostró también la existencia material de la infracción con el testimonio rendido por el policía de la DINASED. Se demostró también la existencia material de la infracción con el testimonio rendido por el perito Wilson Fabián Coloma Roque. De esta manera la Fiscalía demostró la existencia material de la infracción y con respecto la responsabilidad penal del procesado esta ha quedado plenamente demostrada con los testimonios rendidos por la ciudadana Fanny Bárbara Reinoso, quien es la madre del hoy occiso; también rindió su testimonio Luis Remigio Sornoza Bravo, padre del hoy occiso, quien manifestó que ese día, llegó hasta su vivienda el señor Cristhian Geovanny Ponce Reinoso con una escopeta, llegó armado, que comenzó a tomar con su hijo, que posteriormente hubo una discusión por una cadena y que **observó cuando el señor Cristhian Geovanny Ponce Reinoso bajaba por la escalera y le disparó a su hijo** a una corta distancia. También rindió su testimonio Jessica Lorena Sornoza Reinoso, hermana del hoy occiso, quien manifestó que ese día de los hechos se encontraba en la planta baja, cuando escuchó una discusión y su esposo Claudio fue la persona que observó cuando el señor Cristhian Geovanny Ponce Reinoso asesinó a su hermano Luis Carlos Sornoza

Reinoso y que salió huyendo del lugar; También rindió su testimonio Claudio Leopoldo González Cedeño, testigo presencial del hecho, manifestando que ese día se encontraba en la planta baja de la vivienda cuando su cuñado Luis Carlos Sornoza Reinoso había estado discutiendo con Cristhian Geovanny Ponce Reinoso; que su suegra salió pidiendo auxilio y que en ese momento el observa cuando Cristhian Geovanny Ponce Reinoso **va bajando con el arma y dos escalones antes de llegar a la planta baja, utiliza el arma, lo cual guarda relación con el testimonio rendido en esta audiencia por Cristhian Geovanny Ponce Reinoso, quien admite haber realizado el disparo a corta distancia.** Se ha demostrado que la víctima estaba en situación de indefensión, se encontraba sentado en una hamaca con sus manos encima de la cabeza, si bien es cierto había un machete, pero estaba a corta distancia. Con estos antecedentes la Fiscalía acusa a Cristhian Geovanny Ponce Reinoso en calidad de autor, de conformidad al artículo 42 numeral uno literal A del COIP, del delito de asesinato, establecido en el artículo 140 numerales 2 y 5 del COIP, solicitando se le imponga la pena que la ley exige en este tipo de delitos. (144 HOMICIDIO, 2015).

(...) LA DEFENSA del procesado, en su alegato de clausura indicó que, tal como lo manifestó en su alegato de apertura, aquí no se está discutiendo si Cristhian le disparó al señor Luis; aquí lo que se está discutiendo son las circunstancias que llevaron a Cristhian a dispararle a Luis; porque más allá de **que la Fiscalía pretenda que su conducta se subsume al tipo penal determinado en el artículo 140, que hace referencia al asesinato, la defensa considera que se subsume a lo determinado en el artículo 31 del COIP;** Si bien es cierto, se escuchó a su defendido Cristhian Geovanny Ponce Reinoso manifestar que cuando disparó a Luis Carlos Sornoza éste intentaba nuevamente agredirlo con el machete, que previamente tuvieron una discusión entre ambos; es decir, Cristhian y Luis Carlos; que Luis Carlos lo agredió inicialmente con un machete ocasionándole una herida a la altura de la cara y que ha sido manifestado por Cristhian; así mismo ha manifestado que Luis Carlos intenta levantarse y agarró el machete para volver a agredirlo y una vez que ya había sido previamente cortado y lesionado por parte de Luis, **es lógico que al momento en que ve a su agresor agarrando nuevamente el machete, pensó que iba atentar nuevamente contra su vida, por lo que en esa situación realizó el disparo** que lamentablemente acabó con la vida de Luis. Lo manifestado también es concordante con el **testimonio de la doctora Laura Villavicencio, quien manifestó que el disparo fue realizado a corta distancia; es decir, que después de los testimonios que se han escuchado en esta audiencia, del lugar en donde se encontraba Cristhian Geovanny que es a la altura de la escalera, hasta donde se encontraba la hamaca no existe ni 80 o 90 centímetros y es**

humanamente imposible que exista esa distancia para que se haya realizado el disparo. (144 HOMICIDIO, 2015).

La defensa supone que Luis Carlos Sornoza se levantó, intentó acercarse al señor Cristhian Geovanny Ponce Reinoso y es allí donde el acciona su arma y lamentablemente fallece el señor Luis Carlos Sornoza, lo que permite concluir que Luis Carlos Sornoza intentó agredir nuevamente a Cristhian Geovanny; así mismo la doctora Laura Villavicencio manifestó que la trayectoria del disparo es de adelante hacia atrás, es decir, que el disparo lo recibió el señor Luis Carlos de frente y bajo ningún concepto se estaría hablando de un asesinato, ni siquiera de un homicidio, pues su conducta se subsume a lo determinado en el artículo 31 del COIP. (144 HOMICIDIO, 2015).

