

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Obligación del Agente de Policía de Consumar un
Disparo Final Salvador**

Nicolás Mateo Andrade Saud

Jurisprudencia

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

Quito, 20 de noviembre 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: | Nicolás Mateo Andrade Saud |
| Código: | 00200037 |
| Cédula de Identidad: | 1720485307 |
| Lugar y Fecha: | Quito, 20 de noviembre 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 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UNPUBLISHED DOCUMENT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. 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>.

OBLIGACIÓN DEL AGENTE DE POLICÍA A CONSUMAR UN DISPARO FINAL SALVADOR¹

OBLIGATION OF THE POLICE OFFICER TO CONSUME A FINAL SAVING SHOT

Nicolás Mateo Andrade Saud
andrade07nicolas@gmail.com

RESUMEN

El presente ensayo jurídico analiza la facultad de un agente Policial a consumir un disparo final salvador frente a situaciones en donde la vida de una persona depende de la intervención policial; de esta manera, se cuestiona en qué medida un ordenamiento jurídico puede facultar u obligar a un agente de la policía a efectuar un disparo con munición letal, ocasionando la posible muerte del victimario con el objetivo de proteger la vida de un inocente. Por tal razón, se examina si el cuerpo policial es garante de la vida de una persona; es decir, si nos encontramos frente a un genérico “deber de garante” o ante un deber específico de protección. Así mismo se examina la relevancia jurídico – penal de la omisión de un funcionario policial ante la inminencia de un delito contra la vida.² Por último, se evidencian los problemas jurídicos que presentan los cuerpos normativos que regulan esta conducta policial.

PALABRAS CLAVE

Disparo final salvador, delito de máxima intensidad, omisión propia, omisión impropia, deber de garante, posición de garante.

ABSTRACT

This legal essay analyzes the faculty of a Police agent to carry out a saving final shot. In certain situations, a person attempts the life of another; in this way, it is necessary to propose if a legal system can authorize or oblige a Police agent to fire a shot with lethal ammunition, causing the possible death of the victimizer with the aim of protect the life of an innocent person. In this way, it is questioned if the police force is the guarantor of a person's life; that is, if we are facing a generic “guarantor duty” or a specific duty of protection. Likewise, is important to examine the legal-criminal relevance of the omission of a police officer in view of the imminence of a crime against life. Finally, the legal problems presented by the normative bodies that regulate this police conduct are evident.

KEY WORDS

Final saving shot, crime of maximum intensity, omission, improper omission, guarantor duty, guarantor position.

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 Waldo Salvador Santelices Iturra.

² En adelante denominado “delito de máxima intensidad”.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. EL AGENTE POLICIAL COMO GARANTE DE LA VIDA DE UN CIUDADANO.- 5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- 6. EL CARÁCTER PERMISIVO DE LA NORMATIVA PENAL.- 7. UN UTÓPICO CARÁCTER MANDATORIO DE LA NORMATIVA PENAL.- 8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción

Es controversial afirmar que la Policía Nacional pueda hacer uso de la fuerza letal de manera justificada, por tal motivo es necesario realizar determinadas preguntas: ¿el ordenamiento jurídico permite u obliga a un agente policial a consumir un disparo final salvador? ¿el cuerpo policial se encuentra revestido por normas de carácter permisivo o mandatorio para hacer uso de la fuerza letal? ¿en qué medida el cuerpo policial es responsable por omitir un curso causal salvador ante la inminencia de un delito de máxima intensidad? ¿el agente policial se encuentra en posición de garantizar la protección de la vida de un ciudadano que se encuentra bajo amenaza de muerte? ¿es factible que un ordenamiento jurídico obligue a un policía a ejecutar una conducta penalmente típica, lo que sería un homicidio doloso conforme a deber, con el fin de resguardar la vida de un inocente? A dar respuesta a estas preguntas nos avocaremos en el presente ensayo jurídico.

A raíz de la entrada en vigencia de la “Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza” en el presente año 2022, es pertinente analizar el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional, tópico que ha sido tan cuestionado y controvertido por la comunidad jurídica del país. De esta manera, en este ensayo jurídico se empezará haciendo mención sobre la dogmática penal que aborda el tema en cuestión, lo que vendría a ser la obligatoriedad de un agente policial a efectuar un disparo letal, a falta de otro medio eficaz menos lesivo, en contra de aquel infractor que atenta contra la vida de su víctima. Luego se observará la normativa actual que regula el uso legítimo de la fuerza

por parte del cuerpo policial, en especial el “uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo”.

