

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El delito de extralimitación de la fuerza en el Ecuador. Parámetros
del uso progresivo en agentes policiales**

Francisco Sebastián Camino Carrasco

Jurisprudencia

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

Quito, 15 de abril de 2022

© 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: Francisco Sebastián Camino Carrasco

Código: 00122518

Cédula de identidad: 1804130993

Lugar y Fecha: Quito, 15 de abril de 2022

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>

**EL DELITO DE EXTRALIMITACIÓN DE LA FUERZA EN EL ECUADOR. PARÁMETROS DEL USO
PROGRESIVO EN AGENTES POLICIALES¹**

**THE CRIME OF EXCESSIVE USE OF FORCE IN ECUADOR. PARAMETERS OF THE
PROGRESSIVE USE OF FORCE IN POLICE OFFICERS²**

RESUMEN

El presente estudio abordó la normativa sobre el uso progresivo de la fuerza desde la técnica de estudio de caso y el enfoque cualitativo de investigación. Para ello se analizó el contenido de la sentencia que condena al agente policial Santiago Olmedo por el delito de extralimitación de la fuerza tipificado en la normativa penal ecuatoriana, al ser un caso que generó conmoción nacional. Se estudiaron los aspectos normativos que determinan el uso progresivo de la fuerza en funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como la Policía Nacional, para explorar los argumentos que motivaron al Tribunal de Garantías Penales a emitir su decisión judicial desde la contemplación de dos atenuantes trascendentales. A su vez se encontró que es necesario que los Estados controlen el uso de la violencia legítima para evitar abusos de poder y vulneraciones a derechos humanos como es el derecho a la inviolabilidad de la vida.

PALABRAS CLAVE

Fuerza, legitimidad, letalidad,
extralimitación, proporcionalidad.

ABSTRACT

This study approached the regulations on the progressive use of force using the case study technique and the qualitative research method. To this end, it was analyzed the content of the sentence that convicted police officer Santiago Olmedo for the crime of excessive use of force typified in the Ecuadorian criminal law, being a case that generated national commotion. The normative elements which determine the progressive use of force in law enforcement officers, such as the National Police, were studied in order to explore the arguments that motivated the Criminal Guarantees Court to issue its judicial decision based on the consideration of two transcendental extenuating circumstances. Additionally, it was found that it is necessary for States to control the use of legitimate violence to avoid abuses of power and violations of human rights such as the inviolability of life.

KEYWORDS

Force, legality, lethality, overreach,
proportionality.

Fecha de lectura: 15 de abril de 2022
Fecha de titulación: 15 de abril de 2022

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: Fernando Flores.

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. MARCO NORMATIVO.- 2.1.MARCO INTERNACIONAL.-2.2. MARCO CONSTITUCIONAL 2.3. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.- 2.4. ACUERDO MINISTERIAL 4472.- 3. MARCO TEÓRICO.-3.1.LA TEORÍA DEL DELITO DESDE LA DOCTRINA FINALISTA.- 3.2. LA ACCIÓN TÍPICA. 3.2.1. EL DOLO.- 3.2.2. LA CULPA.- 3.3. ELEMENTOS DOGMÁTICOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE.- 3.3.1. LA TIPICIDAD.- 3.3.2. LA ANTIJURIDICIDAD.- 3.3.3. LA CULPABILIDAD.- 4. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- 5. DISCUSIÓN DEL ESTUDIO DE CASO .- 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El caso del agente policial Santiago Olmedo, evidencia el rol que tiene el Estado de controlar la legalidad de los actos que emanan del orden público en atención a los instrumentos internacionales de derechos humanos. La sentencia del proceso judicial No. 06282-2021-01091 que encuentra culpable al policía Olmedo por el delito tipificado en el artículo 293 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, expone el deber que tiene el Estado de garantizar la seguridad jurídica y fiscalizar la actuación de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones.

El 11 de junio de 2021, en la ciudad de Riobamba, un equipo de agentes policiales miembros de la Dirección Nacional de Investigación de Delitos Contra la Vida, Muertes Violentas, Desapariciones, Secuestro y Extorsión, DINASED, entre ellos el policía Santiago Olmedo presenciaron cómo un ciudadano menor de edad estaba siendo asaltado en la vía pública. Frente a ello los agentes acudieron a brindar auxilio a la víctima, sin embargo, el agresor huye y empieza una persecución. Fue ahí durante esta carrera e intento de prestar auxilio que el policía Olmedo hace uso de su arma incurriendo en una agresión letal hacia el agresor y un presunto cómplice, quienes se encontraban en la escena del crimen³.

Los disparos por la espalda, la situación de ventaja que tenía el agente policial al portar arma de fuego, y el conocimiento de la conducta antijurídica configuraron el tipo penal de extralimitación de la fuerza, motivo por el cual, el Santiago Olmedo fue condenado por los jueces de primera instancia. Frente a la extralimitación de la fuerza en los agentes encargados de hacer cumplir la ley, resulta indispensable que los Estados vigilen y actúen en derecho para el control y la prevención del uso de la fuerza, siendo el arma de fuego una medida excepcional y proporcionalmente necesaria.

³ Juicio No. 06282-2021-01091, Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, 25 de febrero de 2022, 79.

En este sentido cabe cuestionarse la forma en cómo se configuran los parámetros que delimitan la extralimitación de la fuerza como un tipo penal, así como sus posibles atenuantes. Es así que, frente al problema jurídico previamente dilucidado, el presente trabajo de investigación busca analizar cuáles son los aspectos normativos que determinan el delito de extralimitación en el uso de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Así como explora los argumentos que motivaron a los jueces de primera instancia a condenar el delito tipificado en el artículo 293 del COIP, desde la atenuante trascendental.

El enfoque metodológico empleado es el estudio de caso y la deducción técnicas de investigación cualitativa que, a través de fuentes como doctrina y jurisprudencia, permitieron analizar el problema de investigación. La aplicación de la exégesis jurídica permitió comprender desde la interpretación gramatical, el examen que realizaron los jueces para emitir la sentencia condenatoria hacia Santiago Olmedo por el delito tipificado en el artículo 293 del COIP, pena que fue atenuada a un periodo de 3 años y 4 meses, y al pago de una indemnización por USD 10 000 a la familia de cada víctima afectada⁴.

Es así que la primera parte de esta investigación comprende la exposición del marco normativo nacional e internacional que se inserta alrededor del problema jurídico investigado. Después, se presenta el marco teórico de este estudio, desde el esquema de la teoría finalista del delito se aborda parte de los elementos conceptuales que llevan al Tribunal de Garantías Penales a tomar su decisión, tales como son los elementos que configuran el delito, entre ellos la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Luego, el estado de la cuestión abarca jurisprudencia internacional y nacional respecto de los parámetros de uso progresivo de la fuerza en los agentes encargados de hacer cumplir la ley y expone un caso previo en dónde la policía actuó de manera indebida incumpliendo su deber de mantener el orden público. Posteriormente se expone la discusión del estudio de caso en dónde se analizan los elementos dilucidados previamente desde el contenido que integra la sentencia del juicio No. 06282-2021-01091.

El análisis busca comprender como la acción típica del policía Olmedo incide en la decisión de los jueces de primera instancia quienes aplican dos atenuantes en su fallo. Finalmente, se exponen las conclusiones halladas haciendo un énfasis en los estándares

⁴ Juicio No. 06282-2021-01091, 79.

internacionales que contemplan el uso del arma de fuego como una medida extraordinaria y excepcional.

2. Marco normativo

2.1. Marco Internacional

Los instrumentos normativos de derecho internacional, los cuales funcionan como lineamientos clave de derechos humanos, integrados y ratificados por los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, ONU. En 1979, la Asamblea General de la ONU emitió el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁵, del cual se desprende que los agentes de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas tienen un alto grado de responsabilidad social siendo el fin máximo de su cargo, la protección y el servicio a la comunidad.