La defensa solicitó que no se tome en cuenta lo solicitado por Fiscalía de que se califique la conducta de Cristhian por el delito de asesinato, pues se ha demostrado que su conducta se subsume a lo determinado en el artículo 31 del COIP que es el exceso, en las causas de exclusión de la antijuridicidad. SEXTO:

Del análisis de las pruebas, le juzgador de primer nivel de manera motivada indica en lo que nos ocupa que la **LA MATERIALIDAD** de la infracción se encuentra legalmente demostrada **con el testimonio de la DOCTORA LAURA VILLAVICENCIO CEDEÑO, médico legista (...)** y que **la trayectoria del disparo fue de adelante hacia atrás**; así mismo con los testimonios de los agentes.

La **RESPONSABILIDAD PENAL** del procesado queda demostrada con los testimonios de la mamá, el papá, la hermana y el cuñado de la víctima, así

como también el relato de los hechos indicados por los testigos de la defensa testimonios que examinados en su conjunto con lo manifestado por los testigos de Fiscalía conducen inexorablemente a la conclusión de que Cristhian Geovanny Ponce Reinoso fue la persona que disparó y acabó con la vida del ciudadano Luis Carlos Sornoza Reinoso, vulnerando así el bien jurídico protegido por la Constitución de la República que es el derecho a la vida.

Contraposición de posiciones

(...) No obstante, como existe una contraposición de posiciones, en el cual, tanto **la Fiscalía como la defensa alegan hipótesis que coinciden en el hecho de que el procesado Cristhian Geovanny Ponce Reinoso disparo al hoy occiso Luis Carlos Sornoza Reinoso, pero con situaciones diferentes**, mientras la Fiscalía acusa al procesado por el delito de asesinato tipificado en el artículo 140 con las circunstancias de los numerales 2 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, la defensa de la persona procesada alega que existe un exceso de las causas de exclusión de la antijuridicidad en la conducta de Cristhian, de conformidad con el artículo 31 del mismo cuerpo legal; por lo tanto, al existir estas dos teorías coincidentes y opuestas al mismo tiempo, el acervo probatorio debe ser valorado como un conjunto, contrastando todos sus elementos para legar a una descripción de los hechos que se crea como cierta. (144 HOMICIDIO, 2015).

El juzgador invoca doctrina sobre los juicios opuestos entre por lo cual ante contradicciones es necesario que se clarifique cuál de ellas resulta verdadera antes los ojos del juzgador, en su análisis y motivación indica el juzgador que se usará la sana crítica y la observación al debido proceso e indica:

(...)Bajo este contexto **en mérito de la prueba practicada en la audiencia** de juicio este juzgador plural considera **como hecho probado lo siguiente:** 1). Que el día 02 de julio de 2015 los señores Luis Carlos Sornoza Reinoso y Cristhian Geovanny Ponce Reinoso se encontraban bebiendo licor desde horas de la tarde, así lo manifestó el procesado y confirmado por Luis Remigio Sornoza Bravo, padre de Luis Carlos.- 2). Que entre la una o dos de la mañana llegó al domicilio de Luis Carlos Sornoza el procesado Cristhian Geovanny Ponce Reinoso; así lo afirmó el

mismo procesado, hecho confirmado por Fanny Bárbara Reinoso, madre del occiso,-3). **Que en horas de la madrugada Luis Carlos Sornoza comenzó a reclamarle a Cristhian Geovanny Ponce la devolución de una cadena, reclamo que se extendió también a sus padres, conforme lo indicaron ellos en su testimonio y ratificado también por el mismo procesado.- 4). Que Luis Carlos agarró un machete y con él hirió a Cristhian Geovanny Ponce Reinoso en la cara, así lo afirmó el procesado; es necesario explicar que a pesar de que no se realizó una pericia médica que demostrara de manera científica que el ciudadano Cristhian Geovanny Ponce Reinoso hubiera recibido una herida con un arma dotada de filo, este hecho no fue negado por ninguno de los testigos de Fiscalía; antes por el contrario, la madre del occiso lo confirmó; de igual manera el padre del occiso acepta que luego de la discusión “el finado” bajó con el machete y al rato subió y como Cristhian ya se iba, lo "medio lo rozó” con el machete; adicionalmente la testigo de la defensa Jennifer Gema Ponce Reinoso indicó que en la madrugada escucho una discusión y luego a su tía Fanny Reinoso que gritaba por la ventana pidiendo auxilio para que la ayudaran y cuando ella le preguntó qué pasaba, su tía le gritó que llame a la policía porque Luis Carlos había cortado a Cristhian; este hecho se ve corroborado por el testimonio del perito quien indicó que cuando realizó la inspección ocular técnico en la vivienda, **observó que en las gradas de la parte superior del inmueble sangre, localizada aproximadamente a 60 cm. de la puerta de acceso principal, confirmando lo indicado por los testigos de Fiscalía y por el mismo procesado,** lo que nos da la convicción de que se trata de la sangre de Cristhian como consecuencia de la herida que recibió, **la misma que no podría pertenecer al fallecido Luis Carlos Sornoza por cuanto, según lo indicado, este fue disparado en la parte baja de la casa y desde allí trasladado al hospital** (144 HOMICIDIO, 2015). (...) Por lo que consideramos hecho probado **que efectivamente Cristhian Geovanny Ponce Reinoso fue herido en su rostro con un machete por el hoy occiso 5). Que Luis Carlos Sornoza Reinoso se encontraba en la parte baja de la vivienda, sentado en una hamaca y tenía consigo el machete con el que minutos antes había herido a su primo** Cristhian cuando recibió el disparo que le causó la muerte; llegamos a esta conclusión por cuanto tanto el procesado como los padres del occiso coincidieron en afirmar que Luis Carlos, luego de herir con el machete a su primo Geovanny, no volvió a ingresar a la parte superior de la casa; **concordaron en el hecho de que Luis Carlos portaba un machete y se encontraban en la parte baja de la vivienda y al ver que Cristhian Geovanny se acercó a la puerta para irse, Luis Carlos subió y lo hirió con dicha arma; luego ayudaron a Geovanny Ponce (desde el interior) a sostener la puerta para que su hijo Luis Carlos no pueda ingresar, por cuanto Cristhian estaba arriba, afirmando los testigos que Luis Carlos no****