De esta manera, es imprescindible analizar y cuestionar la posición de garante que tiene un agente policial cuando un derecho de primer orden, como es la vida, se encuentra bajo peligro inminente o amenaza de muerte. Es por tal razón que se debe precisar si efectivamente un agente policial es garante de la vida de un ciudadano. En consecuencia, para clarificar tal cuestión se formulará el planteamiento de un problema, es decir, se presentará un caso en donde el actuar del funcionario policial, por medio del uso de un arma de fuego con munición letal, es determinante para salvaguardar la vida de una persona, con el posible resultado de terminar con la vida del victimario.

De la misma manera, el presente ensayo tiene como objetivo examinar el carácter de la normativa penal cuando al uso de la fuerza se refiere; en otras palabras, se pretende esclarecer si tal normativa contempla un carácter permisivo que faculta a un agente policial a usar un arma de fuego con munición letal en una escena de máxima intensidad, o si, por el contrario, obliga al funcionario a emplear dicho medio. Por consiguiente, se analizará el sistema de causas de exclusión de la antijuridicidad, contemplado en el respectivo código orgánico, y la misma tarea se realizará al referirnos a la “Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza”³.

Por otra parte, considerando que exista la obligación de emplear el “uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo” y de que un deber específico de protección atribuya a los agentes policiales una posición de garante de la vida de los ciudadanos, se presentarán cuatro escenarios que podrían acontecer a raíz del problema central planteado, esto con el fin de deducir cuál sería el actuar de la Policía Nacional si tal acción, es decir, la de consumir un disparo letal en favor de un inocente que se encuentra amenazado por un infractor, sería incuestionablemente de carácter obligatorio. Por tal motivo, se hará referencia tanto a la omisión propia como a la impropia con la posibilidad de que en el escenario planteado pueda darse un concurso de delitos entre ambos tipos de omisión.

Por último, se propondrá posibles alternativas y soluciones que permiten que el actuar del cuerpo policial sea, además de justificado, obligatorio. Posiblemente, esa sería la única manera de que el proceder de la institución policial sea más precisa e incuestionable cuando al uso de armas de fuego con munición letal se refiere. Pues al

³ En adelante “LORULF”.

verse revestidos, los agentes policiales, por normas de carácter mandatorio y de un específico deber de garante, la vaguedad y abstracción con la que la normativa actual permite que un funcionario de la policía efectúe un disparo final salvador, pasaría a un segundo plano.

2. Estado del Arte

En el Ecuador son escasos los comentarios doctrinales acerca del uso de la fuerza por parte de la policía nacional, sobre todo con respecto al empleo de armas de fuego con munición letal, y más aún considerando la entrada en vigencia de la Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza. Es por esta razón que a lo largo de este acápite se observarán ideas doctrinales sobre juristas internacionales, en especial sobre Ivó Coca Vila, abogado español especialista en Derecho Penal, quien en la actualidad ha tenido gran auge a nivel nacional e internacional por sus análisis sobre temas tan controversiales como el del presente ensayo jurídico.

Al respecto, Vila comparte como idea general que existe bastante polémica al hablar del uso de la fuerza por parte de la Policía de forma justificada. De esta manera, en su escrito “Tirar a Matar en Cumplimiento de un Deber” esclarece ciertos escenarios en donde la única probabilidad de salvaguardar la vida de un individuo es utilizando un arma de fuego con munición letal. En su análisis plantea que “el disparo letal” supone acabar con una vida al mismo tiempo que evita la pérdida de otra; por tanto, o bien el agente policial consume el disparo acabando con la vida del agresor, o debido a su inactividad – omisión provoca el mismo resultado con la vida de un inocente.⁴ Coca Vila argumenta varias críticas en contra del Código Penal Español, de tal manera que afirma (lo resaltado me pertenece): “la panoplia de deberes de los agentes de policía depende en última instancia de una **norma permisiva**”.⁵ Hágase énfasis en las palabras resaltadas para una mejor comprensión de las siguientes líneas.

En concordancia, Coca Vila expone que un agente de Policía a falta de un medio eficaz menos lesivo para su proceder, no está obligado a no disparar al agresor.⁶ Sin embargo, la interpretación del precepto permite deducir que tampoco se encuentra

⁴ Ivó Coca Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento de un Deber* (Alemania: Universidad de Friburgo, 2017), 2.