Dicha normativa expresa que el uso de la fuerza solo puede darse cuando sea excepcionalmente necesario y en la medida que lo exija el desempeño de sus tareas⁶. “Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...)”⁷. Ya que el deber de los agentes encargados de hacer cumplir la ley es la plena protección y salud de las personas bajo su custodia⁸. Siendo deber de los agentes cumplir y respetar la ley, impidiendo, ante todo, cualquier vulneración a derechos humanos⁹.

Resulta esencial exponer esta normativa ya que, de dicho instrumento internacional ratificado por el Ecuador, se desprenden elementos necesarios que luego son integrados dentro de otras leyes de jerarquía inferior. El deber que adquieren los agentes encargados de hacer cumplir la ley recae en la responsabilidad que tienen de proteger la seguridad nacional desde el resguardo y la prevención de vulneración a los derechos humanos.

Por ello, como se puede ver en los artículos antes referidos, la normativa internacional prohíbe expresamente que la policía y las fuerzas militares ejecuten tratos como penas crueles y degradantes hacia las personas, al mismo tiempo que señala el deber que tienen estos de proporcionar la ayuda médica necesaria para resguardar la salud de

⁵ Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley 17 de diciembre de 1979.

⁶ Artículo 3, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979.

⁷ Artículo 5, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979.

⁸ Artículo 6, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979.

⁹ Artículo 8, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979.

sus custodios¹⁰. Siendo estos lineamientos de cumplimiento general y obligatorio para todos los agentes a los cuales se les atribuyen dichas funciones.

2.2. Marco Constitucional

Desde el principio de supremacía constitucional, la Constitución de la República del Ecuador¹¹ se configura como la norma fundamental de la que emanan las demás leyes y reglamentos del ordenamiento jurídico, su aplicación es directa y limita los demás poderes del Estado estableciendo tanto deberes como obligaciones¹². De ahí que el ordenamiento jurídico crea mecanismos orientados a controlar tanto la constitucionalidad de la ley, como de los actos que emanan del poder público como por ejemplo la policía y la fuerza militar.

Respecto de la problemática que gira alrededor de esta investigación se encuentra que el marco normativo constitucional recoge expresa que tanto la Policía Nacional como las Fuerzas Armadas son entidades de protección de derechos ciudadanos. De ahí que el mantenimiento del orden público es responsabilidad de la Policía Nacional. Frente a ello la norma señala que los agentes encargados de hacer cumplir la ley deben estar correctamente capacitados en derechos humanos, respetar la dignidad de las personas y no ejercer actos discriminatorios¹³.

Al mismo tiempo, el artículo 163 de la norma suprema establece que la Policía Nacional es una entidad estatal armada, con jerarquía sobre la sociedad civil, comprende un equipo técnico profesional, disciplinado, especializado y formado en derechos humanos, siendo su principal obligación brindar seguridad ciudadana y establecer el orden público dentro del territorio nacional, prevenir la consecución del delito, emplear medios alternativos al uso de la fuerza y ante todo garantizar la protección del libre ejercicio de los derechos de la ciudadanía¹⁴.

A su vez, la Constitución ecuatoriana engloba otra serie de garantías, derechos y responsabilidades tales como el derecho a la inviolabilidad, integridad y dignidad de la vida¹⁵; las garantías del debido proceso como la presunción de la inocencia y deber de

¹⁰ Artículo 6, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979.

¹¹ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. 449 de 25 de enero de 2021

¹² Robinson Marlon Patajalo Villalta, *El control de constitucionalidad en Ecuador: defensa de un control mixto* (Quito: Casa Andina, 2020), 13-119.

¹³ Artículo 158, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁴ Artículo 163, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

juzgamiento desde una debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción¹⁶; así como el derecho a la reparación integral y la garantía de no repetición en el caso de las víctimas de infracciones penales¹⁷. Lineamientos que encuentran garantizados desde el principio de jerarquía superior y aplicación directa de la Constitución¹⁸.

2.3. Código Orgánico Integral Penal

Antes de exponer la tipificación del delito de extralimitación de la fuerza, tipo penal sobre el cual se inserta la presente discusión, cabe señalar primero otros apartados del COIP¹⁹ que permiten comprender el análisis del Tribunal de Garantías Penales para la toma de su decisión. Primero, cabe señalar que la normativa contempla entre sus principios procesales el derecho al debido proceso penal.

El derecho al debido proceso penal integra aspectos como el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el principio in dubio pro reo, la imparcialidad y la objetividad, esta última tiene que ver con el deber del funcionario judicial de aplicar la ley conforme en derecho no solo desde las circunstancias y hechos que agraven la responsabilidad del procesado, sino también contemplando aquellos que atenúan o extinguen la culpabilidad de este²⁰.

Para determinar la responsabilidad en el cometimiento de un crimen, la normativa penal ecuatoriana hace una distinción entre el tipo autor del delito, existiendo autores directos, autores indirectos y coautores. Para el objeto de la presente investigación cabe centrarse en la autoría directa, la cual tiene que ver con aquella persona que de manera directa e inmediata haya participado en el cometimiento de una infracción²¹.

La configuración de la culpa tiene que ver con la actuación de una persona que termina por infringir “el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción (...)”²². A su vez, la normativa integra la figura de error de tipo, lo que significa que no existe infracción penal cuando de manera comprobada el autor desconocía sobre la punibilidad de la acción cometida. “Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe”.²³

¹⁶ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁷ Artículo 78, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁸ Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁹ Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. 180 10 de febrero de 2014, reformada por última vez R.O. 107 de 16 de marzo de 2022.

²⁰ Artículo 28, COIP.

²¹ Artículo 42, COIP.

²² Artículo 27, COIP.

²³ Artículo 28, COIP.

El COIP entiende por el cumplimiento del deber legal de un agente del Estado encargado de hacer cumplir la ley, lo siguiente:

Art. 30.1.- Cumplimiento del deber legal de la o el servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria. - Existe cumplimiento del deber legal cuando una o un servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria, al amparo de su misión constitucional, en protección de un derecho propio o ajeno, cause lesión, daño o muerte a otra persona, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que se realice en actos de servicio o como consecuencia del mismo;
2. Que, para el cumplimiento de su misión constitucional, dentro de su procedimiento profesional, observe el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza; y,
3. Que exista amenaza o riesgo inminente a la vida de terceros o a la suya propia o para proteger un bien jurídico (...).

Frente a ello se observa que la normativa penal es clara, el artículo 293 expresa que aquel funcionario de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que en la ejecución de un acto se extralimite en el uso de la fuerza sin observar el uso progresivo y racional de esta, y que como producto de ello genere lesiones hacia un tercero, será sancionado con pena privativa de libertad la cual va de entre los diez y trece años de prisión si es que la acción resulta en la muerte de una persona²⁴.

La figura penal antes expuesta condena a aquel agente encargado de hacer cumplir la ley que el ejercicio de sus funciones haya hecho caso omiso del deber de uso progresivo de la fuerza, incurriendo en una acción antijurídica penalizada por el ordenamiento legal. Frente a ello, el COIP también recoge causas de exclusión de la antijuricidad²⁵, justificando la conducta típica desde el estado de necesidad o de legítima defensa, así como cuando se actúa en cumplimiento de un deber legal, como el deber de seguridad y mantenimiento del orden que tienen.

Respecto del estado de necesidad, el COIP expresa que este existe siempre y cuando el derecho que se protege esté en peligro actual y real, el resultado del acto de protección no sea mayor al daño a evitar y que no haya otro medio menos perjudicial para defender dicho derecho²⁶, solamente si convergen estos tres aspectos al mismo tiempo, se puede decir que la persona ha actuado de manera antijurídica debido a un verdadero estado de necesidad.

Del mismo modo, se encuentra también el derecho a la legítima defensa desde la necesidad racional de defensa²⁷, puede ser conducente de una causa de exclusión de la antijuricidad de una conducta tipificada en la norma. Sin perjuicio de lo anterior, se

²⁴ Artículo 293, COIP.