volvió a subir a la vivienda, sino que se quedó sentado en la hamaca debajo de la casa, que fue el lugar en donde recibió el disparo que acabó con su vida; es decir, **que el machete con el que hirió a Cristhian Geovanny lo mantenía en su poder cuando estaba sentado en la hamaca,** lo que fue confirmado por Jessica Lorena Sornoza Reinoso y Claudio Leopoldo Gonzáles Cedeño cuando manifestaron que se despertaron por los gritos de “auxilio” de Fanny Reinoso. (144 HOMICIDIO, 2015).

Con estos hechos que analiza el juzgador indica que se demuestra que SI EXISTIÓ AGRESIÓN ILEGÍTIMA del hoy occiso, **por cuanto el peligro hacia la integridad física de Geovanny Ponce no había cesado considerando que Luis Carlos aún tenía en su poder el machete con el cual lo había agredido momentos,** tal como lo afirmaron los testigos presentes en la escena.

De lo antedicho el juez de primera instancia está haciendo referencia a que se ha configurado uno de los elementos de las causas de exclusión de la antijuricidad, uno de los elementos para alegar legítima defensa, también señala que se demostró otro elemento como lo es la FALTA DE PROVOCACIÓN por parte del procesado:

(...) Tal como se explicó en líneas anteriores, con lo que queda **sin sustento lo alegado por la Fiscalía en el sentido de que el procesado bajó las escaleras con el único propósito de disparar** a Luis Carlos en venganza porque éste lo había herido con anterioridad, pues de acuerdo a lo indicado por la misma hermana del occiso Jessica Lorena Sornoza Reinoso, ella vio cómo Cristhian Geovanny iba bajando **las escaleras poco a poco, que incluso se quedó recostado en la columna, como si tuviera miedo de Luis Carlos;** es decir, que **era evidente la situación emocional de Cristhian Geovanny Ponce y este miedo disminuye el dominio de la voluntad, como el que el Código Español llama “miedo insuperable”, que puede llevar incluso a la paralización total del que lo sufre.** (144 HOMICIDIO, 2015).

El juez indica que se han demostrado esto do presupuesto de la legítima defensa, sin embargo, expresa que estiman que el medio empleado por el

procesado para su defensa excedió los límites de las causas de exclusión de la antijuridicidad, por cuanto al ver que persistía el ánimo agresivo de parte de Luis Carlos Reinoso, bien pudo volver a subir las escaleras y nuevamente cerrar la puerta para evitar que Luis continúe su agresión y no dispararle, como lo hizo para ocasionarle la muerte.

(...) Todo este análisis nos permite concluir que, pese a **que la conducta del procesado es típica y penalmente relevante, su responsabilidad se encuentra atenuada por haber incurrido en exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad conforme lo determina el Art. 31 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con lo determinado en el artículo 33 ibídem que establece los presupuestos de la Legítima defensa; pues en el caso analizado se cumplen los requisitos 2 y 3 de la mencionada disposición legal, conforme se ha explicado suficientemente en esta resolución, lo que nos conduce a la conclusión de que Cristhian adecuó su conducta a los presupuestos establecidos en el Art. 31 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el Art. 33 ibídem; esto es, que incurrió en exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad, lo cual se configura cuando el injustamente agredido, rebasa los límites de comportamiento legitimado, lo que deviene, no en desplazar la antijuridicidad de la conducta, pero sí atenuar en gran medida su sanción.** (144 HOMICIDIO, 2015).