⁵ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 3.

⁶ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 3.

obligado a hacerlo. Es precisamente este margen de discrecionalidad el que debería reducirse a cero, pues solo de esa manera se lograría tener certeza acerca de la obligatoriedad que recae sobre el agente policial para recurrir a la coacción, lo que es, la consumación de un disparo final salvador. De esta manera, Coca Vila sustenta que las normas penales del ordenamiento jurídico español “autorizan” a los agentes policiales a salvaguardar la vida de un individuo a costa de la del victimario.⁷

En consecuencia, Coca Vila es enfático al cuestionar las causales de justificación del Código Penal Español. Pues indica que los artículos referentes a dichas causales otorgan meras facultades, de las que el necesitado o un eventual auxiliante necesario puede valerse o no.⁸ En otras palabras, estas causas de justificación al verse revestidas por normas de carácter permisivo no hacen más que dar una solución – alternativa a aquellas situaciones de conflicto en donde al verse en peligro el bien jurídico de un individuo, la ley le permite valerse de dicha norma. Por lo tanto, en el marco del ordenamiento jurídico español, un agente policial al actuar bajo la figura del cumplimiento de un deber legal, considerando que el disparo letal es el único medio eficaz, tiene la facultad de emplearlo o no. En consecuencia, es evidente que: “no se deriva ningún deber de defensa, ni propia ni de terceros”.⁹

Por tal motivo, Coca Vila explica que al encontrarnos frente a un ordenamiento jurídico – penal que se considera liberal, sería un poco contradictorio suponer que dicho sistema además de facultar a un agente policial a recurrir al uso de la fuerza a través de las causales de justificación, pueda, a través de otras normas penales, efectivamente obligar a un agente policial a disparar mortalmente a un ciudadano. Es decir, analiza en qué medida un ordenamiento jurídico puede afirmar que sobre el agente policial recae el deber de disparar al agresor, suponiendo que solo así se evite el homicidio de un inocente.¹⁰ De ese ser el caso, entonces se tendría que analizar la valoración jurídico – penal que recaería sobre aquel agente policial que ha omitido su deber de salvar la vida de un individuo a costa de la de otro. Por tanto, sería indudable la relevancia penal que se desencadena si un policía omite una conducta salvadora al no impedir la muerte de un ciudadano al que estaría por ley obligado a salvaguardar.

⁷ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 4.

⁸ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 4.

⁹ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 7.

¹⁰ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 8.

Vila sostiene que la ley especial a la cual se remite el Código Penal Español se encuentra colmada de términos vagos y abstractos cuando a las tareas y principios de actuación de la policía se refiere. En consecuencia, esto genera que dichas disposiciones generales se presten a un amplio margen de discrecionalidad en lo que corresponde al actuar del agente. Por tanto, al momento de que la institución policial pretenda cumplir con aquellas funciones encomendadas legalmente, en especial el empleo de armas de fuego con munición letal, existe imprecisión en determinar si efectivamente debe actuar en el caso concreto o no. Sin embargo, también sería absurdo afirmar que aquel margen de discrecionalidad faculta al agente a permanecer completamente inmóvil en todo caso.¹¹

Es precisamente en este sentido que Di Fabio expresa que: “no toda actuación lesiva de un agente de policía es meramente facultativa”.¹² Es decir, el policía puede verse obligado en determinadas circunstancias a realizar una actuación dañosa. Justamente es aquel límite el que se procura examinar, es decir, en qué momento aquella facultad de no intervenir de la que goza el policía, en concordancia con el principio de oportunidad¹³, pasa a ser una obligación.¹⁴ De esta manera, Guzy manifiesta que: “en caso de reducción del margen de decisión discrecional la inactividad del agente policial es antijurídica”.¹⁵ Sin embargo, en contraposición, Zugaldía Espinar plantea que el hecho de que la institución policial se encuentre amparada para efectuar conductas lesivas justificables “no obligatorias”, no significa que exista en sí un deber de actuar como tal.¹⁶

Por otro lado, Zaczyk es determinante en su postura, él expresa que es incongruente derivar de aquella función genérica del estado, y por tanto del cuerpo de la policía, concretos deberes de garante de los agentes policiales. Pues si se pretende hacer exigible una actuación concreta, como lo es la consumación de un disparo letal, entonces no sería descabellada la idea de exigir lo mismo de los funcionarios públicos que con capacidad mediata o inmediata podrían evitar un delito.¹⁷ En consonancia, en palabras de Coca Vila: “ello no justifica per se que un agente de policía quede vinculado por un deber jurídico – penal de la máxima intensidad posible a evitar siempre y en todo momento la

¹¹ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 9.

