

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Análisis de la proporcionalidad como elemento limitante en el cumplimiento del deber del Policía Nacional

Ana Paula Ortega Burbano

Jurisprudencia

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

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos:	Ana Paula Ortega Burbano
Código:	00201416
Cédula de identidad:	1720060969
Lugar y Fecha:	Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

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

UNPUBLISHED DOCUMENT

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

ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD COMO ELEMENTO LIMITANTE EN EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DEL POLICÍA NACIONAL¹

ANALYSIS OF PROPORTIONALITY AS A LIMITING ELEMENT IN THE FULFILLMENT OF DUTY OF POLICE OFFICERS

Ana Paula Ortega Burbano²
Anapaulaob99@gmail.com

RESUMEN

El cumplimiento del deber de los Policías se agregó mediante reforma como eximente, ha sido muy discutido. El rol de los Policías es precautelar los derechos de los ciudadanos y mantener el orden público, para hacerlo deben existir normas que regulen su actividad y así no existan abusos. Esto varía de acuerdo al país y a su regulación interna, mientras algunos Estados no exigen limitaciones, otros exigen estándares contradictorios. El Derecho Internacional Humanitario brinda conceptos y reglas aplicables por la prelación normativa constitucional. En el país se requiere una nueva Ley Orgánica ya que el Reglamento que regula el actuar policial puede ser declarado inconstitucional en cualquier momento y el Código Orgánico Integral Penal no establece conceptos. Se necesita dejar más a discreción de los Policías, en este mismo sentido, son urgentes más capacitaciones a los funcionarios policiales sobre el uso de la fuerza, la proporcionalidad y los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

Cumplimiento del deber, Legítima defensa, Policía Nacional, Proporcionalidad

ABSTRACT

The fulfillment of police duty was introduced as a way to avoid criminal liability, this has been criticized. Their role is to protect citizens rights and maintain public order, in order to do so they should have rules that control their activity, so that there are no abuses. These regulations vary according to the country and its internal dispositions, while some States do not require limitations, others require contradictory standards. International Humanitarian Law provides concepts and rules which are applicable in respect of Ecuadorian's normative hierarchy. A new Law is required in the country since the Regulation that establishes police actions can be declared unconstitutional at any time, and Código Orgánico Integral Penal does not define concepts. It is necessary to leave to the discretion of police officers how to act. In this respect, there should be more training for police officers on the use of force, proportionality and human rights.

KEYWORDS

Fulfillment of duty, Self-defense, Police Officers, Proportionality

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por el Dr. Xavier Andrade Castillo

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

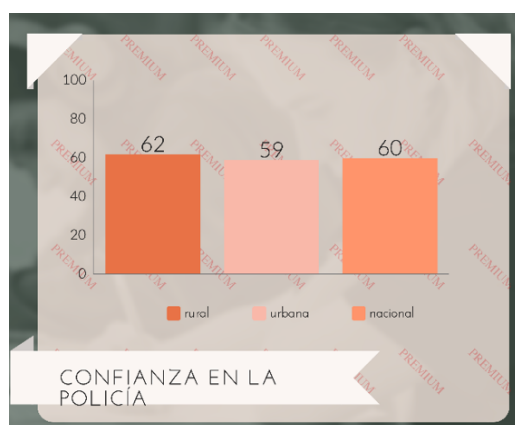
1.- INTRODUCCIÓN 2.- LA NORMATIVA QUE RIGE EL ACTUAR DE LOS FUNCIONARIOS POLICIALES 2.1.- NORMATIVA INTERNACIONAL 2.2.- NORMATIVA NACIONAL 2.3.- JURISPRUDENCIA 3.- ESTADO DEL ARTE 4.- MARCO TEÓRICO 5.- DESARROLLO 5.1. NORMATIVA INTERNACIONAL 5.2.- NORMATIVA NACIONAL 5.3.- JURISPRUDENCIA 5.4.- DERECHO COMPARADO 5.5.- ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL PROBLEMA 6.- CIERTAS MODIFICACIONES QUE HARÍAN A ESTE EXIMIENTE MÁS APLICABLE 7.- CONCLUSIÓN

1 . Introducción

En los últimos años ha existido una problemática al momento de que los Policías Nacionales empleen o intenten emplear la fuerza para defender a terceros. De entre estos casos tenemos al de Diana Carolina³, quien era una mujer embarazada amenazada con un cuchillo por su pareja, había funcionarios, pero no actuaron. Policías entrevistados en medios comentan que esto se da porque tiempo antes a este incidente el policía Edwin fue arrestado por actuar en una situación similar y tiene una pena por cumplir de 10-13 años.⁴

Este caso refleja una crisis que se vive actualmente el país. Han existido varios casos en los que, o bien no actúan para proteger a ciudadanos o caen en exceso de legítima defensa. La razón por lo que sucede lo anteriormente mencionado, es por la limitación que existe en el elemento proporcional dentro del cumplimiento de deber de los Policías Nacionales y de la legítima defensa. Es un parámetro tan preciso, que fácilmente un funcionario policial podría caer en exceso.

Gráfico 1: Confianza en la Policía Nacional



Fuente: elaboración propia a partir de las cifras del INEC⁵

³ Fiscalía General Del Estado, FGE, *Caso Diana Carolina*. Disponible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/caso-diana-carolina/>. (Último acceso: 20/10/2021)

⁴ El Comercio, 69 Agentes De Policía Procesados Por Exceso De Fuerza En Ecuador En 2018. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/agentes-procesados-exceso-fuerza-ecuador.html>. (Último acceso: 20/10/2021)

⁵ INEC. Boletín técnico de Resultados 2020, marzo 2021.

En el gráfico anterior se plasma la confianza de los ciudadanos frente a la Policía Nacional, la metodología del presente gráfico se realizó a la población de mayores de 16 años, siendo 0 completa desconfianza y 10 confianza, como se puede visibilizar en el 2020 variaba entre el 5,9 y 6,2. Si bien incrementó comparándolo al anterior año, la población sigue desconfiando de los policías.

Debido a esta crisis, se reformó el Código Orgánico Integral Penal en el 2019 y se agregó el artículo 30.1, el mismo prescribe el cumplimiento del deber de los Policías Nacionales. Cabe denotar que cuando los policías cumplen ciertos requisitos actúan en cumplimiento del deber, cuando no están en funciones actúan en legítima defensa de terceros. Dentro de ambos, se nombra como elemento necesario a la proporcionalidad. Esta reforma ha sido cuestionada, sobre todo por esta limitación en este elemento, el artículo no establece a que se refiere este criterio. Jurisprudencialmente se ha fijado una definición y en la normativa otra.

En este ensayo se pretende comparar esta figura con la de otros ordenamientos y responder a ¿Es necesario limitar el cumplimiento del deber por medio de la proporcionalidad? y si lo es, ¿a qué nivel?. Para hacerlo este artículo hará referencia también a la legítima defensa, ya que lo único que distingue a estos dos eximentes es si el policía está en funciones o no y en otros ordenamientos se hace alusión a este eximente como legítima defensa del Policía Nacional.

Además, el artículo analizará lo que sucede en otros países de Latinoamérica. En el Ecuador, las quejas de la falta de actuación de los policías son constante. Por otro lado, en otros Estados del continente, las quejas se dan por abuso de la fuerza policial. Se contrastará la situación actual de Estados Unidos, ya que este país, en los últimos años, ha enfrentado una crisis por brutalidad policial. Según Frank Edwards, esta problemática es la primera causa de muerte en muchos jóvenes, sobre todo en personas afroamericanas⁶. Un ejemplo de esto es el caso de George Floyd⁷, quien fue asesinado por policías de Minneapolis, estando completamente indefenso y sin ninguna arma y finalmente, se hará referencia a Alemania.