Con la expresión debidamente motivada el Juez de primera instancia resuelve que el procesado es culpable del delito de homicidio tipificado y sancionado en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 42 numeral 1, literal a) ibídem, en concordancia con el Art. 31 del mismo cuerpo legal, por lo que se le impone la pena de tres años, cuatro meses de privación de libertad.

De este primer fallo se puede indicar que el juzgador ha realizado una apreciación correcta de las pruebas aportadas por las partes, ha incorporado y analizado las pruebas otorgadas por la Fiscalía, así como las pruebas dadas por la

defensa, en el presente caso el problema no era determinar si el procesado dio o no dio muerte a su primo, sino identificar las circunstancias del hecho.

La defensa alega exceso de legítima defensa, para lo cual corrobora las circunstancias del hecho y el juzgador le da la razón en el sentido de que se ha comprobado dos presupuestos de esta institución jurídica como lo son: la agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente por parte del procesado, ahora el Fiscal no conforme con esta sentencia pide apelación.

En este punto cabe indicar que el Fiscal desde un principio del inicio de la acción formuló cargos por el delito de asesinato, aun cuando la conducta no se subsume a este tipo penal, y hace su apelación por el mismo delito, lo que demuestra además la falta de objetividad por parte de este servidor, ahora se analiza la segunda sentencia donde se reforma la sentencia en cuanto a la pena y la adecuación de la conducta.

2.3.Análisis de fallo de segunda instancia

El fallo de segunda instancia emitido por la Sala de lo Penal De La Corte Provincial de Manabí resuelve, aceptar parcialmente el recurso de apelación presentado por la Fiscalía General del Estado, y reforma la sentencia subida condenatoria subida en grado, considerando que el delito que se ha cometido es el de Homicidio, sin concurrencia de las circunstancias previstas en el Art.31 ibídem, revoca la pena impuesta por el Juez Aquo y la aumenta a DIEZ AÑOS.

Ahora bien, hay que revisar las consideraciones que llevaron a los jueces de la sala a determinar que el procesado no incurrió en lo determinado en el art 31 esto es; el exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad:

(...)EXISTENCIA MATERIAL DE LA INFRACCIÓN: El En el caso que nos ocupa, no ha existido discusión o controversia en que existe una persona que ha perdido la vida, causada por el disparo de arma de fuego, de acuerdo con la información proporcionada por la médico perito que le practicó la autopsia al occiso, y que también el cometimiento de la infracción ha sido aceptado por el propio procesado lo que se da por acreditada la muerte violenta del antes nombrado occiso, y conocido es por lo operadores de justicia, que los medios de prueba permitidos conforme lo establece el Art. 498 del Código Orgánico Integral Penal son: a) El documento; b) el testimonio; y, c) la pericia; con estas pruebas es que los jueces llegamos al convencimiento de los hechos, de la infracción y la responsabilidad del procesado, Y es así que la Fiscalía justificó en la audiencia de juzgamiento este primer supuesto de orden legal, esto es la materialidad de la infracción, con las diligencias y testimonio presentados. (...) RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO: llega al convencimiento de la responsabilidad y en consecuencia de ello, de la culpabilidad del ciudadano Cristhian Geovanny Ponce Reinoso, en el delito de homicidio; tal como también lo hizo el tribunal penal de Portoviejo, pero con la diferencia que el Aquo, consideró que se justificó la concurrencia de las circunstancias previstas en el Art. 31 del COIP. (144 HOMICIDIO, 2015).

La sala considera que no se han justificado las circunstancias expresada por el tribunal Aquo por cuanto:

(...)Todos estos testimonios se corroboran unos con otros y con el resto del acervo probatorio practicado en la audiencia respectiva, lo que es concordante con el artículo 502 numeral 1 del COIP que estos testimonios, a más de corroborarse, no transgreden las reglas de la lógica o coherencia ofreciendo un relato concordante y lógico, por lo que se puede decir que son verosímiles bajo las reglas del sentido común al narrar al tribunal Aquo, la discusión y agresión previa entre occiso y procesado y al describir cuando el testigo presencial vio que la víctima **estaba sentado en la hamaca, lo que fue aprovechado por el procesado para dispararle en la cabeza a corta distancia**, tal como hizo conocer la perito que realizo la autopsia al occiso, por su parte, el procesado, ha presentado como pruebas de descargos los testimonios de los señores Jennifer Gema Ponce Reinoso,

hermana del procesado, Sonia Mercedes Zambrano Reinoso y Merly Andrea Sanchez Saltos, **dichos testimonios no tienen sustento jurídico y son acomodaticios, que pretenden favorecer la coartada del procesado al querer hacer parecer que actuó en legítima defensa**, lo cual no ocurrió, pues de los tres testimonios solo uno dice que estuvo en el lugar donde ocurrieron los hechos, esto es la hermana del procesado señora Sonia Mercedes Zambrano Reinoso, testimonio que es contradictorio porque dice que escuchó a su tía pedir auxilio, esa noche en horas de la madrugada, pero ninguno de los testigos han referido que vieron esa noche que llegó la antes nombrada señora, y tanto más que ha referido que el occiso le dijo a su hermano que no se iba hasta que le cortara la cabeza, nada más irreal porque ni siquiera el propio procesado ha referido esos términos en su testimonio, por lo que reitera la Sala que no merece credibilidad dicho testimonio , ni los otros que no aportan información relevante en la investigación. (144 HOMICIDIO, 2015).