²⁵ Artículo 30, COIP.

²⁶ Artículo 32, COIP.

²⁷ Artículo 33, numeral, COIP.

encuentra que la normativa penal ecuatoriana también consagra atenuantes de la infracción penal, las cuales más adelante se podrá ver, inciden en la decisión de los jueces de primera instancia.

Por ejemplo, actuar típicamente, pero sin el ejercicio de la violencia, encontrarse bajo circunstancias económicas extremas, reparar voluntariamente el daño cometido, entregarse de manera voluntaria y colaborar eficazmente con la justicia, así como con la investigación del caso, brindar auxilio y/o ayuda inmediata y voluntaria con la intención de disminuir las consecuencias de la infracción²⁸.

Configurándose este último apartado en la figura de atenuante transcendental, contemplado en el artículo 46 del COIP, el cual indica que “a la persona procesada que suministre datos relevantes, verdaderos y precisos para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre y cuando no existan agravantes (...)”²⁹.

El recorrido previamente realizado permite tener un panorama más claro respecto del marco normativo del COIP en relación con el objeto de la investigación, resaltando, ante todo, algunos de los elementos planteados tanto por la defensa del procesado, como por Fiscalía y por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Riobamba dentro del proceso signado bajo la nomenclatura No. 06282-2021-01091.

2.4. Acuerdo Ministerial 4472

A través del acuerdo ministerial 4472, el Ministerio del Interior resuelve expedir el “Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador”³⁰, el cual es de aplicación obligatoria para todas y todos los servidores de la policía y tiene como finalidad salvaguardar la integridad de la ciudadanía desde la prevención y control del uso adecuado de la fuerza, el cual debe ir acorde a los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad.

Dicho instrumento contempla delitos de función policial, los cuales comprenden “las acciones u omisiones tipificadas en la legislación penal ecuatoriana, cometidas por un servidor policial en servicio activo”³¹. Se entiende por fuerza policial a la legitimidad que tienen los agentes de usar la violencia como medida restrictiva para controlar una situación que altera la seguridad ciudadana y el orden público.

²⁸ Artículo 45, COIP.

²⁹ Artículo 46, COIP.

³⁰ Acuerdo Ministerial 4472, Ministerio del Interior [Por medio del cual se expide el Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador], R.O. 314 de 19 de agosto de 2014.

³¹ Artículo 4, Acuerdo Ministerial 4472.

La acción de neutralizar tiene que ver con el efecto de contener y debilitar al infractor para disminuir su capacidad de hacer daño³². El Acuerdo Ministerial 4472, clasifica las armas y equipos entre aquellas con efectos neutralizantes no letales y aquellas con efectos neutralizantes letales, dónde se observa que las armas de fuego cargadas con balas de plomo son categorizadas como municiones letales³³.

De ahí que dicha normativa regula el uso progresivo de la fuerza, señalando que la neutralización letal es una medida excepcional y extraordinaria que solo puede activarse frente a un riesgo inminente o peligro real de vulneración de derechos, cuando se esté en riesgo la vida del agente o de un tercero. Tratando, sobre todo, de que el grado de fuerza ejercido sea empleado de manera gradual y progresiva, es decir, que sea necesario, proporcional, racional y legal³⁴.

Para ello, y debido a que el uso de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser proporcional, oportuno, necesario y legal, la normativa faculta el uso de la fuerza únicamente “cuando resultaren ineficaces otros medios alternativos para lograr el objetivo legal buscado”³⁵, tales como mantener la seguridad, proteger y defender a las personas, mantener el orden público, legítima defensa, prevenir el cometimiento de infracciones, entre otras.

De lo antes expuesto se encuentra que el Acuerdo Ministerial 4472 constituye una normativa elemental al interior de la estructura de la Policía Nacional ya que regula la forma en como el uso legítimo de la fuerza debe darse. La necesidad de que la fuerza sea de manera progresiva y gradual procurando, ante todo, evitar la neutralización letal del presunto infractor, vela por el derecho a la inviolabilidad e integridad de la vida de cada persona. Además, que plantea la necesidad de acompañamiento en salud mental a los agentes policiales sobre todo por el tipo de situaciones y estrés al que se exponen.

3. Marco teórico

3.1. La teoría del delito desde la doctrina finalista

La teoría finalista del delito tiene como precursor de esta corriente de pensamiento jurídico al filósofo y jurista alemán Hans Welzel 1964 -1977. Esta doctrina penal formula la categoría de “acción” y “final”, es decir hecho y resultado, en dónde

³² Artículo 5, Acuerdo Ministerial 4472.

³³ Artículo 5, Acuerdo Ministerial 4472.

³⁴ Artículo 8, Acuerdo Ministerial 4472.

³⁵ Artículo 10, Acuerdo Ministerial 4472.

juega un rol bastante importante el aspecto psíquico del infractor, la mente que comete la conducta tipificada, la intencionalidad con la que es cometido el delito³⁶.

Los preceptos que integra la teoría finalista parten de que toda acción tiene también un devenir externo, en dónde el acontecimiento que se produzca puede venir tanto de voluntad o no del autor de cometer una conducta típica.³⁷ Esta escuela de pensamiento considera necesario al momento de realizar la valoración jurídica del tipo penal, contemplar la dirección del deseo del autor al momento de ejecutar la acción. Para ello el siguiente apartado realiza un análisis más exhaustivo de la acción típica en el esquema finalista.

3.2. La Acción típica

Desde la teoría de acción finalista del delito, por acción se entiende a todo ejercicio humano que produce una actividad final. En dónde “la ‘finalidad’ o el carácter final de la acción solo se basa en que el hombre gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad”³⁸ En otras palabras la teoría finalista contempla que el resultado de la acción es previsible, se mira a futuro.

La acción es un ejercicio ontológico propio del ser humano que la despliega³⁹, a diferencia de otras doctrinas, el finalismo no concibe a la acción como algo meramente causal, ya que el sujeto que actúa, cuando lo hace, ya ha pensado en el fin de su acción. Así, “la acción es considerada siempre como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente”⁴⁰.

Para la configuración del delito la teoría finalista debe probar la relación que existe entre la violación del deber objetivo de cuidado y el resultado, es decir, develar cual fue el fin de la acción típica. Desde la visión del esquema finalista “una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos, si su dirección real no corresponde al cuidado necesario (...) y a consecuencia de ello ha producido un resultado típico”⁴¹.

La acción típica se establece a partir de las consideraciones de la voluntad. Para Welzel, a diferencia de las otras escuelas clásicas de la teoría del delito, el dolo no forma

³⁶ Oscar Peña Gonzáles y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, (Perú: APPEC, 2010), 38.

³⁷ Hans Welzel, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, (conferencia, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 22 de abril N/D).

³⁸ Hans Welzel, “El esquema del Delito”, (N/D), 15.

³⁹ “Teoría del Delito. Esquema Finalista Primera parte”, video de Youtube, 10’36”, publicado por “Ultima Ratio Derecho Penal”, 21 de mayo de 2020, Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=ujb36Bho1lg>

⁴⁰ Oscar Peña Gonzáles y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito*, 38.

⁴¹ Hans Wezel, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, 9.

parte de la culpabilidad, sino de la acción típica. Desde la doctrina finalista del delito, “la acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto)”⁴².

Así el esquema finalista de la teoría del delito establece la existencia de una relación entre el dolo de tipo y la voluntad finalista de la acción⁴³. De esta manera se cuestiona el curso de la voluntad del autor para distinguir si su conducta fue intencionada o no. Por ello y siguiendo esta doctrina jurídica, a continuación, se desarrollarán los conceptos de las categorías antes enunciadas, el dolo y la culpa.

3.2.1. Dolo

El dolo forma parte de la acción típica como voluntad jurídicamente relevante. Es el delito culposo comprendido desde la inobservancia del cuidado objetivamente debido⁴⁴, “el dolo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho”⁴⁵. Es decir que, el dolo es la acción humana que se realiza de manera consciente, en conocimiento de la penalidad que conlleva esta conducta, esto desde la doctrina causalista.