⁶ Frank Edwards, Hedwig Lee, and Michael Esposito. "Risk of Being Killed by Police Use of Force in the United States by Age, Race-ethnicity, and Sex." *Proceedings of the National Academy of Sciences* (2019). 1-6

⁷ Johannes C. Eichstaedt, Garrick T. Sherman, Salvatore Giorgi, Steven O. Roberts, Megan E. Reynolds, Lyle H. Ungar, and Sharath Chandra. "The emotional and mental health impact of the murder of George Floyd on the US population." *Proceedings of the National Academy of Sciences* (2021). N/D

De igual manera, se investigará sobre los convenios y la jurisprudencia internacionales para saber su pronunciamiento al respecto. Finalmente, se examinará la racionalidad y la proporcionalidad, ya que son elementos confundidos en muchas ocasiones.

En cuanto a la metodología, el presente trabajo empleará un método cuantitativo, el cual consiste en el análisis de estadísticas sobre la labor policial, la confianza de los ciudadanos en la institución y la inseguridad en el país. Además, se empleará un método comparado frente a otros ordenamientos, con esto se evidenciará como se regula en otros países el actuar de los funcionarios y que tan efectivo es.

2. La normativa que rige el actuar de los funcionarios policiales

En su día a día, las autoridades policiales tienen una labor compleja: proteger los derechos de los ciudadanos y hacer que se respete la ley. Por su complejidad, la mayoría de los estados han regulado su actuar mediante normativa. Por añadidura, al estar su función involucrada y en ocasiones colisionar con derechos, también ha sido regulada por tratados internacionales.

2.1 Normativa Internacional

Desde 1945, a raíz de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, se han emitido tratados para regular ciertas conductas con la finalidad que no se vulneren los Derechos Humanos. Si bien la labor del policía es defender derechos, cuando hay que repeler agresiones existe una ponderación entre los de la persona agredida y el agresor.

Por esta razón hay instrumentos internacionales que han brindado directrices para el uso de la fuerza. Como lo es el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁸. Este código fue adoptado por la Asamblea General mediante la resolución 34/169⁹, con fecha 17 de diciembre de 1979. En el artículo 3, inciso b incluye a la proporcionalidad en el uso de la fuerza.

En este mismo sentido, en el ámbito internacional se creó los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley¹⁰. En el Congreso realizado en la Habana sobre Prevención del

⁸ Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Resolución 34/169. Asamblea General de las Naciones Unidas. 17 de diciembre de 1979. Artículo 3.

⁹ Artículo 3, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

¹⁰ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Congreso de las Naciones Unidas. 27 de agosto-3 de septiembre de 1990. Artículo

Delito y Tratamiento del Delincuente, centrados en la labor que tienen dichos funcionarios, se fijaron estos principios básicos. En el artículo 5 se narra cómo se procederá en caso de tener que usar las armas de fuego y se nombra a la proporcionalidad.

2.2 Normativa Nacional

El Ecuador, al igual que muchos otros países, ha regulado el actuar policial a través de normativa, desde la norma jerárquica superior hasta acuerdos ministeriales. Esta es una sugerencia de las Naciones Unidas para evitar abusos, la cual es regular el uso de la fuerza para facilitar la labor de los funcionarios.

El primer cuerpo normativo que se analizará es la Constitución¹¹, el artículo 158 indica que la Policía Nacional es una institución cuyo objetivo es proteger los derechos de los ciudadanos, brindar seguridad y mantener el orden público. Los funcionarios policiales tienen una función ardua protegiendo los derechos de los ciudadanos y al ser su misión constitucional, su actuación deberá ser acorde.

El segundo cuerpo será el Código Orgánico Integral Penal¹², el 24 de diciembre del 2019 mediante reforma, se agregó el Artículo 30. 1 al Código Orgánico Integral Penal, COIP. El mismo está titulado "Cumplimiento del deber legal de la o el servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria". En el mismo describen cuando los Policías Nacionales pueden actuar en protección de un derecho propio o de un tercero y fijan 3 requisitos. El de la proporcionalidad será analizado en este artículo científico.

Para regir la actuación de los policías también en el artículo se estudiará el Reglamento de uso, legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador. Este reglamento fue expedido el 10 de julio de 2014 mediante Acuerdo Ministerial¹³. En el mismo definen algunos términos y regulan la actuación de los funcionarios. Esto servirá en el presente artículo para comparar con el actuar que pide el Código Orgánico Integral Penal, COIP y analizar el elemento proporcional.

Finalmente, se hará una breve referencia al Decreto Ejecutivo No. 224¹⁴ del 18 de octubre del presente año, emitido por el presidente de la República en el que se relata la

¹¹ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. suplemento 181 de 15 de febrero de 2018. Artículo 158

¹² Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. suplemento 526 de 30 de agosto de 2021. Artículo 30.1

¹³ Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador, R.O. 314 de 19 de agosto de 2015, Artículo 4.

¹⁴ Decreto ejecutivo 224, Presidencia de la República [Por medio del cual se declara Estado de Excepción debido a la actividad delictiva]. 18 de octubre de 2021

situación actual del país, el rol de los policías y los límites que se deben establecer a los mismos.

2.3 Jurisprudencia

Se señalarán casos que han fijado limitaciones tanto al cumplimiento del deber como a la legítima defensa de los policías y han aclarado la definición de proporcionalidad, entre esos el Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador¹⁵, el Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela¹⁶ y el Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana¹⁷. Los mismos aclararán lo que ha fijado la Corte Internacional de Derechos Humanos respecto al tema.

3. Estado del arte

Como se mencionó anteriormente, la institución de la legítima defensa es similar al cumplimiento del deber del policía, por lo tanto se pasará a analizar el origen del mismo y la delimitación a la proporcionalidad, ya que la misma también aplica para el cumplimiento del deber de los funcionarios.

El origen de la legítima defensa se remonta al caso Caroline¹⁸; el cual sucedió en el año 1837 cuando Canadá se rebeló contra Gran Bretaña. Estados Unidos apoyó a Canadá y le dio un buque a vapor denominado Caroline, dentro del mismo se transportaban armas al grupo. Frente a esto, los británicos decidieron incendiar el buque y dispararon a quienes eran parte de la tripulación, cabe recalcar que ellos se encontraban sin armas.

En este caso, Gran Bretaña alegó legítima defensa, Daniel Webster, quien era el secretario de estado de Estados Unidos, indicó que los dos estados no estaban en guerra y aludió un concepto que pasó a convertirse en derecho consuetudinario. En este se exigía la concurrencia de 3 requisitos: primero, que la acción se de como respuesta a una amenaza. Segundo, que la misma no se pudiera evitar por otros medios y, por último, que la fuerza empleada sea proporcional al peligro.

¹⁵ Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 4 de julio de 2007. Párr. 1-3, 54, 83-85, 102

¹⁶ Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs Venezuela. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 27 de agosto de 2014. Párr. 119-120, 123, 125, 126.

¹⁷ Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 24 de octubre de 2012. Párr. 85.