(...) A criterio de los suscritos operadores de justicia, el accionar del procesado **no se ha justificado que se enmarque o adecue en las numerales 1 y 3, como lo ha sostenido en su sentencia el Tribunal Penal Aquo, pues se ha evidenciado con los testimonios analizados, que si bien es verdad que el procesado sufrió un corte en su cara producida por el occiso, sin embargo la reacción del procesado no ha sido inmediata, para repeler el ataque o agresión, si no que ha transcurrido aproximadamente media de hora del incidente**, para proceder a utilizar su cartuchera, aprovechando que el occiso se encontraba sentado en la hamaca, para dispararle por el hecho de que se le burlaba porque le había cortado la cara, y ese accionar reitera la Sala no puede considerarse como que actuó excediéndose de los límites de las causas de exclusión de la antijuricidad. (...) **También resulta clara la intención dolosa del victimario, pues su acción estaba dirigida directamente a producir el efecto querido, hubo dolo directo.** (144 HOMICIDIO, 2015).

Estos son los argumentos por lo cual la sala considera que la conducta del procesado no se ha adecuado a los elementos de la legitima defensa, primero hay que recalcar también que los jueces desechan los testimonios de la defensa indicando que como son familiares del procesado son testimonios acomodatorios que se dan con la finalidad de favorecer al procesado.

En la sentencia de primer nivel se observó cómo el Juez de manera motivada utilizando doctrina, motivó su fallo al indicar cuando se considera que la agresión es ilegítima y vigente para que se considere como elemento de la legítima defensa, los jueces de la sala únicamente han indicado, que no se ha justificado que se enmarque o adecue en las numerales 1 y 3, como lo ha sostenido en su sentencia el Tribunal Penal Aquo, pues se ha evidenciado con los testimonios analizados, que si bien es verdad que el procesado sufrió un corte en su cara producida por el occiso, sin embargo la reacción del procesado no ha sido inmediata, para repeler el ataque o agresión, si no que ha transcurrido aproximadamente media de hora del incidente.

La Sala considera que no se ha cumplido lo establecido en el numeral 1 y 3 de los requisitos de la legítima defensa como exclusión de la antijuricidad esto es; primero refiriéndose al numeral 1 consideran que la agresión no ha sido actual e ilegítima, por cuanto han transcurrido aproximadamente media hora del incidente, además agrega que ha habido una clara la intención dolosa del victimario, pues su acción estaba dirigida directamente a producir el efecto querido, hubo dolo directo.

Primero cabe indicar que este transcurso de tiempo, nadie lo estableció a ciencia cierta, nunca estuvo en discusión ni de un lado ni del otro y si se dijo nadie lo refutó como consta en el expediente.

En cuanto a este requisito, si la agresión no es actual, no cabe legítima defensa, pero cada caso es diferente en la dogmática penal, y se debe hacer un análisis valorativo pertinente, tanto de elementos objetivos como subjetivos, cabe

analizar también en la actualidad, es que si ya ha pasado el peligro (agresión pasada), se lo puede tomar como un acto de venganza realizando una valoración minuciosa de la posición y pensar del posible defensor del derecho.

En la actualidad de la agresión se debe considerar no el tiempo transcurrido de una primera agresión a otra posterior posible, como acertadamente Luzón (2002)³⁷ lo explica: “La agresión sigue siendo actual mientras subsista el peligro de lesión o ulteriores lesiones, situación que puede prolongarse tras la consumación” (Luzón, 2002,p 597). Haciendo mención el autor de delitos que se prolongan en el tiempo como injurias, detenciones ilegales, etc., pero se considera para todo tipo de agresión.

En este sentido también cabe señalar lo expresado por Pozo. (2005); quien se refiere a la situación de peligro concreto:

La defensa supone que un bien jurídico esté en peligro, en una situación de peligro concreto; pero no es indispensable que la acción del agresor alcance una intensidad que permita calificarla de tentativa de delito. Así, puede tratarse de actos que podrían ser considerados preparatorios, a condición que denoten con nitidez la inminencia del perjuicio. (p.529)³⁸.

Haciendo referencia a lo citado en el marco teórico por Muñoz Conde, se establece que el individuo que se defiende no tiene que esperar a que en el ataque se produzca efectivamente, como lo ha sucedido en el presente caso, en el cual ya ha habido una agresión anterior, y quien en un principio fue el agresor aún posee

³⁷ Luzón, Diego. (2002) *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

³⁸ Hurtado Pozo, José. (2005). *Manual de Derecho Penal-Parte General I*. 3ra edición. Lima, Perú: Editorial Grijley.

el arma, como lo es el machete en sus manos, todo lo ocurrido estaba en una circunstancia motivacional.