¹² Di Fabio, *La Reducción de la Discreción* (1995), 222.

¹³ En este sentido, el principio de oportunidad hace referencia a la facultad que tiene un agente de la policía a intervenir o no intervenir.

¹⁴ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 11.

¹⁵ Gusy, *Polizei und Ordnungsrecht* (2017, 10a edición), 6.

¹⁶ José Miguel Zugaldía Espinar, *La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas* (1983), 25.

¹⁷ Rainer Zaczyk, *Zur Garantenstellung von Amtsträgern* (2004), 365.

realización de hechos delictivos”.¹⁸ Por lo tanto, al parecer es sumamente cuestionable aseverar que un agente policial tenga la obligación de evitar un delito contra la vida.

Precisamente es en este punto donde tanto Coca Vila como Zaczyk comparten criterios al establecer que es necesario identificar “un concreto acto libre e individualizado de asunción” en donde el agente policial de manera tácita asume un deber de máxima intensidad al aceptar el cargo frente a un peligro determinado y actual.¹⁹ En otras palabras, solamente si el agente de la policía debido a un acto voluntario se involucra determinadamente en una escena en donde el único medio eficaz para proteger la vida de un inocente es en efecto el empleo de un disparo letal, entonces sería exigible el actuar del mismo. Por tal motivo, en dicho escenario, la inactividad del funcionario policial sin duda acarrearía una imputación a su persona por la falta de implementación de un curso causal salvador.

Sin embargo, en el mismo escenario, en caso de que el policía observe cómo un individuo atenta contra la vida de un inocente - sin asumir por medio de un acto libre e individualizado de asunción un deber de la máxima intensidad – no sería fundamento suficiente la posición de garante del policía para esperar una conducta salvadora obligatoria por parte del agente; el policía no sería responsable por omisión al tolerar tal homicidio. Esto no significa en lo absoluto que tal omisión deba ser tratada como la de cualquiera otro individuo.²⁰ Es por tal razón que Coca Vila ha designado una nueva categoría de deberes, denominada “deber de competencia preferente”, distinta a los deberes de garante o de competencia plena y a los deberes de solidaridad mínima o de competencia mínima. Es decir, se trata de un deber que se fundamenta en aquellas obligaciones que se derivan de determinados actos de libertad del obligado.

Ahora bien, esta clasificación jurídico – penal a la que Vila titula “deber de competencia preferente” sí sería fundamento para clarificar determinados escenarios en donde un agente policial por un lado estaría amparado legalmente a actuar por medio del uso de un arma de fuego con munición letal, y por el otro sería imputado al omitir - infringir un deber positivo especial. Así pues, Coca Vila plantea que el agente policial que durante su rutina diaria observa como un sujeto predispone poner en riesgo la vida de su ex mujer, y sin embargo no se inmuta en actuar para velar por la vida de la víctima, no le sería atribuible el resultado – homicidio. Más bien, estaría infringiendo un deber de

¹⁸ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 18.

¹⁹ Rainer Zaczyk, *Zur Garantenstellung von Amtsträgern* (2004), 367.

²⁰ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 18.

competencia preferente, mismo que le obligaría indudablemente a evitar el injusto penal en condiciones distintas a las de un particular.²¹

3. Marco Normativo

Este acápite pretende reflejar al lector lo establecido dentro de la normativa internacional, la normativa interna y la jurisprudencia nacional sobre el uso de las armas de fuego, el uso de la fuerza, el cumplimiento del deber legal por parte de la Policía Nacional, y en general aquellos conceptos que se relacionen con dicha temática. De esta manera, se debe iniciar haciendo referencia al Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley emitido por la Asamblea General de la ONU en 1979. Este cuerpo normativo hace mención del empleo de armas de fuego en su artículo 3 literal c, donde se menciona que dichos funcionarios podrán recurrir al uso de la fuerza (en adelante, las frases resaltadas de los artículos citados me pertenecen): **sólo cuando sea estrictamente necesario** y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.²² Así mismo, considera que el uso de armas de fuego es una medida extrema, que será empleada **solamente cuando resulten insuficientes medidas menos extremas**.²³