¹⁸ Emmanuel Guerisoli. "Evolución del concepto de legítima defensa". Centro Argentino de Estudios Internacionales (2016). 1-28

Después de este caso, el siguiente hito importante fue el apareamiento de la Carta de las Naciones Unidas en el año 1945¹⁹, en el cual aparece otro concepto de la legítima defensa. En este caso enfatizan que se debía mostrar que existió un ataque previo a la defensa. En esta misma línea, los estados no pueden actuar antes del primer ataque, una amenaza no era suficiente. Ese concepto siguió evolucionando. Sin embargo, permaneció el concepto de necesidad de un ataque previo.

La siguiente evolución al concepto después de la de las Naciones Unidas llega con Zaffaroni²⁰, quien informa sobre el acuerdo doctrinario al que se ha llegado, para el cual la legítima defensa se basa en lo que debe soportar el derecho. Agrega que no puede tener una función preventiva, sino debe repelar la agresión.

Sobre los elementos de la legítima defensa, narra que, si bien la legislación alemana hace referencia a la necesidad en la defensa, en Argentina se hace alusión más a un concepto de una defensa legítima. Añade que lo proporcional es racional. Cuando se discute la racionalidad en el medio empleado, no se entiende a la proporcionalidad en el instrumento, sino a la conducta utilizada para defenderse de la agresión.

Expresa también que dentro del estado de necesidad existe la teoría de escoger el menor mal. Sin embargo, eso no existe en la legítima defensa, no hay límites a la misma, solo se prohíbe la disparidad escandalosa. Hace un análisis sobre estas dos causales de exoneración a la antijuridicidad y comenta que en la legítima defensa no hay un análisis minucioso de los males, no se pone en la balanza y solo se debe interferir cuando sea notoriamente inclinado para un lado.

Zaffaroni tiene sus bases en el sistema argentino. Por otro lado, Roxin²¹ da la perspectiva de la ciencia alemana y para esta es necesaria una conducta culpable para admitir un derecho a la legítima defensa, que debe partir del dolo del atacante. A su parecer, la doctrina alemana ha considerado a la legítima defensa como un castigo para el agresor, y expone que ese no debería ser el caso. Considera que el *Schutzprinzip* es una manifestación en la que se ve plasmada la prevención, ya que aplicando este disuadimos al agresor de atacar a otros individuos. Por lo tanto, si bien es disuasivo no es un castigo *per se* al agresor.

¹⁹ Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 26 de junio de 1945, ratificada por el Ecuador el 21 de diciembre de 1945.

²⁰Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. *Manual De Derecho Penal: Parte General*. (Buenos Aires: Ediar, 2011)

²¹ Claus Roxin. *La Teoría Del Delito En La Discusión Actual*. (Lima: Grijley, 2016)

Todos los autores antes indicados concuerdan en la prohibición de prevención y Camila Correa²² no es la excepción. De igual forma, también ha hecho una lista sobre los elementos de la legítima defensa y entre ellos nombra a la racionalidad, al igual que Zaffaroni manifiesta que esta acción defensiva debe ser proporcional, pero no una conducta excesiva.

Varios miembros del sector doctrinario se encuentran en contra de la proporcionalidad como elemento de la legítima defensa, ya que puede vincularse erróneamente con la ponderación de intereses. Esto es una característica del estado de necesidad, más no de la legítima defensa.

Introducen que se debe aceptar el criterio de proporcionalidad siempre y cuando parta de la relación de medios y de la forma de la agresión. Señala que la proporcionalidad debe ser -en cuanto a armas- la que tenga a su alcance el sujeto que está recibiendo la agresión, que sean idóneos.

4. Marco Teórico

Dentro de la legítima defensa ha existido un debate sobre si, para repeler esta agresión, se elimina la ponderación de bienes o si se deben tomar en consideración. Para responder a esta pregunta, filósofos y doctrinarios han propuesto dos teorías fuertes, la primera siendo la objetivista y la segunda la subjetivista. Zaffaroni²³ resalta a estas dos teorías y comenta su pensamiento sobre una posible tercera teoría.

Los objetivistas se remontan a Hegel²⁴. Este ilustre filósofo marcó el derecho penal de varias maneras. Hegel remontaba su teoría a distinguir entre dos grupos de seres humanos, quienes habían progresado y quienes eran denominados los salvajes. Él diferenciaba a estos dos grupos mediante la capacidad de raciocinio.

Hegel se refería a la evolución del ser humano, exigía más racionalidad al tomar decisiones. Dentro de sus aportes al derecho penal, está la visión de no ver a la pena como venganza. Esto se traduce también en la legítima defensa, ya que no debe haber ni la mínima posibilidad que el repeler la agresión se dé por otro motivo que no sea mediante una ponderación de bienes racionales.

²² Camila Correa, María Flores, Fernando Molina Fernández, y Yesid Reyes Alvarado. *Legítima Defensa En Situaciones Sin Confrontación: La Muerte Del Tirano De Casa*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017

²³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. *Manual De Derecho Penal: Parte General*.

²⁴Ibíd.

Agrega que, por otro lado, el subjetivismo rechaza esta perspectiva. Ellos afirman que la legítima defensa es la protección del derecho subjetivo que está siendo injustamente agredido. El inicio de esta teoría es contractualista, se remonta al origen del pacto social, a cuando se renuncia a la libertad para entrar en sociedad y tener protección del Estado. Sobre esto dicen que, si el Estado no puede proteger a sus ciudadanos, cesa el deber de obediencia de estos hacia el mismo. En la misma línea, consideran que es irrelevante la magnitud del daño que cese la agresión.

Si bien existen estas dos teorías, con el transcurso de los años se ha creado una tercera. La cual será denominada: teoría mixta. Consideran los parámetros de Hegel sumamente rigurosos, cuando se tiene que tomar en consideración que esta es una institución peculiar del derecho, que debe ser estudiada minuciosamente.

Por otro lado, consideran que la subjetiva no fija ningún límite y podría existir un abuso dentro de esta exclusión de antijuridicidad. Por lo tanto, en esta teoría se han limitado a fundar a la legítima defensa partiendo del principio que "el derecho no tiene por qué soportar lo injusto"²⁵. Dentro de este concepto se analiza que la legítima defensa tiene un carácter subsidiario, solo se puede dar cuando no hay otros medios. La teoría a la que este artículo se refiere es mixta, la cuál responderá si se debe limitar la proporcionalidad en la legítima defensa, y si es así, a que punto.

5. Desarrollo

5.1 Normativa Internacional

5.1.1 Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley

Este código prescribe en su artículo 2²⁶ que los funcionarios quienes se encarguen de hacer cumplir la ley, defenderán los derechos humanos de todas las personas. Seguido a esto, en el artículo 3²⁷ se prescribe que únicamente se podría emplear la fuerza cuando sea estrictamente necesario y conforme lo vaya necesitando el funcionario durante el desempeño de sus tareas.

Este mismo artículo aclara que no debería entenderse que se permite el uso de la fuerza de manera desproporcional al objeto legítimo que se debería lograr y señalan que el uso de armas de fuego es considerado una medida extrema. La excepción a lo

²⁵ *Ibíd*

²⁶ Artículo 2, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

²⁷ Artículo 3, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

anteriormente señalado es cuando un presunto agresor presente resistencia o pone en peligro la vida de otras personas.

Como se evidencia, este artículo solo aclara que se podrá emplear la fuerza y el uso de armas cuando la situación lo amerite. Tanto en el cumplimiento de deber de los policías, como en la legítima defensa, se establece el requisito de la agresión actual e ilegítima, por lo que el funcionaría debería poder actuar y proteger al ciudadano agredido.