El primer agresor fue el hoy occiso, quien luego de cortar a su primo, como lo ratificaron todos los testigos de la Fiscalía y de la defensa, baja a la hamaca y tiene en su poder del machete, por lo que la vida del hoy procesado estaba en un peligro eminente, tanto así que la misma madre del occiso pedía que llamen a la policía, para que detengan a su hijo que estaba armado con el machete, esperando que bajara el procesado para volver a atacarlo. La agresión se convierte en actual desde el momento en que se pone en peligro la vida de la persona, no es preciso esperar que la agresión sea inminente, aun mas cuando ya ha existido una agresión previa.

La pruebas para que el tribunal haya expresado que hubo legítima defensa fueron que el procesado recibió un machetazo, el mismo que dejó un corte que fue presentado en audiencia, otro punto importante de anotar es lo que dice la médico legal que el disparo fue a corta distancia antes de un metro de adelante hacia atrás. Los jueces de la sala indican que el procesado actuó con dolo, que fue él quién se acercó hasta la hamaca y le disparó al occiso porque se le reía, cuando todos los testimonios concordaron que el disparo se realizó desde los dos últimos escalones de la escalera, lo que supone que el occiso se levantó nuevamente para atacar con el machete y el procesado tuvo que defenderse.

Ahora, el Abogado de la defensa expresa que hubo un exceso de legítima defensa posiblemente, que es lo que al final el tribunal resuelve, por cuanto; el occiso ha realizado su agresión con un machete, mientras el procesado lo ha

repelido con un arma de fuego ocasionándole la muerte, por lo que se indica que no hay una necesidad racional de la defensa, a criterio personal el elemento de la necesidad se encuentra presente en el caso estudiado, pues el procesado estaba en la necesidad de defenderse, porque evidentemente estaba en peligro de volver a ser herido, mientras que la racionalidad se refiere a la proporcionalidad de la reacción para repeler la agresión.

La legislación ecuatoriana relaciona la proporcionalidad por el medio utilizado para la defensa, más no por la acción de la misma, para tener en claro este punto, cabe citar a Donna. (1958)³⁹, quien ha publicado:

El hombre que se defiende no se encuentra en la situación del juez en su gabinete, **de poder apreciar con exactitud el peligro del ataque y la naturaleza de los medios que se le deben oponer. Su ánimo está forzosamente turbado por el temor**, por la exaltación propia de quien lucha, y, por lo tanto, **es muy difícil no exagerar el peligro y los medios empleados**” (p.19).

Como penúltimo punto del análisis se anota además que como lo señaló el tribunal si se cumplió con el tercer requisito, pues; el procesado nunca provocó a la ahora víctima para que lo agrediera, no lo incitó, no lo indujo al ataque.

Por último respecto a la alegación de que hubo un exceso en la legítima defensa, el Juzgador lo considera así por el mismo medio empleado para repeler la agresión como ya se mencionó, el procesado pudo como bien lo indicó el juez haber usado un medio que causara una lesión menos rigurosa, con este exceso ya no existe una exclusión de la antijuricidad, es decir, ya no hay una atenuación

³⁹ Donna, Edgardo. (1985). *El exceso en las causas de justificación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

del injusto, la conducta ya no es eximente, pues; las causas de exclusión de la antijuridicidad sólo excluyen ésta, cuando se dan completos todos sus elementos, y en el caso específico de acuerdo con el Juez por la falta de esta racionalidad no existe la legítima defensa.

3. CONCLUSIONES

3.1. Conclusiones

Como primera conclusión del caso es importante indicar que se han cumplido con los objetivos planteados al inicio de la investigación, de la misma manera se ha comprobado la idea hipotética trazada de que la consideración de la agresión vigente e inminente representa peligro al bien jurídico protegido y es causa para la legítima defensa

Entre los elementos o requisitos para alegar legítima defensa se encuentra que la agresión sea agresión actual e ilegítima, al transcurrir media hora (tiempo que ha sido referencial y no motivo de discusión) luego de la agresión ilegítima existe el miedo por la agresión previa por lo que la defensa se justifica. Existe una equivocación al considerar que aunque existió una agresión previa y la reacción no ha sido inmediata se actuó con dolo y no en legítima defensa.

Una vez de haber estudiado y analizado el caso que nos amerita, y a su vez revisado la teoría del delito en sus partes pertinente para la adecuación de la misma al caso, se concluye además que en la valoración de los hechos, pruebas, circunstancias, observaciones de elementos objetivos y subjetivos sobre la antijuridicidad precisamente en las causas de justificación (legítima defensa), y en su imputación objetiva, no se han plasmado ni considerado de manera correcta.