Mientras que el dolo “en el sentido técnico del derecho penal, es solo la voluntad de la acción dirigida a la realización de un tipo delictivo”⁴⁶, la escuela finalista de la teoría de la acción realiza una pequeña pero importante distinción al respecto. En dónde, “si bien todo dolo del tipo es una voluntad finalista, no toda finalidad es un dolo del tipo”⁴⁷, dando lugar a una figura nueva, el error de tipo⁴⁸.

“el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); siendo vencible puede haber tipicidad culposa (si existe tipo legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica; y cuando sea invencible elimina también toda posibilidad de tipicidad culposa).”

En otras palabras, el error de tipo “no es más que la falta de representación requerida por el dolo”⁴⁹. En síntesis, se puede decir que la dirección que tiene el dolo como acción, incide en la valoración penal que realizan los jueces al momento de

⁴² Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito*, 43.

⁴³ “Teoría del Delito. Esquema Finalista Primera parte”, 11`50`, publicado por “Ultima Ratio Derecho Penal”

⁴⁴ Hans Wezel, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, 8.

⁴⁵ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito*, 164.

⁴⁶ Hans Wezel, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, 4.

⁴⁷ Hans Wezel, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, 3.

⁴⁸ Se profundizará esta figura más adelante.

⁴⁹ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito*, 164.

determinar la culpabilidad y antijuridicidad de la conducta típica. “El error sobre cualquiera de los componentes del tipo objetivo descarta el dolo y, por ende, la imputación”⁵⁰. Desde el finalismo, el error de tipo tiene que ver con los elementos del tipo penal, incluyéndose el dolo⁵¹.

3.2.2. Culpa

La esencia de la culpa, a diferencia del dolo, no es el daño sino la violación del deber objetivo de cuidado. De ahí que la doctrina hace una distinción entre ambas categorías. En dónde, “el tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso)”⁵², resultando en que la culpa se configure como un actuar negligente e imprudente, por la violación de este deber objetivo de cuidado en dónde la dirección de la acción devino en un fin antijurídico.

La infracción del delito objetivo de cuidado ha terminado en lo que se plantea como “delitos imprudentes”⁵³. Esto debido a una visión tanto objetiva y subjetiva de la culpa, en dónde el deber de cuidado es también considerado una tarea de tipo subjetiva ya que integra las capacidades individuales de cada persona. De tal manera que la acción que responde a la inobservancia del deber objetivamente debido produce antijuridicidad⁵⁴, configurándose el acto en una acción típica, penalizada por la ley.

Ahora bien, una vez dilucidados los elementos de la acción típica desde la perspectiva del esquema finalista del delito y la doctrina que propone. El siguiente apartado tiene como finalidad exponer los elementos dogmáticos que integran la conducta legalmente punible, entre ellos, el cumplimiento tres requisitos, que la acción sea típica, antijurídica y culpable.

3.3. Elementos dogmáticos de la conducta punible

3.3.1. Tipicidad

Mientras que, para la doctrina clásica del delito, la tipicidad integra una visión objetiva, y solo en ciertos casos una perspectiva subjetiva del delito; para el esquema finalista, la tipicidad siempre tiene una esfera subjetiva. Al respecto se encuentra que, “los tipos son la descripción que hace el legislador de las conductas o acciones relevantes

⁵⁰ Hans Welzel, “El esquema del Delito”, 199.

⁵¹ Oscar Peña Gonzáles y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito*, 40.

⁵² *Ibid*, 166.

⁵³ José Cerezo Mir, “La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho Penal española y en la de los países iberoamericanos”, *ADPCP*, vol. LXII (2009), 78.

⁵⁴ *Ibid*.

para el derecho penal, para el finalismo el tipo siempre implicará aspectos objetivos y subjetivos”⁵⁵.

Para Welzel la tipicidad es la *ratio cognoscendi*⁵⁶, la sospecha de la antijuricidad. Es decir, si la conducta es típica ya se tiene una conjetura de que sea también antijurídica, aunque esto no significa que toda conducta antijurídica sea típica, ni que toda conducta típica sea antijurídica. Un ejemplo de esto es la legítima defensa en donde, si bien el actuar es típico, no necesariamente es antijurídico ya que responde a una necesidad racional de protección.

En otras palabras, se puede decir que la “tipicidad es un indicio de la antijuricidad, esta se da si no concurría ninguna causa de justificación de la acción imprudente⁵⁷, por tanto, tiene elementos objetivos y elementos subjetivos. Objetivos tales como el sujeto y el bien jurídico protegido; y subjetivos en tanto el dolo o la culpa en el acto cometido.

3.3.2. Antijuridicidad

La antijuridicidad es un hecho ilícito, comprende el cometimiento de un hecho típico, ilegítimo. “Obra de manera antijurídica quien actúa en contra de la norma realizando el tipo penal y sin la concurrencia de causal de justificación”⁵⁸, como en el caso de la legítima defensa y el estado de necesidad. Esto evidencia que el derecho penal, de manera concisa la teoría del delito contempla causales de justificación de la antijuridicidad, los cuales son considerados como elementos subjetivos. Para Welzel;

La acción se convierte en antijurídica únicamente como la obra de un determinado autor: “Qué fin ha dado éste al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico”⁵⁹

Si bien la conducta antijurídica puede darse de manera previa y anticipada, siendo el sujeto consciente de la acción final de dicha conducta y de la ilegitimidad de la misma; es posible también que, desde la subjetividad del individuo, este tipo de conducta antijurídica sea el resultado de una situación nueva que lejos de ser un hecho voluntario, sea el resultado de un acto instintivo, como es el estado de necesidad y la legítima defensa.

⁵⁵ Ultima Ratio Derecho Penal, “Teoría del Delito. Esquema Finalista Primera parte”, 2020.

⁵⁶ Ultima Ratio Derecho Penal, “Teoría del Delito. Esquema Finalista Segunda Parte”, 2020,

⁵⁷ Hans Welzel, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, (conferencia, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 22 de abril N/D), 9.

⁵⁸ Ultima Ratio Derecho Penal, “Teoría del Delito. Esquema Finalista Segunda parte”, 2020.

⁵⁹ Rafael Márquez Piñero, *Teoría de la Antijuridicidad*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003), 9.

A su vez, se encuentra también que la doctrina de la acción finalista cuestiona la culpabilidad como elemento que configura la conducta punible, desde el análisis de la antijuricidad, en dónde, la posibilidad de que alguien actúe antijurídicamente depende del curso de las acciones que se hayan suscitado⁶⁰, siendo producto de una reacción premeditada o de una necesidad de subjetiva. Esto se profundiza en el apartado siguiente.

3.3.3. Culpabilidad

“En el finalismo la culpabilidad se desprende del dolo y la culpa que se reubican en la acción típica”. Este elemento constitutivo del delito tiene que ver con la situación en la que se encuentra una persona que es imputable y responsable. Entendiendo que la imputabilidad “es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuricidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión”⁶¹

El juicio de reproche de la culpabilidad contiene aspectos como la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de antijuricidad, y la exigibilidad de otra conducta. En dónde la imputabilidad es el juicio sobre la capacidad de motivación del sujeto⁶², es decir debe ser imputable. La conciencia actual o potencial de antijuricidad tiene que ver con la posibilidad de conciencia del injusto, y la exigibilidad de otra conducta hace referencia a la ausencia de una situación coactiva en el sujeto.

En ese sentido, se entiende que la culpabilidad resulta de una consecuencia que deviene de la conducta del infractor, siendo una “situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena”⁶³, es decir, punible.

La problemática que permea a la culpabilidad en el derecho tiene que ver con la intención sobre la cual se configura el hecho culposo, “porque el resultado no siempre se produce por omisión, sino que, en general, acontece por deficiente utilización de los medios que hubiesen permitido evitarlo”⁶⁴ De tal manera que el autor debe responder ante una obligación jurídicamente impuesta.