5.1.2 principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

Durante el octavo congreso de las Naciones Unidas, debido a la gran importancia y ardua labor de los funcionarios, se decide adoptar ciertos principios que regulen su actuar. Es necesario tomar en cuenta que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en su misión tienen la de asegurar y proteger los derechos de los ciudadanos. Es así como se elaboran los principios básicos sobre el empleo de la fuerza.²⁸

En las disposiciones generales exhortan a los gobiernos a establecer una variedad de métodos lo más amplia posible y entregar a los funcionarios correspondientes distintos tipos de armas. Aluden a que, cuando se deban utilizar las armas de fuego deberán hacerlo de manera moderada, considerando la gravedad del delito y el objetivo. Además, mencionan la necesidad de advertencia y presentación del funcionario antes de implementar la fuerza.

Para brindar claridad sobre los tipos de armas, se hará referencia brevemente a la Convención de Las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²⁹. Define a las armas de fuego como auqueñas que contienen cañón, que al lanzar se arroje un balín, mientras que armas no letales son aquellas que lesionen pero no destruyan a las personas.

Estos principios básicos nos permiten visibilizar una dificultad práctica en el sistema ecuatoriano, señalan una gran variedad de métodos que podría emplear el funcionario dependiendo del caso, dejan a discreción del funcionario cuando emplearlo. Se recuerda que para eso se deberá realizar capacitaciones.

5.2 Normativa Nacional

Dentro del COIP, en el artículo 30.1 se definen tres requisitos para el actuar policial. El primero se refiere a la realización de esta actuación cuando estén en actos de

²⁸ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley

²⁹ Convención de Las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Viena, 2004.

servicio. Este es explicado en el artículo, se debe entender a esto como el actuar simultáneo, previo o posterior del funcionario en su deber. El segundo se refiere al uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza, este es el requisito que se analizará en el presente artículo. Finalmente, el tercero es la existencia de una amenaza o riesgo a la vida de terceros.³⁰

Por otro lado, tenemos el Reglamento de Uso, legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador³¹. En el mismo dan varias definiciones que servirán para el presente trabajo. Primero, definen acto de servicio como el actuar del servidor en el cumplimiento de sus funciones. Define también la necesidad, determinando que la fuerza solo se implementará cuando otros medios resulten ineficaces.

También se define la proporcionalidad como un equilibrio entre la gravedad de la amenaza con el nivel de fuerza empleada. Y finalmente se define la racionalidad, la misma implica el ejercicio de utilizar el pensamiento lógico, a través de criterios como la experiencia, conciencia y otros.

Dentro de los niveles de uso de la fuerza se encuentran los pasos a seguir de los funcionarios. El primero paso es la presencia en la escena del funcionario, el segundo es la verbalización con el agresor intentando disuadirlo, el tercero es el control físico, cabe recalcar que en este paso no se emplea la fuerza completamente. El cuarto paso son las técnicas defensivas no letales y el último paso es la fuerza policial letal.

En el sistema ecuatoriano se ha interpretado el significado de la legítima defensa y se ha requerido necesario para la legítima defensa que exista igualdad proporcional entre la cantidad de agresión y de la defensa, así como también entre la gravedad del mal amenazado y el mal producido³²

Esto se demuestra también en la sentencia 184-2009³³, en la misma, al analizar la legítima defensa, indica que debe haber proporcionalidad en los medios que sean utilizados con la finalidad de la defensa. En este caso solo se exige proporcionalidad en el medio empleado. En la práctica esto ha sido altamente criticado por la dificultad de la persona agredida de buscar un arma de similares características que la que utiliza el agresor, cabe recalcar que es una agresión inesperada.

³⁰ Artículo 30.1. COIP.

³¹ Artículo 4. Reglamento de uso, legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador.

³² Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1349

³³ Sentencia 184-2009. Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, 6 de marzo de 2009

Adicional a estas críticas, dentro del Reglamento se establece a la necesidad, este criterio presenta dificultades en la práctica. Por lo tanto, cabe preguntar ¿cuáles otros medios se deben emplear si hay un riesgo inminente frente a la vida del funcionario o terceras personas?

Otro criterio que definen es la proporcionalidad, la cual nombran que es un equilibrio entre la gravedad de la amenaza con la fuerza. Sin embargo, en varios casos se ha definido a la proporcionalidad al analizar la legítima defensa como equilibrio entre las armas utilizadas y los bienes jurídicos protegidos, no se presenta uniformidad en lo que representa este criterio, esto generaría la dificultad que quede a discreción del juez como interpretarlo.

Como se mencionó en el marco normativo el Presidente de la República dictó un Decreto Ejecutivo³⁴ en el cual se declara estado de excepción, la base de este Decreto es la actividad delictiva que se presenta en el país, en el cual se incrementó la tasa de homicidios internacionales hasta llegar a 10,62 por cada 100.000 habitantes.

Reitera que el mantener el orden público es la labor principal de los Policías Nacionales y solo supletoriamente, de las Fuerzas Armadas. Dentro de este Decreto establece limitaciones, como los son cumplir con estándares de proporcionalidad, necesidad, humanidad y uso progresivo de la fuerza. Se evidencia que incluso en Estado de Excepción la labor de los policías debe encontrarse limitada en base a los Derechos Humanos.

5.3 Jurisprudencia Internacional

El caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador³⁵ expone, como hechos, la grave situación de delincuencia en el Ecuador, militares y Policías Nacionales realizaron un operativo, en el cual ingresaron a domicilios, y en uno de esos fallecen tres personas: Wilmer Zambrano, Segundo Olmedo y José Miguel Caicedo.

Dentro del proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pide una aclaración sobre la definición de legítima defensa, la Corte comenta que se refiere a una facultad que cuenta con un alcance limitado, el mismo es una excepción al uso de la fuerza. Sumado a lo anterior, la Corte alude a la necesidad, proporcionalidad y humanidad. Dentro de la proporcionalidad indica que no se puede dar una privación arbitraria de la vida de otras personas.

³⁴ Decreto ejecutivo 224.

³⁵ Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 4 de julio de 2007. Párr. 1-3, 54, 83-85, 102

La Corte Interamericana tuvo un caso similar, el cual es el Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela³⁶. En el cual se discute sobre el uso de la fuerza y alude a la importancia de tener ordenamiento jurídico adecuado por parte del Estado, brinde el equipamiento necesario, capacite y entrene debidamente a los funcionarios a cargo de hacer cumplir la ley. Sobre la proporcionalidad comunica que el nivel de fuerza que sea empleado debe ir de la mano con el nivel de resistencia ofrecido. Adicional a lo mencionado en la proporcionalidad se debe evaluar la peligrosidad de la amenaza. En este caso se reitera la necesidad de identificación con su cargo del Policía antes de actuar.

En esta misma línea, se dio el Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana³⁷, en el mismo la Corte decide definir los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad. El primero sienta el cumplimiento de un fin legítimo. El segundo se refiere a la existencia de otros medios que tengan menor afectación. Finalmente, la proporcionalidad se refiere a que el nivel de fuerza empleado debe ir de la mano con la resistencia de la persona y al peligro de la situación. Esta es una definición que ha reiterado en algunos casos, como los previstos anteriormente.

Como se puede identificar, la Corte, al establecer la proporcionalidad, prohíbe el uso arbitrario de la fuerza o la privación arbitraria de la vida. De igual manera, se resalta el nivel de resistencia y una evaluación de la peligrosidad de la amenaza, esta evaluación debería ser llevada a cargo por el policía.