Es oportuno dar la misma importancia a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, celebrado en la Habana Cuba en 1990. Dicho instrumento internacional considera que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley solamente harán uso de armas de fuego **cuando otros medios sean ineficaces**, es decir, que de ninguna manera logren garantizar el resultado previsto.²⁴ De la misma manera, sostiene que cuando sea inevitable el uso de armas de fuego se ejercerá moderación actuando en proporción a la gravedad del delito, por tanto, se respetará y protegerá la vida humana reduciendo al mínimo las lesiones y daños.²⁵ En consonancia, se manifiesta también que en cualquier circunstancia, solamente se emplearán armas letales de manera intencional **cuando sea estrictamente**

²¹ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 31.

²² Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 3.

²³ Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 3.

²⁴ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 4.

²⁵ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 5.

inevitable para proteger la vida, tomando en cuenta que otras medidas menos extremas para lograr dicho objetivo resulten insuficientes.²⁶

Del mismo modo, en dicho instrumento internacional se establece que las reglamentaciones y normas sobre el uso de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben especificar los escenarios en los que se permite portar armas de fuego, asegurando que estas sean empleadas solo en circunstancias apropiadas con el objetivo de disminuir los posibles daños innecesarios.²⁷ Además, se determina que solamente aquellos funcionarios que hayan culminado la capacitación necesaria – especializada para el empleo de armas de fuego podrán portarlas.²⁸

Ahora bien, en la normativa interna se debe iniciar con el análisis de la Constitución de la República del Ecuador, la cual dispone que la Policía Nacional se encargará de la seguridad de la ciudadanía al garantizar sus derechos dentro del territorio nacional.²⁹ Así mismo, la Constitución señala que la institución policial tendrá una formación basada en prevención y control del delito, y en el empleo de medios de conciliación y disuasión como alternativas al uso de la fuerza.³⁰ Por último, se establece que la Policía Nacional será una institución obediente, mas no deliberante, cumpliendo con su misión respetando estrictamente a la Constitución.³¹

Por otra parte, en el Código Orgánico Integral Penal se determina que no existe infracción penal cuando se actúa bajo el cumplimiento de un deber legal.³² Por tanto, se establece que existe cumplimiento del deber legal cuando un servidor de la Policía Nacional provoca daño, lesión o muerte a otra persona siempre que actúe bajo el amparo de su misión legal y constitucional al proteger un derecho propio o ajeno. Ahora bien, para que se pueda dar el cumplimiento del Deber Legal se deben reunir ciertos requisitos; debe ser realizado en acto de servicio o como consecuencia de este, se debe dar cumplimiento al uso legítimo de la fuerza regulado en la ley especial, y por último, debe existir amenaza o peligro inminente de lesiones graves o muerte hacia el derecho propio

²⁶ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 9.

²⁷ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 11.

²⁸ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 19.

²⁹ Constitución de la República del Ecuador, art. 163.

³⁰ Constitución de la República del Ecuador, art. 163.

³¹ Constitución de la República del Ecuador, art. 159.

³² Código Orgánico Integral Penal, art. 30.

o ajeno para que de esta manera se pueda recurrir al uso de armas de fuego con munición letal.³³

En conformidad, en la Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza se reglamenta que el empleo de la fuerza es permitido solamente cuando otros medios no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto o resulten ineficaces.³⁴ Así mismo, el uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo prescribe que el empleo de armas de fuego con munición letal es prohibido, salvo en defensa propia o de otras personas en razón del cumplimiento del deber legal, siempre que haya peligro o amenaza inminente de muerte o lesiones graves. Se dispone también que se debe procurar reducir en la medida de lo posible lesiones y daños, y del mismo modo se menciona que el funcionario de la policía solamente podrá valerse del uso intencional de armas de fuego con munición letal cuando sea absolutamente necesario y estrictamente inevitable.³⁵ Se fija que la fuerza intencionalmente letal es un nivel de uso legítimo de la fuerza, a través del cuál se permite el uso de armas de fuego con munición letal ante amenaza de muerte inminente del servidor o de terceras personas.³⁶ Se especifica también que el uso legítimo de la fuerza depende del nivel de resistencia, amenaza, ataque o agresión.³⁷