4. Estado de la literatura

4.1. Jurisprudencia de la CIDH

⁶⁰ Hans Wezel, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, 3.

⁶¹ Oscar Peña Gonzáles y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito*, 212.

⁶² Ultima Ratio Derecho Penal, “Teoría del Delito. Esquema Finalista Segunda parte”, 2020.

⁶³ Oscar Peña Gonzáles y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito*, 209.

⁶⁴ Hans Welzel, “El esquema del Delito”, 199.

El caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*⁶⁵ aborda el uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley frente a ciudadanos migrantes, situación que devino en la muerte de 6 personas, por lo que la Corte condenó al Estado por la vulneración de derechos humanos cometida por los agentes de las fuerzas armadas, la “privación arbitraria de la vida”⁶⁶ como consecuencia del uso excesivo y desproporcionado de la fuerza que resultó en la muerte de una o más personas.

Frente al fuego indiscriminado que abrieron los agentes dominicanos hacia civiles desarmados que no iniciaron ninguna acción violenta que pueda llegar a atentar o poner en riesgo la vida del personal de las fuerzas armadas o de un tercero; la CIDH señala que el uso intencional de armas letales es permitido únicamente cuando sea absolutamente inevitable y tenga como finalidad proteger una vida⁶⁷, siendo este deber un estándar internacional para el uso progresivo de la fuerza en funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Dicha sentencia resalta el deber que tienen los Estados de implementar marcos regulatorios sobre el uso progresivo y legítimo de la fuerza, “restringiendo en la mayor medida el uso de armas letales que puedan ocasionar lesión o muerte”⁶⁸. La resolución emitida por la CIDH enfatiza en el deber que tienen los Estados en brindar un correcto entrenamiento a los agentes policiales con la finalidad de que posean elementos de juicio apropiados para decidir sobre el uso legítimo y proporcional de la fuerza.

Una novedad que recae sobre dicha decisión es la obligación que tiene el Estado de implementar como una medida preventiva, programas de capacitación permanente en materia de derechos humanos, destinados a funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Las escuelas de formación al personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, deben enfatizar en sus programas los estándares internacionales y criterios que existen respecto del uso progresivo de la fuerza con relación a los principios de necesidad, legalidad, proporcionalidad y humanidad.

4.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Entre la literatura encontrada, se halla la sentencia No. 33-20-IN/21 CC emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana el 5 de mayo de 2021 respecto del Acuerdo

⁶⁵ Caso *Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de octubre de 2012.

⁶⁶ Caso *Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*, párr. 92.

⁶⁷ Caso *Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*, párr. 84.

⁶⁸ Caso *Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*, párr. 80.

Ministerial No. 179 que expide el Reglamento de Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas⁶⁹, establece ciertos estándares sobre la materia.

La Corte contempla que el Estado como titular del monopolio legítimo de violencia tiene la obligación de garantizar la protección de la ciudadanía frente a cualquier alteración del orden público, para ello las fuerzas armadas, pueden hacer uso de la violencia de manera gradual y progresiva.⁷⁰ Sin embargo se encuentra que la Corte establece ciertos principios objetivos por los que debe regirse el uso progresivo de la fuerza con la finalidad de precautelar los derechos humanos como el derecho a la inviolabilidad de la vida.

De tal manera que el uso de la fuerza solo se da frente a una situación excepcional, para la Corte Constitucional ecuatoriana estos principios comprenden, la legalidad, la absoluta necesidad, la proporcionalidad y la humanidad. Estos principios “deben ser aplicados de forma interdependiente puesto que guían el actuar de los agentes al momento de ejercer de manera complementaria y excepcional, el uso de la fuerza”⁷¹.

Por legalidad se entiende que “el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, debiendo existir un marco normativo regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación de conformidad con lo prescrito en la Constitución”⁷² El principio de legalidad implica que la ley defina de manera clara y precisa, el acto que constituye el delito, la pena a imponerse en tanto a la infracción cometida, los sujetos procesales, el procedimiento a seguir, los recursos que caben, la autoridad competente, entre otras.

La legalidad es una norma de estricto cumplimiento y le brinda garantías al proceso penal ya que busca contrarrestar posibles abusos de poder. En el ámbito penal este principio se convierte en una garantía legal que limita la acción punitiva del Estado, “nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo que se cometió”⁷³

El principio de legalidad como parte de la seguridad jurídica del estado y del debido proceso, erige la protección de los derechos humanos, este principio adquiere al mismo la forma de garantía penal. Esta garantía contenida en el principio de legalidad

⁶⁹ Sentencia No. 33-20-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de mayo de 2021.

⁷⁰ Sentencia No. 33-20-IN/21, párr 114.

⁷¹ Sentencia No. 33-20-IN/21, párr 118.

⁷² Sentencia No. 33-20-IN/21, párr 117.

⁷³ Jaime Velarde Rodríguez, “El principio de legalidad en el Derecho Penal”, *Lex*, 13 (2014), 227-242.

penal tiene su fundamento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual consagra que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”⁷⁴.

Respecto de la absoluta necesidad, como otro principio que restringe el uso de la fuerza, la Corte Constitucional expresa que “el uso de la fuerza debe limitarse a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso”⁷⁵. Es decir, comprende un estado apremiante que puede poner en peligro la vida del agente o de un tercero.

El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes, proporcionadas y racionales para garantizar el pronto sometimiento del adversario con el menor derroche posible de recursos humanos y económicos⁷⁶. Complementario a este principio, el principio de humanidad prohíbe el empleo de medidas de violencia que no resultan ser necesarias.

En la misma línea se encuentra que “los agentes del estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza solo contra las primeras”⁷⁷. De tal manera que, desde el principio de humanidad, el uso de la violencia legítima por parte de los agentes se da únicamente cuando exista una real amenaza de muerte.

Finalmente, respecto del principio de absoluta necesidad, la Corte Constitucional indica que “el uso de la fuerza debe limitarse a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso”⁷⁸. Lo que significa que el uso progresivo de la fuerza es de *ultima ratio* y se activa solo para contrarrestar conductas que pongan en peligro real o inminente la vida del agente como la de una tercera persona.

4.3. Consecuencias de la no aplicación del uso progresivo de la fuerza

El caso que se expone a continuación, contrario a lo que se ha venido tratando a lo largo de la presente investigación, es un ejemplo paradójico ante el caso del policía Santiago Olmedo. ¿Qué tienen en común estos dos casos?, la respuesta es la

⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, ratificado por el Ecuador.

⁷⁵ Sentencia No. 33-20-IN/21, párr 117.

⁷⁶ CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 14.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Sentencia No. 33-20-IN/21, párr. 118.

insatisfactoria actuación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley, en específico, la fuerza policial.

El 19 de enero de 2019 en la ciudad de Ibarra, Ecuador, la acción policial fue nula frente a Yordi Rafael, ciudadano extranjero que había tomado como rehén a su pareja Diana Carolina R. En este caso, el uso progresivo de la fuerza nunca se activó frente a un real e inminente peligro de la vida de un tercero, resultando en el feminicidio de Diana Carolina. El agresor “retuvo y apuñaló varias veces a Diana frente a 12 policías y una multitud miró como terminaba con la vida de la mujer”⁷⁹.

Al contrario del caso del policía Santiago Olmedo, en el feminicidio de Diana Carolina, la policía nacional en ningún momento empleó el uso progresivo de la fuerza para salvaguardar la integridad de la víctima. La policía portaba armas, pero fue tanta la incompetencia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, desconociendo cualquier protocolo, código de conducta y/o reglamento interno, el derecho a la inviolabilidad de la vida de Diana Carolina se vio vulnerado por la incapacidad de la Policía Nacional de Imbabura de mantener el orden público y actuar eficazmente.