5.4 Derecho Comparado

5.4.1 Legislación Colombiana

En el Artículo 32 del Código Penal Colombiano³⁸ habla de la ausencia de responsabilidad, existen 12 eximentes de responsabilidad, entre ese se refieren a la legítima defensa explícitamente ya que narran que quien obre por necesidad de proteger a un derecho propio o ajeno. Dentro de este artículo, se requiere que sea actual o inminente, debe ser inevitable y que no haya causado la persona este daño.

Como se puede evidenciar, en este cuerpo normativo no se distingue este actuar al del funcionario policial, ni se establece el criterio de proporcionalidad, ni de

³⁶ Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs Venezuela. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 27 de agosto de 2014. Párr. 119-120, 123, 125, 126.

³⁷ Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 24 de octubre de 2012. Párr. 85.

³⁸ Código penal colombiano [Ley 599]. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000, reformado por última vez el 28 de septiembre de 2021. Artículo 32

racionalidad. Si bien no se concibe dentro de este cuerpo normativo a los policías, tienen un régimen militar el cual aplica también con respecto de los funcionarios policiales.

Sumado a este cuerpo normativo, Colombia tiene la ley 1765³⁹, fue creada en el 2015 y habla sobre la Justicia Penal Militar y Policial. Se fijan requisitos para cada puesto en estas dos instituciones y establecen cuando el funcionario policial o militar será responsable penalmente por su actuar.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha manifestado que "nunca un acto de servicio puede ser delictivo"⁴⁰. Esta corte expresaba que no siempre los funcionarios estarían actuando en legítima defensa solo por estar implementado su labor, hay casos en los que mismos se aprovechan de esta situación y causaban lesiones o muerte a otros, ahí estarían en un caso de exceso.

La misma Corte⁴¹ también ha manifestado que el uso de la fuerza es obligatorio para las fuerzas armadas, con respecto a quienes no tengan la intención de respetar el mandato normativo ni los derechos de otras personas. Recalca que este uso solo aplica para las fuerzas armadas, ya que ellos tienen el deber de defender a los ciudadanos.

En este mismo sentido, el Congreso de Estado⁴² ha mencionado que los funcionarios estatales pueden utilizar los medios que disponga, dentro del principio de proporcionalidad, para evitar que una persona comita actos antijurídicos. Agregan que la proporcionalidad se analiza en concreto, ya que se debe tomar en cuenta lo que la persona tenga a su alcance, no se considera imprescindible que se calcule si el arma del agresor es más o menos peligrosa.

Se debe tomar en cuenta que Colombia es criticado por casos de brutalidad policial, como se analiza de los anteriores párrafos. Hay falta de uniformidad entre las normas positivas, las cuales fijan limitaciones y los pronunciamientos de la Corte, quienes indican que para algunos funcionarios el uso de la fuerza es obligatoria. Se puede concluir que esta falta de uniformidad puede crear conflictos en la práctica.

5.4.2 Legislación Argentina

Dentro del Código Penal de la Nación Argentina, se encuentra el artículo 34 prescribe cuando no son punibles los delitos. Se establece que no serán punibles cuando uno obre por defensa propia o de terceros siempre y cuando se cumplan tres requisitos.

³⁹ Ley 1765. Diario oficial n. 49582 del 23 de julio de 2015.

⁴⁰ Sentencia C-358/97. Corte Constitucional colombiana, Fuero penal militar y delitos de lesa humanidad.

⁴¹ Sentencia SU-1184. 2001. Corte Constitucional colombiana

⁴² Sentencia CE-SEC3-EXP1992-N7102. Congreso de Estado. 11 de junio de 1992.

El primero es que exista una agresión ilegítima, el segundo es que se encuentre una necesidad racional para repelerlo y el tercero es la falta de provocación de quien se defiende.⁴³

Además de este cuerpo normativo, se creó en Argentina la Ley No. 5688 la cual es llamada Sistema integral de Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁴, en el mismo se fijan principios de la actuación policial, entre esos, primero tenemos el de oportunidad, en este principio se le deja a discreción del funcionario policial la manera de su actuar, siempre que considere que es la vía idónea para solucionar el caso.

En segunda instancia, tenemos la proporcionalidad, este principio se refiere a tomar una medida necesaria, que sea la menos lesiva para cesar el peligro y que no sea excesiva. Definen también el principio de gradualidad, que habla de que el funcionario debe intentar preservar la vida del agresor en los casos que se pueda.

Del mismo modo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se creó la Ley de Seguridad Pública No. 2894⁴⁵, en la cual establecen que los funcionarios deben actuar con ética y responsabilidad, siempre con la finalidad de garantizar la seguridad pública.

Contribuyendo a eso, en la jurisprudencia argentina se ha informado que existe legítima defensa no solo cuando es necesario repeler la agresión, sino que también se puede dar con la finalidad de evitarla. En esta misma línea, sugieren que no es necesario que se haya producido ningún efecto, la simple amenaza de atacar es suficiente.⁴⁶

Partiendo de esta idea, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁴⁷ menciona que el servicio de seguridad deberá siempre ser prestado a través de funcionarios policiales que se encuentren capacitados y preparados para poner en práctica su función. Comentan que esto se debe dar empleando medios proporcionales, adecuados y racionales.

De lo expuesto anteriormente, se puede visibilizar que en Argentina se toman en cuenta criterios, tanto del derecho internacional, como de principios que rigen el actuar de sus funcionarios. Dentro de los principios se le dejaba a discreción del funcionario policial su manera de actuar siempre que no se vaya en contra de los DDHH y que tengan

⁴³ Código Penal de la Nación Argentina [Ley 11.179]T.O. 1984

⁴⁴ Sistema integral de Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [Ley No. 5688]

⁴⁵ Ley de Seguridad Pública número 2894, 17 de noviembre de 2016, reformado por última vez el 3 de junio de 2021.

⁴⁶ ED, 55-666 83. Sala de lo Penal: Buenos Aires, marzo 5-974.

⁴⁷ Sentencia N/D. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Argentina, 13 de noviembre de 2014.

una agresión que repeler. Si bien para esto se necesita que los funcionarios policiales estén altamente capacitados, eso debería ser un requisito mínimo para todos los policías.

5.4.3 Legislación Chilena

El Código Penal de la República de Chile⁴⁸ en su artículo 10 prescribe cuando se exime la responsabilidad criminal, en el numeral 4 prescribe a quienes actúan en defensa de su persona cuando existan ciertos requisitos. Primero, se debe encontrar ante un caso de agresión ilegítima, necesidad del medio que se utilice y falta de provocación.

El numeral 5 manifiesta que también quedarán exentos de la responsabilidad penal quienes actúen en defensa de su cónyuge, pariente hasta línea colateral y recta hasta cuarto grado de consanguinidad, parientes hasta segundo grado de afinidad. En este caso no se necesita la falta de provocación de quien está siendo agredido.

Finalmente, en el numeral 6 establece que queda exento quien actúe defendiendo a un extraño, siempre que haya agresión ilegítima y necesidad del medio que se emplea y que no exista motivos de venganza de quien repele la agresión.

Complementario a este cuerpo normativo tienen la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile⁴⁹, son considerados carabineros a los cuerpos policiales armados. En este cuerpo normativo afirman que la misión de los carabineros es mantener el orden público y dar cumplimiento a lo que se le encomiende en constitución o leyes. Cabe recalcar que en esta normativa no se les establece el actuar en caso de situaciones peligrosas.

Si bien no se les establece el actuar en el anterior cuerpo determinado anteriormente, la jurisprudencia chilena⁵⁰ ha mencionado que la fuerza pública se debe emplear de una manera racional, prudente y proporcional. Añaden que para que se aplique la proporcionalidad debe haber sido equilibrado el nivel de fuerza empleada con el de resistencia y agresión.