Se debe tener en cuenta algo, los principios constitucionales del procesado siempre estarán subsistentes, y no es la excepción el principio de inocencia, ya

que existiendo la materialidad del hecho y los elementos necesarios de responsabilidad, esto es, que no hay duda de que el procesado haya dado muerte al occiso, aun así, se presume la inocencia y se discute la misma por encontrarse estar inmerso en circunstancias que le permitían actuar de aquella manera que inicialmente va contra la norma, pero termina excluyendo a la antijuridicidad, por la permisividad de actuar de cierta manera cuando su vida corre riesgo.

También es necesario hablar del principio de la duda razonable, y es que en el caso, sobre los hechos probatorios, luego de tener claro que el procesado inicialmente fue agredido por el occiso con un machete en la cara, se sabe que posterior a eso el procesado intenta retirarse de la casa que no era suya, y al tratar de salir de la vivienda, nunca terminó de bajar las escaleras en totalidad, y estando el occiso en una hamaca que se encontraba a una distancia de unos tres metros y medio aproximadamente.

En función a ello, no fue el procesado quien buscó acercarse a la víctima sino todo lo contrario y aun este último portando el machete; se logra saber que existió el acercamiento por el examen de autopsia, donde se determina que el disparo se realizó a menos de un metro, la duda razonable entonces operaría no en los elementos objetivos de la legítima defensa, sino en los elementos subjetivos, que no es otra cosa, que el actuar del individuo por presupuestos mentales donde cree o percibe que su vida está en riesgo.

Y por qué se discute este principio, y es que si al juez no le queda totalmente claro que Cristian (procesado) actuó para repeler el acercamiento del hoy occiso con un alto grado de verosimilitud de provocarle nuevamente una lesión o quitarle

la vida, o si el juez llegase a pensar que el procesado actuó por venganza, pero no está de aquello plenamente convencido, no debería sentenciarlo, porque necesita el pleno convencimiento de su culpabilidad, y en el peor de los casos, sancionarlo con la atenuante del exceso de legítima defensa, como fue el caso del tribunal.

En cuanto a la defensa del abogado, el plasma en su teoría un exceso de legítima defensa, lo cual resulta descabellado si se toma en cuenta varios puntos sobre el hecho, siendo estos los elementos de la legítima defensa contemplados en el artículo 33 del Código Orgánico General de Procesos, con mayor relevancia, los que se encuentran en discusión, en específico los del numeral uno y dos. Lo que el abogado tuvo que haber hecho, era pedir la legítima defensa en su teoría, y no un exceso.

Sobre el punto uno, la actualidad de la agresión no se va a medir por el tiempo transcurrido como mal lo plantea la Sala de lo Penal, sino como el experto en la antijuridicidad (Luzón Peña) lo explica, esto es, va a ser actual la agresión mientras este latente o subsista, puede ser días en delitos como calumnias o presión ilegítima, como horas, que es nuestro caso, resulta totalmente irrelevante el tiempo que transcurrió desde la primera agresión del hoy occiso, hasta que el procesado decide retirarse de una casa que no era suya, sino de su agresor, por la necesidad de ser atendido por un médico por el machetazo ya proporcionado.

Lo antedicho está encerrado bajo una misma circunstancia motivacional lo que ratifican aún más su actualidad. En el peor de los casos, y acogiendo la mal interpretación de la Sala, es decir, que considera la actualidad de manera causalista, aún tiene muchas salidas el procesado, y es que se debe de entender

que su accionar es un instinto tan primitivo que viene adherido al ser humano desde todos los tiempos, siendo este la supervivencia. Se podía entonces considerar una defensa putativa, un miedo insuperable, un exceso intensivo, en fin. Pero no se ha considerado nada, y también por la mala defensa. Por ello el análisis de la misma.

Sobre el punto dos, esto es, la necesidad racional de la defensa, que de igual manera es mal interpretada, que es analizada para cada caso concreto en forma genérica, y no se entiendo que es la norma que se debe de acoplar al caso y no el caso a la norma, por lo complejo y extenso que resulta cada hecho en sí; entendiéndose a demás que no se debe de deshumanizar el hecho y las circunstancias que lo rodean, y analizarlo de forma mecánica y robótica.

En el trabajo realizado ya se explicó sobre este punto, donde se habló sobre la necesidad de la defensa y su racionalidad, encontrándose en este punto la proporcionalidad al momento de utilizar con racionalidad el medio para poder repeler el ataque transgresor, en nuestro caso no hay desproporcionalidad, por lo que tranquilamente el abogado defensor como ya lo dije, en su teoría tenía que plantear la legítima defensa, y no un exceso, como abogado se debe de ir a pelear siempre lo más y no lo menos.

Al momento de que el procesado va bajando las escaleras, que a propósito nunca termina de bajar, faltándole dos escalones, lo que se corrobora como hecho probatorio en ambas sentencias, es un punto importante de analizar para este requisito de racionalidad, por lo que el tiro fue proporcionado en la cabeza del hoy occiso, y es que se debe de considerar la diferencia de altura que existía entre

ambos, encontrándose el procesado a unos 40 centímetros aproximadamente sobre su agresor, donde podemos encontrar un alto grado de posibilidad de que el disparo sea en la zona alta del cuerpo por la posición que se encontraban.