Esto refleja que mientras por un lado la actuación de la policía puede extralimitarse y no ser proporcional, por otro lado, puede ser nula, aun cuando “el uso de la fuerza (letal y no letal) es un medio necesario para que las relaciones sociales se desarrollen en paz y armonía, y así la colectividad se someta a las normas establecidas”⁸⁰.

De ahí que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la seguridad ciudadana es la posibilidad que tienen las personas de vivir en un espacio libre de violencia y crimen, implica el deber del Estado como garante y protector de los derechos humanos. Esto significa que ni el Estado, ni terceros pueden vulnerar los derechos del pueblo, ya que es el máximo deber del Estado, garantizar la protección ciudadana, así como el pleno y efectivo cumplimiento de sus derechos⁸¹.

De tal manera que, el uso progresivo de la fuerza es un instrumento legítimo que bien debe ser empleado por los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Su finalidad es la protección de la seguridad ciudadana y la prevención del orden público. En el

⁷⁹ “La defensoría del pueblo destaca los aportes de la sentencia emitida en el caso ‘Diana Carolina’ en la lucha contra la impunidad”, Defensoría del Pueblo, acceso el 8 de marzo de 2022. <https://www.dpe.gob.ec/la-defensoria-del-pueblo-destaca-los-aportes-de-la-sentencia-emitida-en-el-caso-diana-carolina-en-la-lucha-contra-la-impunidad/>

⁸⁰ Josué Alberto Yépez Hurtado, “El uso de la fuerza letal y sus consecuencias jurídicas para el funcionamiento policial” (tesis de maestría, Universidad San Gregorio de Portoviejo, 2022), 3, <http://repositorio.sangregorio.edu.ec/handle/123456789/2555>

⁸¹ CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 2009, 221.

Ecuador se encuentra que hace falta una correcta capacitación y formación a los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Los policías carecen del conocimiento adecuado sobre el uso progresivo de la fuerza y esto se ha visto reflejado en casos como el de Diana Carolina o el del policía Olmedo.

Mientras por un lado el uso legítimo de la fuerza puede recaer en la extralimitación de los agentes, incurriendo en el tipo penal contemplado en el artículo 293 del COIP, por otro lado, la no activación de este medio de defensa ha devenido en la imposibilidad de la policía de mantener el orden público y garantizar la seguridad ciudadana. El feminicidio de Diana Carolina pudo haber sido evitado si los policías hacían uso de la fuerza y neutralizaban al feminicida.

5. Discusión del estudio de caso

A continuación, el presente apartado, tiene como finalidad exponer la discusión del estudio de caso realizado desde la consecución de los objetivos planteados al inicio de esta investigación. Tal como se expuso previamente, la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Riobamba, proceso judicial No. 06282-2021-01091, encuentra culpable al policía Santiago Olmedo Gordillo, por el delito tipificado en el artículo 293 por la extralimitación de la fuerza en el ejercicio de sus funciones en su calidad de miembro en servicio activo de la Policía Nacional.

En ese sentido el Tribunal de Garantías Penales le impone al procesado “una pena de tres años cuatro meses de pena privativa de la libertad por la atenuante trascendental del artículo 46 del COIP”⁸² declarando la interdicción civil del sentenciado y fijando una indemnización por daños y perjuicios para la familia de cada víctima, por la suma de diez mil dólares, así como una multa de diez salarios básicos unificados por el delito cometido.

Para llegar a esta resolución, el Tribunal de Garantías penales concluye que el acusado “cometió un delito, es decir, infringió el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por un tipo penal (tipicidad), y cuya acción se le atribuye a éste en calidad de autor directo (culpabilidad) del tipo penal”⁸³. Como se puede ver desde el análisis de los elementos que configuran al delito como es la tipicidad, la culpabilidad y la antijuridicidad, el Tribunal de Garantías Penales llega a su decisión, encontrando al procesado responsable de la muerte de dos civiles.

⁸² Juicio No. 06282-2021-01091, 78.

⁸³ *Ibid.*

Sin embargo, lo curioso de este proceso es que, pese a que la normativa plantea una pena de diez a trece años por el delito de extralimitación de la fuerza que causará la muerte de una persona, el Tribunal condena al policía Olmedo al cumplimiento de un tercio de esa penalidad. Esto en razón de la existencia de dos atenuantes que los jueces de primera instancia consideraron aplicables dentro del presente caso.

Ahora bien, el policía Santiago Olmedo al ser parte de la Policía Nacional, institución encargada de hacer cumplir la ley, puede hacer uso legítimo de la violencia según como lo consagra el artículo 158 de la Constitución de la República del Ecuador. Sin perjuicio de lo anterior, el empleo de la violencia legítima por parte de los agentes de la policía debe ajustarse al Acuerdo Ministerial 4472 y al Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1979.

Frente a ello, es imperante que “el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional”⁸⁴, de manera gradual, progresiva y proporcional. Lo que implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden y deben hacer uso de la fuerza según las circunstancias. Sea con la finalidad de prevenir delito o para efectuar la detención legal de delincuentes. Lo que no sucedió en el caso del policía Santiago Olmedo, ya que el agente prescindió del uso progresivo de la fuerza incurriendo en una neutralización letal de los presuntos agresores.

En ese sentido, se puede ver que el Acuerdo Ministerial 4472 regula los niveles adecuados para el uso progresivo de la fuerza, desde el menor al mayor grado de letalidad en el empleo de la violencia legítima. El primer nivel busca la disuasión a través de la presencia de los agentes encargados de hacer cumplir la ley, el segundo nivel tiene que ver con la verbalización, órdenes o diálogo con la finalidad de evitar un altercado, y a partir del tercer nivel los agentes ya deben y pueden hacer uso de la fuerza física según corresponda, empezando por la restricción y control corporal de la persona infractora⁸⁵.

De ahí que los dos últimos niveles de uso de la fuerza se clasifican según el empleo de técnicas letales o no letales. Por lo que el cuarto nivel del uso de la fuerza tiene que ver con el uso de armas incapacitantes como el taser mientras que el último nivel tiene que ver con la fuerza potencial letal, es decir el empleo de armas de fuego para

⁸⁴ Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 2.

⁸⁵ Artículo 10, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

neutralizar la conducta que irrumpa con el orden público, solamente cuando se esté en riesgo la vida del agente policial o de un tercero⁸⁶.

Es decir, para que el agente pueda emplear la fuerza potencial letal, es preciso que el policía haya intentado neutralizar al infractor desde el uso de las técnicas de disuasión progresivas como es la verbalización, la restricción física, neutralización desde armas no letales, y en caso únicamente necesario, excepcional y proporcional, es posible hacer uso de la neutralización letal con arma de fuego. Así, el acuerdo ministerial 4472 regula que el uso de la fuerza policial sea incrementado de manera progresiva y gradual desde el más bajo hasta el más alto y viceversa.

Ahora bien, cuando el policía Olmedo no hace uso progresivo de la fuerza según los niveles planteados en el acuerdo ministerial 4472, no está violando el deber objetivo de cuidado, porque conocía claramente cuál es el protocolo aplicable, fue entrenado y capacitado para responder correctamente ante dichas situaciones. Actuó en conciencia de la antijuricidad de su conducta, aunque amparado en su deber de protección interna y de mantenimiento del orden público⁸⁷.

La normativa es clara cuando expresa que la Policía Nacional solo puede hacer uso de un arma de fuego con munición letal cuando se trate de un peligro real e inminente que ponga en riesgo la vida del agente o de una tercera persona. “(...) Sólo emplearán armas de fuego con munición letal (...) con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave (...) estrictamente inevitable para proteger una vida o la integridad propia o de terceros”⁸⁸.

Siendo el policía Olmedo un policía en servicio activo, quien recibió entrenamiento y capacitación para el uso de la fuerza, conocedor del reglamento que contiene el Acuerdo Ministerial 4472, el agente policial era consciente de la tipicidad de su conducta. Dicha normativa expresa que solamente cuando el presunto infractor oponga un grado de resistencia que genere una agresión letal⁸⁹, solamente en ese caso, el agente policial tiene el derecho y el deber de responder con un uso de la fuerza neutralizante y letal, esto en pro de resguardar tanto su vida como la de terceros.