Al igual que en el marco internacional, Chile toma a lo proporcional en la medida que se presente resistencia. Este criterio parece ser el único tomado en consideración para limitar a la legítima defensa.

5.4.4 Legislación Alemana

⁴⁸ Código Penal de la República de Chile [Ley 18742]. El 12 de noviembre de 1874, reformado por última vez el 3 de febrero de 2021.

⁴⁹ Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile [Ley No. 18.961]. reformado por última vez el 31 de diciembre de 2020 mediante Ley 21306.

⁵⁰ Sentencia 141-2020. Corte Suprema de la República de Chile, 10 de agosto de 2020.

Con la finalidad de abordar países en otro Continente, se discutirá de la situación de la legítima defensa en Alemania. A continuación, se narrará la normativa, jurisprudencia y demás discusiones que se tienen en esta nación.

El Código Penal⁵¹ alemán regula a la legítima defensa, en su artículo 32 del Título IV, lo define como la defensa justificada a un ataque injustificado que se realice a la persona o a un tercero. Como se puede evidenciar en este artículo no se limita a la legítima defensa en cuanto al establecimiento de requisitos como la proporcionalidad o racionalidad.

De igual manera, en el artículo 33 el Código⁵² indica que quien actúe en exceso debido al miedo tampoco será sancionado y podrá aplicar este eximente. Esto se debe a que no se puede culpar por la reacción de una persona que no cumple con el *mens rea*, el cual es el elemento de culpabilidad que se requiere en el sistema alemán.

Alemania tiene un código civil⁵³ en el que se regula la necesidad y la proporcionalidad; sobre la necesidad distinguen dos tipos, la agresiva y la defensiva. La primera es aquella en la que existe una situación peligrosa que apremia que la persona agredida dañe propiedad ajena para contrarrestarlo, mientras que la defensiva solo repele la agresión. Si bien esto es definido en el Código Civil, la jurisprudencia ha expresado que también se aplica en la legítima defensa, incluso de situaciones de no confrontación.

54

5.4.5 Legislación Norteamericana

Dentro del *common law*, se tiene como cuerpo normativo a la Constitución. Sin embargo, lo que regula el actuar policial en Estados Unidos es la jurisprudencia. Lo que se analizará a continuación será, justamente, lo que han dicho los jueces norteamericanos sobre la legítima defensa policial, el uso de la fuerza y sobre todo lo que se ha discutido sobre el elemento proporcional.

Dentro de la jurisprudencia que se mencionó anteriormente, la Corte Suprema norteamericana⁵⁵ ha establecido que las cortes deben aplicar un estándar de razonabilidad. Analizan que los policías deben tomar decisiones drásticas en segundos, por lo tanto, lo que se les exige es que sean razonables en la cantidad de fuerza que

⁵¹ Deutschland Strafgesetzbuch. Noviembre 1998 Deutschland Strafgesetzbuch. BGBl. I S. 3322. zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.10.2021 (BGBl. I S. 4650) m.W.v. 19.10.2021

⁵² Deutschland Strafgesetzbuch.

⁵³ Bürgerliches Gesetzbuch. 1990. N/D. <http://www.gesetze-im-internet.de>

⁵⁴ Danielle R. Dubin. "A Woman's Cry for Help: Why The United States Should Apply Germany's Model of Self-Defense for the Battered Woman". ILSA Journal of International and Comparative Law (1995).

⁵⁵ Graham V. Connor. Corte Suprema de los Estados Unidos, mayo 15, 1989

emplean. Agregan que esto no significa que lse es castiga a los policías por un error, los errores solo serán castigados en cuanto no sean razonables.⁵⁶

Sobre el elemento de la proporcionalidad, existen estatutos que tienen el requisito de proporcionalidad, pero le dejan a discreción del policía cuando usar lo que llaman *physical deadly force*, lo cual permite que se llegue a emplear esta fuerza para arrestar, prevenir el escape o para defenderse a si mismo o a terceros.⁵⁷

En Estados Unidos, han existido casos en los que se ha considerado exceso de legitima defensa por los funcioanrios policiales, por ejemplo en Tennessee v. Garner⁵⁸. En este caso, un policía vio a un adolescente afroamericano llamado Edward Garner corriendo en el patio de una casa en la cual habían intrusos. El policia le pidió que se detenga y como no lo hizo le disparó en la cabeza. Lo que le encontraron al adolescente fueron 10 dólares y una cartera. En dicho caso las normas de Tennesse le permitian a un oficial implementar la fuerza que el considerara necesaria. A partir del mismo, se les impuso a los policias que para actuar, deben estar seguros que la persona esté armada.

Si bien, se requiere la proporcionalidad, se lo dejan a discreción del funcionario policial de acuerdo al caso. En este ordenamiento no definen en si la proporcionalidad, hacen alusión más a la razonabilidad, al igual que varios otros ordenamientos. Con esto intentan disuadir el exceso pero, permitirles discreción al momento de actuar en situaciones de peligro.

Agregando a esto, si bien Estados Unidos ha sido criticado por sus casos de brutalidad policial, estos se dan en su mayoría frente a personas afroamericanas, hispanas e indígenas.⁵⁹ De esto se desprende que si bien es un grave problema social que debe ser tratado, no un problema de índole jurídica; ya que cuando se dan estos casos los policías van a la cárcel, cumpliendo penas establecidas en la ley.

5.5. Análisis Doctrinario

5.5.1 ¿Es necesario establecer requisitos de proporcionalidad?

Se deja a discreción de cada Estado, por cuestiones de soberanía fijar la normativa interna que regule los ámbitos internos, entre esto encontramos distintas limitaciones a la legítima defensa. A continuación, se narrará cómo los limitan en diferentes lugares con

⁵⁶ Graham V. Connor.

⁵⁷ Code of Alabama. 1975. 13A-3-27(b)

⁵⁸ Tennessee v. Garner. Corte Suprema de los Estados Unidos, marzo 27, 1985

⁵⁹ Josh Serchen, BA, Robert Doherty, BA, Omar Atiq, MD, David Hilden, MD, MPH "Racism and Health in the United States: A Policy Statement from the American College of Physicians" Ann Intern Med (2020). 556-557

la finalidad de apreciar de que manera se podría limitar o si se encuentra bien limitado en Ecuador.

Javier Wilenmann⁶⁰ radica su análisis en el sistema Alemán, país en el que ha existido un desacuerdo dogmático en cuanto a este controversial tema. Sobre el tema, a la conclusión a la que han llegado es que en dicho Estado no se reconoce ninguna limitación a la legítima defensa. En este mismo sentido, no se requiere ningún parámetro de proporcionalidad.

Con el propósito de seguir en el *common law*, se expondrá lo que pasa en Estados Unidos, en este país las limitaciones varían de acuerdo al Estado. Cynthia Lee⁶¹, informa que como la normativa se dispone a nivel Estatal, los requisitos a la legítima defensa varían. Existen algunos que tienen a la proporcionalidad como un requisito explícito, mientras que otros no lo establecen dentro de los requisitos, no obstante, sancionan los excesos al implementarla.