En dicha Ley Orgánica se considera agresión letal inminente o amenaza a aquella acción que pone en peligro inminente de muerte o lesiones graves al servidor o a terceras personas. De esta manera, este tipo de agresión permite que los funcionarios de la policía nacional acudan al uso legítimo de la fuerza potencial e intencionalmente letal.³⁸ Por tal motivo, las armas de fuego con munición letal son un medio para el uso legítimo de la fuerza.³⁹ Es importante también mencionar que los agentes de la policía nacional se encuentran en la obligación de identificar los medios disponibles menos lesivos, en base a los hechos y circunstancias para proteger la vida e integridad de las personas. De la misma manera, tienen la obligación de cumplir con todas aquellas pruebas psicológicas y técnicas relacionadas con el uso de armas de fuego.⁴⁰ Por último, se establece que

³³ Código Orgánico Integral Penal, art. 30.1.

³⁴ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 5.V.

³⁵ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 8.

³⁶ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 13.

³⁷ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 14.

³⁸ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 15.

³⁹ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 16.

⁴⁰ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 18.

ningún servidor público estará exento de responsabilidades por aquellos actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.⁴¹

En consonancia, el Reglamento de la ley de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía sostiene que solamente se podrá emplear armas de fuego con munición letal siempre que sea estrictamente inevitable para proteger la vida, sea propia o de terceros. Por lo tanto, en caso de peligro actual, real e inminente de muerte o lesiones graves hacia el funcionario u otra persona se podrá hacer uso de armas de fuego con munición letal, también se podrán emplear dichas armas con el objetivo de impedir la comisión de un delito que provoque una seria amenaza para la vida. En consecuencia, cuando sea inevitable el uso de armas de fuego con munición letal, la policía nacional considerará el nivel de resistencia del intervenido para de esa manera actuar en proporción a la gravedad del delito ejerciendo moderación. Así mismo, la policía deberá procurar actuar de tal manera que cause el menor daño posible.⁴²

4. El agente policial como garante de la vida de un ciudadano

Para analizar este acápite es necesario comprender ciertos fundamentos que han llevado a que el hombre pueda cohabitar pacíficamente en comunidad. En la teoría contemporánea de “El Contrato Social” se ha visto al Estado como garante de la seguridad de los ciudadanos para lograr convivir en sociedad. “Es el figurativo pacto o contrato social celebrado entre todos los miembros de la comunidad, el que limita la acción individual libre y natural a cambio de una convivencia social”.⁴³ Pues al ceder parte de nuestra libertad se ha obtenido una garantía en cuanto a la seguridad; es decir, hemos cedido libertad a cambio de seguridad y tranquilidad. Al menos de esa manera se justifica tal pacto social según Spinoza: “(...) por el miedo a la muerte violenta, acuerdan resignar racionalmente el estado de libertad en el que se encuentran y eligen subsumirse a ciertas leyes tipificadas por un soberano. A cambio, el soberano se compromete a garantizarles la seguridad y la paz necesaria para toda subsistencia”.⁴⁴ He allí el nacimiento del Estado como un garante de la seguridad en la sociedad.

Ahora bien, a raíz de lo expuesto, en la actualidad el Estado contempla tanto un deber negativo (de no injerencia) como un deber positivo (de protección),⁴⁵ en este último

⁴¹ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 20.

⁴² Reglamento de la ley de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía, art. 14.

⁴³ Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social* (2017, México), 25.

⁴⁴ Diego Herman, *Spinoza y la función del Estado para la libertad y ducha de los individuos* (2008), 13.

⁴⁵ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 7.

se fundamenta el deber constitucional que posee el cuerpo policial para actuar coactivamente con el objetivo de evitar hechos punibles e infracciones de orden público.⁴⁶ Por tanto, es correspondiente comprender la “posición de garante” por parte de la Policía Nacional; tal y como Jakobs lo ha mencionado: “autor de un delito de omisión solo puede ser el titular de aquel deber de responder”, por tanto, solamente aquella persona que tiene el deber de actuar en un determinado escenario se encuentra en posición de garante. Ahora bien, la cuestión sobre el deber de garante que tiene un funcionario policial para impedir delitos, como garante de protección de la seguridad social, se basa en la responsabilidad impuesta hacia el policía al momento que este acepta su cargo.⁴⁷