Como se aprecia en el apartado previo, el uso de la fuerza como arma letal debe ser una última opción para todos y todas las agentes policiales, además que es necesario

⁸⁶ Artículo 10, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

⁸⁷ Artículo 158, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁸⁸ Artículo 14, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

⁸⁹ Artículo 12, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

que siempre que la policía haya hecho uso de la fuerza se genere un informe policial dirigido al superior jerárquico y al distrito de salud correspondiente para la adecuada estabilización y valoración psicológica de los agentes de la policía que recurrieron al uso de la fuerza, más aún cuando el resultado de esta fuerza policial devenga en la muerte de un tercero⁹⁰.

De tal manera que el servidor policial o de las fuerzas armadas, que en ejercicio de sus funciones haga uso de la fuerza debe proceder siempre desde el empleo gradual, progresivo y proporcional de la violencia legítima. Así como debe medir su neutralización según el grado de riesgo que represente el infractor de la seguridad pública, entendiendo que la normativa clasifica a los transgresores entre aquellos que representan un riesgo latente, cooperan, no cooperan, se resisten físicamente o agreden de manera fuerte y letal a la policía o a un tercero⁹¹.

De acuerdo a los niveles de resistencia del intervenido que plantea el Acuerdo Ministerial 4472, y en atención a los testimonios recabados durante el proceso judicial, los jueces encuentran que los presuntos infractores no representaban una verdadera amenaza contra la vida del policía, ni contra la vida del menor que fue defendido por los agentes, ya que los presuntos delincuentes se encontraban en fuga al momento de la acción ejecutada por el policía Olmedo.

Y pese a que el uso de la fuerza fue legítimo en tanto el agente policial se encontraba en ejercicio de sus funciones y fue una medida activada con la finalidad de mantener el orden público de conformidad con lo contemplado en el artículo 163 de la Constitución de la República, la muerte de dos personas a causa de la ejecución de un hecho lesivo que resulta en una neutralización letal de los presuntos infractores deviene en el cometimiento del delito tipificado en el artículo 293 del COIP.

En el caso del policía Olmedo, desde el principio de legalidad, su actuación fue orientada a lograr un objetivo legítimo, se buscaba detener al transgresor y a su cómplice con quien huía de la escena del crimen. Sin embargo, el acto cometido por el agente en el uso de la fuerza no fue proporcional, ni tampoco fue necesario, ya que, al momento de realizar los doce disparos por la espalda, no se encontraba en riesgo ni la vida del menor ni la vida del agente policial.

Se puede ver que la lesión era evitable en tanto no era necesario recurrir al uso del arma letal para neutralizar a los presuntos delincuentes, tampoco era necesario

⁹⁰ Artículo 31, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

⁹¹ Artículo 12, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

disparar por detrás, ni mucho menos hacerlo en doce ocasiones. Al respecto, la jurisprudencia de la CIDH indica que “existe intencionalidad cuando hay cierto grado de premeditación al generar una muerte”⁹², y esto se pone en evidencia durante el análisis que realiza el Tribunal de Garantías Penales al encasillar bajo la figura de dolo al delito cometido por el policía Olmedo.

Un delito culposo parte del precepto de que quien lo ejecuta no buscaba el resultado final que tuvo la acción, cuando el policía Olmedo dispara en doce ocasiones, está consciente del resultado final que puede llegar a tener su acción. Por lo que se descarta el delito culposo ya que fue el dolo lo que dio lugar a un resultado típico y antijurídico, en dónde la culpabilidad recae sobre el agente policial por la responsabilidad que tiene de autoría directa del delito.

Al respecto, la Fiscalía indica que la intervención policial para detener el atentado cometido al menor de edad tenía que limitarse a aprehender a los presuntos infractores poniéndolos a disposición de la autoridad competente para que se resuelva su situación⁹³. Por ello, el Acuerdo Ministerial 4472 precautela que en las detenciones de infractores el uso de la fuerza busque ocasionar el menor daño, velando por el respeto y la integridad del detenido.

De la misma manera, la normativa prohíbe que la detención implique tratos crueles o denigrantes, resguardando, ante todo, que el uso de la fuerza se haga de manera legal, necesaria y proporcional⁹⁴. El uso de la fuerza para neutralizar físicamente debe darse solamente cuando las técnicas no letales, entre ellas la verbalización y el control físico, no hayan causado los resultados esperados. Luego, la siguiente acción a aplicar es el empleo de una técnica que produzca un daño ínfimo en el agresor y una vez neutralizada la persona se la asegure evitando que provoque daños a sí mismo o a terceros⁹⁵.

“El uso de armas letales se realizará siempre que sea necesario, cuando no sea posible la utilización de otro nivel de fuerza, o en su caso, que hayan sido inoperantes los anteriores niveles de fuerza”⁹⁶. La CIDH indica que los instrumentos de coerción solo pueden ser utilizados cuando se hayan agotado o fracasado otras formas de control⁹⁷, de manera que, en caso de la necesidad del uso de armas letales, la o el servidor policial

⁹² Caso Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana, párr. 92.

⁹³ Juicio No. 06282-2021-01091, 55.

⁹⁴ Artículo 14, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

⁹⁵ Artículo 17, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

⁹⁶ Artículo 20, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

⁹⁷ Caso Familia Barrios c. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2011, párr. 49.

deberá considerar en todo momento los principios básicos del uso de la fuerza, legalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad.

Además, que, siempre que se haga uso de armas letales este deberá ser reportado mediante un informe y a través del respectivo órgano regular a la autoridad competente⁹⁸. Resulta interesante y también pertinente destacar que el Acuerdo Ministerial 4472 que expide el Reglamento para el uso progresivo de la fuerza de la Policía Nacional, abarque aspectos como la necesidad de asistencia psicológica a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Así, es deber del profesional de salud de la Policía Nacional, adoptar las medidas necesarias para brindar el tratamiento de salud mental apropiado al funcionario que haya empleado la fuerza durante su deber policial⁹⁹. Esta valoración psicológica es clave y es algo que no se ha abordado a lo largo del caso del policía Santiago Olmedo, esta intervención permite determinar si el agente no puede usar armas, requiere ser reubicado en otra área de trabajo, o requiere algún tipo de medicación o acompañamiento médico en salud mental¹⁰⁰, lo cual le corresponde al Estado como órgano garante.

Frente a ello, cabe analizar la pena impuesta por el Tribunal de Garantías Penales, se encuentra que dentro del análisis emitido por esta judicatura, los jueces optan por imponer una pena privativa de libertad de un tercio menor a lo dispuesto en el artículo 293 del COIP, y aunque la sentencia expresa que esto se da en razón de la existencia de dos atenuantes, el Tribunal de Garantías Penales solo es claro respecto de un atenuante, el atenuante trascendental contenido en el artículo 46 del COIP. De manera concisa, la sentencia expresa que:

Por el principio de legalidad sustantiva previsto en el artículo 76.3 de la Constitución de la República, la medida de la pena está dada en la ley y particularmente en el tipo penal que en el caso concreto es el previsto en el artículo 293 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal que determina un marco dado entre un piso y un techo, lo que se denomina principio de determinación legal relativo¹⁰¹.

Si bien el techo de la pena contemplada para el delito de extralimitación de la fuerza es de 10 años sin la existencia de agravantes. Un agravante o un atenuante implica el incremento o la disminución de la pena según corresponda, los jueces de primera

⁹⁸ Artículo 20, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

⁹⁹ Artículo 32, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

¹⁰⁰ Artículo 33, Acuerdo Ministerial 4472, 2014.