Como en algunos Estados de Estados Unidos, México también establece como requisito para la legítima defensa a la proporcionalidad y a la necesidad. José Alfredo Gómez⁶² ha especificado que estos requisitos son necesarios ya que se toma en consideración los derechos humanos inversos en este eximente. Implica que dichos requisitos aseguran la dignidad humana y la protección a la vida

Si bien limitar a la legítima defensa de los policías nacionales queda a discreción de cada País. A raíz de la implementación de normativa internacional vinculante para quienes lo ratifiquen, existen parámetros que son de obligatorio cumplimiento, entre estos se encuentra la proporcionalidad, a continuación se analizará a que se refiere este elemento.

5.5.2 Definición del elemento de proporcionalidad

El elemento proporcional tiene distintas definiciones dependiendo del país y del autor, en ciertos hay estándares más rígidos, en otros hay definiciones más abiertas. Esto se puede evidenciar en la normativa nacional e internacional anunciada anteriormente. Ahora, se darán definiciones doctrinarias para aclarar más el concepto.

⁶⁰ Javier Wilenmann Von Bernath "Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa". (2016) 623-676

⁶¹ Cynthia Lee "Reforming the Law on Police Use of Deadly Force: De-Escalation, Pre-Seizure Conduct, and Imperfect Self-Defense". GW Law Faculty Publications & Other Works (2018). 629-692

⁶² José Alfredo Gómez " Los DDHH en la legítima defensa y el uso proporcional de la fuerza". Enfoques Jurídicos (2021). 1-29

Colmegna⁶³, indica que la proporcionalidad se rige por los estándares que se ven señaladas en el derecho público, tal y como se discutió en normativa internacional y sobre su significado, denota que el uso de la fuerza se debe dar cuando sea necesario y acorde a la resistencia ofrecida. Añade que en Argentina no se establece el requisito de proporcionalidad, *per se*, por ende el funcionario solo deberá encontrar sus límites en tratados internacionales ratificados por el país.

Otro punto de vista distinto al de Colmegna es el de Nacarino⁶⁴, para él es proporcional cuando el medio empleado para la defensa sea similar al utilizado por la defensa. Este criterio es similar al empleado en Ecuador, su crítica más grande es que la legítima defensa es una agresión inesperada, en la práctica ¿cómo se puede prever que arman van a tener las personas? Al momento de actuar, ¿deben parar la defensa hasta buscar otra arma similar a la del agresor?

Un enfoque que sería una mitad entre los dos mencionados anteriormente, es el de Juan Sebastián Vera⁶⁵, quien comentaba que la proporcionalidad es un criterio que limita conductas, se debe evaluar la acción defensiva tanto en medios como en modos y medida empleada. Exhortaba a analizar a este criterio de manera flexible, ya que cuando se considera la proporcionalidad en cuanto a males se parecería al estado de necesidad.

Por otro lado, dentro del sistema norteamericano Cynthia Lee⁶⁶ comenta que, si bien no en todos los Estados de Estados Unidos se requiere la proporcionalidad, en los que sí se evalúa el uso de la fuerza y si esa iba de la mano con la fuerza amenazada, aclara también que en los que no se establece el requisito si se establece que el funcionario esta permitido usar la fuerza letal con la finalidad de proteger a otro funcionario o a otra persona de una amenaza de muerte o una lesión corporal grave. Parece ser que de esta manera limitan la proporcionalidad, pero dejándolo a consideración del funcionario en cada caso.

5.5.3 Diferencia entre la Racionalidad y la Proporcionalidad

Ciertos ordenamientos utilizan como requisito a la racionalidad, mientras que otros, como el ecuatoriano, usan ambos. En el presente artículo se analizará en qué se

⁶³ Pablo Colmegna, Juan Nascimbene "la legítima defensa y el funcionario policial: uso necesario o proporcional de la fuerza" Universidad de Buenos Aires (2016). 401-427

⁶⁴ José María Nacarino "obrar en el cumplimiento de un deber por las fuerzas y cuerpos de seguridad". Dialnet (2016). 1-655

⁶⁵ Juan Sebastián Vera "Legítima defensa y elección del medio menos lesivo" (2019). N/A Scielo

⁶⁶ Cynthia Lee "Reforming the Law on Police Use of Deadly Force: De-Escalation, Pre-Seizure Conduct, and Imperfect Self-Defense". 656-658

diferencian estos términos que son confundidos en la práctica y se evaluará cuál es el criterio menos criticado en la práctica.

Zaffaroni⁶⁷ incluye a la racionalidad dentro de los requisitos de la legítima defensa y lo define como la exclusión de los casos en los que existan lesiones inusitadas o notoriamente desproporcionadas. Excluye a la proporcionalidad de males de la legítima defensa ya que esto a su parecer es requisito del Estado de Necesidad.

El artículo 34 del Código Penal Argentino⁶⁸ hace referencia a la necesidad racional del medio empleado y en ninguna parte hace referencia a la proporcionalidad dentro del mismo. Jurisprudencia, como el caso No. 44-I-2010⁶⁹ de dicho país se ha referido a la racionalidad como la relación entre el peligro y el riesgo, diciendo que el riesgo de daño debe hacer racionalmente necesaria una defensa. De esto se puede desprender que aquí no se miden los bienes jurídicos protegidos, ni las armas en sí.

Al igual que Argentina, Chile en su artículo 10, menciona como requisito para la legítima defensa la necesidad racional del medio empleado. en este caso, han entendido que con necesidad racional se refieren a un criterio de proporcionalidad, tomando en consideración el interés del daño y el del defendido⁷⁰ en este país si se toma en cuenta el método implementado.

De esta misma manera, para plasmar la diferencia en países, en Colombia se utilizan ambos conceptos, los cuales están definidos en el Reglamento para el Uso de la Fuerza y el Empleo de Armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales⁷¹. Por un lado, define a la racionalidad como la capacidad de decisión sobre el nivel de fuerza que se vaya a emplear de acuerdo al escenario y respetando normativa vigente⁷².

También define a la proporcionalidad como el emplear moderadamente medidas y actuar de acuerdo a la gravedad de la amenaza.⁷³ En ambos se aclara el concepto al que se alude con racionalidad y proporcionalidad, en esto podemos visualizar que no se habla de las armas empleadas, sino más bien de la gravedad del daño. Esto es similar a lo que

⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Manual De Derecho Penal: Parte General.

⁶⁸ Código Penal de la Nación Argentina. 1984.

⁶⁹ Caso No. 44-I-2010. Superior Tribunal de Justicia de la provincia de San Luis. Recurso de casación. 28 de febrero de 2012.

⁷⁰ Caso No. 1099-2003. Corte Suprema de Chile. 17 de octubre de 2005.

⁷¹ Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales, por la Policía Nacional, R.O. 02903, 23 de junio de 2017.

⁷² Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales. Art.7,4

⁷³ Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales. Art. 7,3

se solicita internacionalmente y en otros países y diferente de lo que se solicita en Ecuador.

Finalmente, para hablar de lo que sucede en Ecuador, como se comentó en el artículo anteriormente, existe en el COIP la concurrencia de ambos elementos. El Reglamento de uso define a ambos, sobre la proporcionalidad prescribe que es el equilibrio que existe entre la amenaza con la fuerza. Y sobre la racionalidad, indica que es el pensamiento a través de la experiencia de los policías.

5.6 Análisis de la Sentencia de la Corte Constitucional Sobre el Uso Progresivo de la Fuerza

La Corte Constitucional dentro del Caso No. 33-20-IN⁷⁴ y acumulados analizó el uso progresivo de la fuerza, criterios de proporcionalidad y la labor de los Policías Nacionales. Si bien, se centra en analizar la inconstitucionalidad del Reglamento del Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas,⁷⁵ brinda directrices que se podrían aplicar a los Policías Nacionales.