Caso contrario, si no existiese una posición de garante gravada en el cuerpo policial, entonces sería, en su totalidad, la discrecionalidad del policía la que predominaría al momento de intervenir en una escena que ponga en riesgo - peligro el bien jurídico de un ciudadano, en especial su vida. En consonancia, incluso se ha llegado a afirmar que los funcionarios de la policía, en virtud de sus facultades estatales de vigilancia y protección, deben intervenir siempre que exista amenaza contra un ciudadano, pues debido a su preparación y entrenamiento son capaces de tomar medidas más efectivas de las que puede tomar el propio individuo amenazado.⁴⁸ Esto no quiere decir en lo absoluto que las atribuciones de intervención de un funcionario policial sean más amplias que los derechos de defensa del ciudadano que se encuentra bajo amenaza,⁴⁹ todo lo contrario, pues el actuar de la policía en determinadas circunstancias está sujeto a restricciones específicas que no rigen para un individuo privado cuando al “uso de armas de fuego” se refiere.⁵⁰

En razón de la experiencia, preparación y equipamiento del cuerpo policial, se espera que sus funcionarios se encuentran en mayor capacidad para lograr resolver escenarios críticos, en especial aquellas situaciones en donde la vida de un ciudadano corre peligro. Es justamente de aquel cargo policial del que se deriva inmediatamente un deber de protección; para mejor entendimiento es necesario ejemplificar: aquel ex policía que ahora brinda un servicio privado, tiene al igual que un policía en servicio activo, más

⁴⁶ Seumas Miller, *Shooting to Kill: The Ethics of Police and Military Use of Lethal Force* (2016), 82.

⁴⁷ Michael Pawlik, *El funcionario policial como garante de impedir delitos* (2008), 9.

⁴⁸ Pawlik, *Funcionario Policial como Garante*, 11.

⁴⁹ Pawlik, *Funcionario Policial como Garante*, 12.

⁵⁰ Pues es necesario tomar en cuenta que un particular que actúa bajo “legítima defensa”, utilizando un arma de fuego, tiene menos restricciones que las de un agente policial al emplear dicho medio. Así mismo, es relevante mencionar que se parte de la premisa de que el individuo porta legítimamente el arma de fuego.

preparación, equipamiento y experiencia que un ciudadano común, sin embargo, sería irracional concluir que el primer individuo, tenga una posición de garante de protección frente a la ciudadanía como la que tiene un agente policial en servicio activo.⁵¹ De esta manera, se podría afirmar que un funcionario policial es titular de un deber propio que se deriva de su función. En relación, Stree argumenta que la conducta jurídico – penalmente relevante de los representantes del cuerpo policial se fundamenta con la idea de que el ciudadano ha renunciado a tomar medidas de seguridad privadas a raíz de la institucionalidad policial, por tal motivo la competencia sobre el uso de tales medidas de seguridad es imputable al Estado y por ende al policía interviniente, quien, por su propia predisposición a intervenir, se encuentra obligado como garante.⁵²

Ahora bien, a la posición de garante debe antecederle una causa jurídica, la cual da sustento material para afirmar que el agente policial tiene un deber jurídico penal de prevenir e impedir delitos. Tal causa jurídica nace por el hecho de que los funcionarios policiales, representantes del Estado, son quienes al resguardar los derechos de la ciudadanía permiten que las libertades jurídicas de los ciudadanos sean reales.⁵³ Por tal razón, el portador primario de la obligación de impedir delitos es el Estado a través de sus funcionarios policiales. A esto, hay que agregar el argumento de que los agentes policiales al incorporarse libremente al organismo policial, asumen funciones específicas de protección, de tal manera que el Estado libera de los particulares su deber primitivo de garantizar la seguridad interior, pues a través del pago de tributos que permite la existencia y funcionamiento de la institución policial, se espera que tal deber sea garantizado por dicha institución.⁵⁴

Luego de analizar el porqué el cuerpo policial es garante de la seguridad de la ciudadanía, es viable sustentar que tal institución bajo determinadas circunstancias se encuentra en la obligación de ejecutar acciones lesivas, e incluso penalmente típicas con el fin de resguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En consecuencia, es racional esperar que cuando de una “vida” se trata - derecho inherente y esencial de toda persona - la policía salvaguarde al individuo amenazado, pues esa es la base fundamental para que exista certeza y confianza de liberarnos de un “deber de seguridad” que ahora ha sido encomendado a un tercero para que vele por los derechos de la ciudadanía.