¹⁰¹ Juicio No. 06282-2021-01091, Tribunal de Garantías Penales, 73.

instancia al encontrar dos atenuantes a lo largo del proceso optan por condenar al policía Olmedo, con el mínimo previsto en el tipo penal reducido en un tercio¹⁰².

Se puede inferir que además de la atenuante trascendental que reza sobre la persona procesada que colabora en el suministro de datos verdaderos y relevantes, para la investigación¹⁰³, como fue el testimonio del policía Olmedo durante el proceso judicial. La otra atenuante trascendental que toma en cuenta el Tribunal de Garantías Penales para su decisión judicial se encuentra contenida en el artículo 45 del COIP referido anteriormente en el marco normativo.

De manera concisa el inciso tercero que implica brindar auxilio o ayuda voluntaria con la intención de disminuir los efectos de la acción. Circunstancia que es señalada por la defensa del policía Olmedo, cuando se apelaba a la existencia de la figura del error de tipo en la infracción cometida por el agente policial, argumento que fue rechazado por Fiscalía y por el Tribunal de Garantías Penales, quienes se ratificaron en la existencia de dolo en el cometimiento del delito.

Se puede ver a lo largo de los hechos suscitados el 11 de junio de 2021, que el policía Santiago Olmedo luego de disparar con su arma de fuego “solicitó que se llame a una ambulancia pidiendo auxilio a las unidades para que presten atención a las víctimas”. Poniendo en evidencia su deber consagrado en el artículo 163 de la Constitución de brindar protección y auxilio a la ciudadanía.

Por lo que, si bien el uso progresivo de la fuerza en agentes policiales y bajo las circunstancias en las que se encontraba el policía Olmedo fue legítimo, es necesario que este responda también a otros principios más allá del de legalidad, tal como el principio de necesidad, de proporcionalidad y de humanidad. Precautelando ante todo “el deber de cuidado, entendido como obligación de actuar prudentemente en situaciones peligrosas”¹⁰⁴ que requiere el uso progresivo de la fuerza.

El derecho a la vida y a la integridad de la vida prevalece tanto desde la normativa internacional como la nacional, por ello es imperante que el uso de armas de fuego sea una medida extrema y excepcional, que solo se activa frente a un riesgo real e inminente ante la vida propia o la de un tercero. Por ello, la normativa nacional como el

¹⁰² Juicio No. 06282-2021-01091, Tribunal de Garantías Penales, 73.

¹⁰³ Artículo 46, COIP.

¹⁰⁴ Hans Welzel, “El esquema del Delito”, 196.

Acuerdo Ministerial 4472, restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.¹⁰⁵

Los servidores de la Policía Nacional del Ecuador deben conocer de forma clara y correcta la normativa legal nacional e internacional respecto al uso de la fuerza letal para el cumplimiento del deber legal establecido en la Carta Magna del Ecuador, proteger y garantizar la seguridad interna y los derechos de las personas dentro del territorio ecuatoriano¹⁰⁶. Esto es esencial, ya que la incorrecta aplicación de la violencia legítima de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley puede incurrir en graves vulneraciones de derechos humanos, como el delito cometido por el policía Olmedo.

6. Conclusiones

Finalmente, para contestar la pregunta de investigación, cabe decir que los parámetros que determinan la extralimitación en el uso de la fuerza, delito tipificado en el artículo 293 del COIP, comprenden la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad y humanidad, reconocidos tanto por los instrumentos internacionales como por la normativa ecuatoriana. De ahí que el uso progresivo y legítimo de la violencia debe ser gradual y racional, aplicado desde diferentes niveles que contempla el Acuerdo Ministerial 4472.

Desde la legislación internacional se encuentra que el uso progresivo de la fuerza contempla una reglamentación que impide posibles vulneraciones a derechos humanos por abuso de poder en los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley como la policía y los militares. La normativa ecuatoriana sanciona la extralimitación como una conducta antijurídica tipificada en el artículo 293 del COIP. Esta normativa es reflejo del control judicial que debe ejercer el Estado frente al responsable uso de la violencia legítima en funcionarios como la policía.

De ahí que las teorías respecto del uso progresivo de la fuerza en los funcionarios encargados de cumplir la ley se plantean desde una visión pro-individuo que antepone ante todo el respeto a los derechos humanos como es el derecho a la inviolabilidad e integridad de la vida. Los estándares internacionales constituyen el marco regulatorio sobre el cual los Estados se ratifican e integran en su ordenamiento jurídico disposiciones que vayan en armonía con los mismos, como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

¹⁰⁵ Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 2.

¹⁰⁶ Josué Alberto Yépez Hurtado, “El uso de la fuerza letal y sus consecuencias jurídicas para el funcionamiento policial”, 3,

A lo largo de la investigación también se encontró que el uso de armas de fuego es un recurso de última ratio, es una medida extrema, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro la vida de otras personas. Circunstancia que fue valorada por el juez. Esto no sucedió en el caso del Santiago Olmedo, por ende, su culpabilidad. Ni el policía Olmedo ni el menor de edad a quien se intentó proteger se encontraban en un riesgo inminente, por lo que no fue proporcional ni necesario que se haga uso del arma de fuego letal.

El caso del policía Santiago Olmedo fue llevado a juicio, aunque resulta no ser un caso aislado respecto del abuso del poder de los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Mientras que, paradójicamente, existen otros casos como el de Diana Carolina en Ibarra, en dónde la policía resulta tener un rol inoperante frente a la violencia. Por ello, resulta necesario que, desde el ordenamiento jurídico, el poder judicial erigido desde los hacedores de justicia vele por el efectivo cumplimiento del cuerpo legal que emana de la Constitución.

Resulta bastante peligroso que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional hagan uso de la violencia sin parámetros que regulen el empleo de la misma, pudiendo devenir en situaciones de abuso de poder. Frente a ello es necesario que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tengan una capacitación constante y adecuada, para evitar situaciones como lo que pasó con agente policial Olmedo o con el caso de Diana Carolina, antes detallados.

Como recomendación, se puede decir que el acompañamiento psicológico es algo sumamente necesario, tanto para determinar si el funcionario encargado de hacer cumplir la ley es una persona apta para el uso de armas de fuego, como para acompañar a aquellos funcionarios que por diversos motivos han incurrido en el uso de la violencia legítima, más aún si el resultado de ello fue la muerte. Se puede decir que esa es una medida que le faltó disponer al Tribunal de Garantías Penales, derivar al policía Olmedo a un acompañamiento psicológico tras los hechos ocurridos en su servicio.

En el mismo sentido se considera que la defensa, en vez de haber argumentado desde la figura del error de tipo pudo haber planteado su teoría del caso desde el principio de legitimidad del uso de la fuerza, respondiendo de alguna manera o intentando responder por la legalidad de los doce disparos cometidos. Es esta legitimidad que tiene la policía para hacer uso de la violencia frente al crimen la que ha generado un considerable apoyo social e incluso presidencial hacia el policía Olmedo por su acción cometida.

Entre las limitaciones se puede decir que el presente trabajo únicamente analizó el Acuerdo Ministerial 4472 que contiene el Reglamento para el uso progresivo de la fuerza de la Policía Nacional. En una futura investigación resultaría interesante comparar dicha normativa con el Acuerdo Ministerial 179 que contiene el Reglamento para el uso progresivo de la fuerza en el personal de las Fuerzas Armadas, esto seguramente permitirá brindar un panorama más amplio respecto del uso progresivo de la fuerza en las diferentes instancias del Estado legitimadas para dicho ejercicio.

Otra limitación es que la presente investigación fue abordada desde la decisión tomada por los jueces de primera instancia. Por lo que, a la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales le quedan dos recursos, el recurso de apelación y el recurso de casación. Sin embargo, de cual pudiera ser el último fallo en caso del policía Santiago Olmedo, resulta necesario que el Estado innove y mejore el tipo de capacitación y acompañamiento psicosocial que se realiza a los agentes encargados de hacer cumplir la ley en materia de derechos humanos y el uso progresivo de la fuerza.