Sobre el rol de los Policias Nacionales, la Corte aclaró que los mismos, de acuerdo a la Constitución, son los miembros encargados de que se mantenga el orden público y precautelar la seguridad de los ciudadanos. Agrega también que es una institución de protección de derechos, garantías y libertades.⁷⁶

Asimismo, hizo referencia el uso progresivo de la fuerza. Se determina como uso progresivo de la fuerza al incremento de la fuerza, partiendo desde un primer nivel hasta el más elevado. Informan que debe existir una correlación entre el incremento o descenso de la fuerza con respecto al incremento o disminución de la resistencia o de la amenaza.

⁷⁷

Esta definición del uso de la fuerza se relaciona con lo que otros autores definen como proporcionalidad. En esta misma línea, la Corte Constitucional define a la proporcionalidad cómo los medios y método que se empleen deben ir de la mano con la resistencia y el peligro que exista. Suman que al hablar de proporcionalidad se debe tomar en consideración lo que ha mencionado la Corte Interamericana.

⁷⁴ Caso No. 33-20-IN y acumulados. Corte Constitucional del Ecuador. Quito, 5 de mayo de 2021.

⁷⁵ Reglamento del Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas, 29 de mayo de 2020 R.O. Edición Especial No. 610. Declarado inconstitucional el 5 de mayo de 2021

⁷⁶ Sentencia No. 33-20-IN/21, Corte Constitucional, 5 de mayo de 2021. Párr. 94-97

⁷⁷ Sentencia No. 33-20-IN/21. Párr. 40

Dentro de los criterios que plantea la Corte Interamericana, la Corte Constitucional, describe a cuatro elementos. El primero es la peligrosidad y la intensidad que venga de la amenaza. El segundo es la forma de proceder de la persona, la tercera es la condición del entorno donde se encuentra y la cuarta son los medios que se dispongan⁷⁸. Si bien estos elementos hacen referencia a la manera de actuar, no dan indicaciones claras sobre cómo afectarían las condiciones del entorno en la proporcionalidad.

Una consideración relevante al tema que se brinda en la decisión de la Corte Constitucional, es la sugerencia de implementar normativa prevista en Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la nueva Ley Orgánica para el Uso Legal, Proporcional, Adecuado y Necesario de la Fuerza. Con esto podemos visibilizar que la falta de normativa internacional en la regulación del actuar afecta no solo a Policías Nacionales, pero también a las Fuerzas Armadas.

Finalmente, cabe denotar que en este caso se solicitó la declaración de inconstitucional por razones de forma, sobre esto la Corte Constitucional indicó:

“[...] Así, es pertinente para la resolución de este caso mencionar que el artículo 133 de la CRE determina, de forma taxativa, qué asuntos deben ser regulados únicamente por medio de leyes orgánicas, en el entendido que, por su importancia, requieren mayor deliberación y legitimación democrática sometiéndolas a un proceso de formación agravada. En este sentido, se requiere este tipo de regulación cuando verse sobre los siguientes asuntos: (i) la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la CRE [...]”⁷⁹

De esto se desprende que si una persona o grupo de personas solicitan lo mismo del Reglamento de Uso, Legal, Adecuado y Proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador, el mismo sería declarado inconstitucional por la misma razón.

6. Ciertas Modificaciones que Harían a este eximente más Aplicable

Entre las modificaciones que se podrían agregar y facilitarían la práctica sería: primero, dejar más a discreción del funcionario su actuar en situaciones de peligro. Esto va de la mano con lo que manifiesta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ellos informan que es primordial para los Estados la capacitación y entrenamiento constante de los funcionarios policiales. Mientras más entrenamiento y capacitaciones se tenga, más discreción se le puede permitir al funcionario.

⁷⁸ Sentencia No. 33-20-IN/21. Párr. 117

⁷⁹ Sentencia No. 33-20-IN/21, Corte Constitucional, 5 de mayo de 2021. Párr. 61

Segundo, referirse más al derecho internacional, las otras naciones incorporan en su ordenamiento frecuentemente al derecho internacional. Encuentran en el mismo las limitaciones al actuar de los funcionarios para que no exista abuso, de esta manera se les brinda más espacio para que puedan analizar la situación y actuar de acuerdo a los principios internacionales

Tercero, que exista concordancia entre el Reglamento de Uso, Legal, Adecuado y Proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador, el COIP y la Jurisprudencia en cuanto a la proporcionalidad, en el COIP no se le da alcance a este elemento, en el Reglamento se dice una cosa y los jueces han dicho otra. Esto crea poca seguridad jurídica y hace que los policías prefieran no actuar dejando a los ciudadanos indefensos.

Para concluir, cabe denotar que al igual que el Reglamento del Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas⁸⁰, el Reglamento de de Uso, Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza para la Policía Nacional del Ecuador puede ser declarado inconstitucional por razones de fondo. Es por esto, que sería importante crear una Ley Orgánica que aclare los conceptos antes mencionados.

7. Conclusión

Dentro de los hallazgos del presente artículo, podemos evidenciar el impacto de la labor de los funcionarios policiales. De esto se desprende toda la normativa tanto nacional como internacional que se ha creado con el fin de brindar seguridad jurídica, tanto a los Policías Nacionales, como a los ciudadanos.

Se enfatiza en la novedad de la sentencia de la Corte Constitucional, en cuanto al declarar inconstitucional un reglamento por temas de forma, lo mismo podría suceder con el Reglamento de los policías, dejando que el actuar de los mismos solo esté regulado en el COIP, y como se mencionó no establece definiciones claras en cuanto a la proporcionalidad. De la misma manera, al estudiar el derecho comparado, se pudo evidenciar como la proporcionalidad en la legítima defensa está regulada y que tan efectiva es.

⁸⁰ Reglamento del Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas, 29 de mayo de 2020 R.O. Edición Especial No. 610. Declarado inconstitucional el 5 de mayo de 2021

De estos hallazgos se responde a la pregunta inicial, y se concluye que la proporcionalidad es un elemento necesario a luces del derecho internacional. La legítima defensa, sobre todo cuando se trata de funcionarios policiales sí debe estar limitada.

No obstante, las limitaciones como se anunció anteriormente deben encontrarse en el derecho internacional y no deben existir contradicciones en el ámbito nacional. Además, internacionalmente se ha indicado que es un elemento flexible que debe ser analizado en cada caso; lo que se debe otorgar es un estándar amplio. Se pudo evidenciar como en otros países se deja el actuar más a discreción del funcionario, y la misma es otorgada por la dificultad de ingresar a las fuerzas y las constantes capacitaciones que reciben.

Dentro de limitaciones encontradas en el presente trabajo, tenemos -por ejemplo- la falta de jurisprudencia actual que aclare estos criterios. La sentencia de la Corte Constitucional brindó claridad de la situación actual del país, si bien se refería más a las Fuerzas Armadas, mencionaba el uso de la fuerza, el cual podría ser plenamente aplicado a los Policías Nacionales. Existe también falta de cifras oficiales sobre brutalidad policial y el uso de la legítima defensa.

Finalmente, como se comentó en el apartado anterior, nuestra normativa es contradictoria y excesivamente limitante, no se les brinda espacio de actuación a los policías y esto puede darse por falta de capacitaciones a los mismos sobre derecho internacional humanitario y uso progresivo de la fuerza. Sin embargo, tomando en consideración la situación de inseguridad que vive actualmente Ecuador, ¿si no se confía en los policías quienes deben tutelar los derechos de los ciudadanos, en quién se confía?