Para culminar analizando el mismo requisito que a su vez está implícita la proporcionalidad, se debe de medir esta última en relación a las circunstancias del hecho, tiempo, espacio y personas; no es que hay desproporcionalidad por la diferencia de armas, resulta absurdo aquello, por ejemplo, el defensor utilizando un arma de fuego y el agresor un machete, y es que en el momento que tu vida está siendo amenazada y solo encuentres una pistola, el defensor no le va a decir al agresor que aguarde un momento para ir a buscar un machete y así estar igual; por esta razón se lo analiza de la forma mencionada y no mecanizada.

Es por estas razones que el abogado defensor tuvo que ir a pelear con su teoría del caso una legítima defensa y demostrar los requisitos de la forma señalada. En cuanto los jueces de la Sala, al no acoger el exceso que es lo que planteaba la defensa, y aunque no hayan sabido explicar el abogado, por los principios constitucionales que posee el procesado antes explicados y por el principio de IURA NOVI CURIA (el juez conoce de derecho) tuvieron que dar paso al exceso. Se menciona además que la Sala desestima una prueba, por el hecho de que la testigo es hermana del procesado, lo que es totalmente violatorio.

En cuanto a la sentencia del Tribunal, es una sentencia sensata y coherente, toma lo solicitado por la defensa (exceso de legítima defensa), no pudiendo conceder más de lo solicitado por lo que no puede realizar el trabajo del abogado,

y no puede conceder más allá de lo que le solicita, ya que no de demuestra nada sobre legítima defensa.

Sobre la Fiscalía, se está haciendo costumbre que los fiscales actúen como causalistas en función de lo ocurrido, y no hagan una interpretación o análisis del hecho de forma objetiva haciendo honor a la llamada imputación objetiva de lo que deben de tener conocimiento; y por ultimo tener elementos de cargo y de descargos, lo que omiten en la mayoría de veces. No debemos olvidarnos que el fin mismo del derecho es el hacer justicia, y no hay nada más rechazable el tener en prisión a un inocente. En función a aquello es peor un inocente en prisión, que mil culpables libres.

4. BIBLIOGRAFÍA

Albán Gómez, Ernesto. Ob. Ctda. García, Ramiro. (2014) *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Quito, Ecuador: Editorial Ara Editores.

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

Baumann Weber. Ob. Ctda. Zaffaroni Eugenio Raúl. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.

Bullemore, Vivian, Mackinnon, John (2005). *Curso de Derecho Penal*. Tomo II. Teoría del Delito. Santiago, Chile: Lexis Nexis.

Bustos Ramírez, Juan. Ob. Ctda. García, Ramiro. (2014) *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Peru: Editorial Ara Editores.

Código Penal Cubano. (s/f). Ley N° 21. En: http://files.sld.cu/prevemi/files/2013/03/ley_21_codigo_penal_19791.pdf

Donna, Edgardo. (1985). *El exceso en las causas de justificación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Donna, Edgardo. (2008) *Derecho Penal Parte General*. Tomo 3. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.

García de Tiedra González, Javier. (2013). *La legítima defensa en Roma*. (en línea). Consultado 30 de Julio de 2017. Recueprado de: <http://www.derechoromano.es/2013/11/legitima-defensa-roma.html>

García Falconí, Ramiro. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Perú: Editorial Ara Editores.

Garrido Montt, Mario. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Gómez de la Torre, Ignacio. Y otros (2004) *Curso de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, S.L.

Hurtado Pozo, José. (2005). *Manual de Derecho Penal-Parte General I*. 3ra edición. Lima, Perú: Editorial Grijley.

Jescheck, Hans-Heinrich. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. 3era edición). Barcelona, España: Bosch Casa editorial S.A.

Jiménez De Asúa, Luis. (1999). *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen 3. Mexico D.F: Oxford University Press México, S.A.

Luzón, Diego. (2002). *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

Mac Iver, Luis. (1979). *Derecho Penal Chileno Parte General*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Muñoz Conde, Francisco, García, Mercedes.(2015). *Derecho Penal Parte General*. 8va edición. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blach.

Politoff, Sergio. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. 2da edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. 2da ed. España. Editorial Civitas S.A.

Soler, Sebastián. Ob. Ctda. Etcheberry, Alfredo. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. 3era edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Velásquez, Fernando. (2004). *Manual de Derecho Penal Parte General*.
2da edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Velásquez, Fernando. Ob. Ctda. García, Ramiro. (2014) *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Perú: Editorial Ara Editores.

Von Liszt, F. (s/a). *Tratado de Derecho Penal*. 3era edición. Madrid, España: Instituto Editorial Reus S.A.

Welzel, Hans. (1976). *Derecho Penal Alemán, Parte General*. 2da edición Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Wessels, Johannes. (1980). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Zavala, Egas. (2014). *Código Orgánico Integral Penal, Teoría del delito y sistema acusatorio*. Guayaquil, Ecuador: Murillo Editores.

Anexos