⁵¹ Pawlik, *Funcionario Policial como Garante*, 10.

⁵² Hellmuth Mayer, *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft* (1965), 31.

⁵³ Pawlik, *Funcionario Policial como Garante*, 13.

⁵⁴ Pawlik, *Funcionario Policial como Garante*, 14.

Precisamente por este motivo el sistema de causas de antijuridicidad, en lo relativo al “cumplimiento de un deber”, establecido como norma permisiva, contempla e instituye deberes que legitiman un comportamiento penalmente típico por parte de los funcionarios policiales.⁵⁵

En otras palabras, se permite la eventualidad de que un agente policial acuda a la causal de justificación “cumplimiento de su deber legal” con el fin de custodiar la vida de un ciudadano. Sin embargo, el problema jurídico que se deriva se ve reflejado en el margen de discrecionalidad del que goza un agente policial para actuar o no actuar en el caso concreto; y puntualmente en determinar cuándo aquella facultad discrecional se ve disminuida a cero, obligando al agente a recurrir a la coacción para el cumplimiento del deber de seguridad encomendado, en este caso, la obligación a consumir un disparo letal salvador con el fin de resguardar la vida de un individuo.

5. Planteamiento del problema

Asumiendo que solamente a través de un “disparo final salvador” - lo que en dogmática penal se conoce como “homicidio doloso conforme a deber”⁵⁶ - un policía pueda evitar un delito contra la vida de un inocente ¿podría este estar jurídicamente obligado a efectuar tal conducta? A raíz de esta pregunta y en base a un ejemplo puntual que se expondrá a continuación, se analizará si efectivamente sobre el agente policial recae el deber de disparar letalmente al victimario considerando que, a falta de otro medio eficaz menos lesivo, ese es el único medio posible para salvar la vida de un ciudadano. De esta manera, habrá que analizar la relevancia jurídico - penal de la actuación del cuerpo policial que pudiendo evitar el homicidio de un ciudadano, sin riesgo propio ni de terceros, omite tal conducta salvadora, actuación que impediría la consumación de un delito hacia una persona que por ley debe proteger.

Por tanto, con el fin de esclarecer el “deber ser” del actuar de la Policía Nacional se analizarán ciertas perspectivas. Por un lado, se examinará si el cuerpo policial posee cierta discrecionalidad para su proceder cuando una vida se encuentra en peligro a causa de su victimario, es decir, si dicha institución se encuentra revestida por normas de carácter permisivo que facultan el uso de armas de fuego con munición letal en un

⁵⁵ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 33.

⁵⁶ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 33.

escenario en donde ese sería el único medio eficaz para proteger una vida. Por otro lado, se cuestionará si realmente existe una obligación que exige un determinado actuar por parte de un agente policial en el caso expuesto. Por tal motivo, a continuación, se presentará el caso de Diana Carolina suscitado en la ciudad de Ibarra, pues a raíz de esto se pretende plasmar ciertos escenarios en donde la intervención de la Policía Nacional es determinante al momento de velar por la seguridad - vida de los ciudadanos.

En cuanto a los hechos del “Caso Diana Carolina”: el día 19 de enero del 2019, en la ciudad de Ibarra, un ciudadano, Yordis Rafael, en poder de un arma blanca de grandes dimensiones, tomó como rehén a su conviviente Diana Carolina. El agresor, mientras con una mano tomaba por el cuello a Diana, con la otra la apuntaba con un arma blanca a la altura del estómago. La víctima fue arrastrada por varias calles mientras varios agentes de la policía nacional presenciaban los hechos. Sin embargo, luego de una hora de que Diana Carolina haya sido rehén de su conviviente, este finalmente la apuñaló varias veces en el estómago. Horas más tarde, Diana Carolina falleció en el Hospital San Vicente de Paúl debido a la gravedad de sus heridas.⁵⁷

Ahora bien, en el caso de que el delito no se hubiese consumado y de que la Policía Nacional efectuare un disparo, el resultado sería, en el mejor de los escenarios, acabar con una vida evitando la pérdida de otra, lo que vendría a ser una conducta típica salvadora. Es decir, en este escenario, mientras Diana aún sigue con vida, a grandes rasgos el Policía tiene dos alternativas: o acaba con la vida del agresor - a falta de otro medio eficaz menos lesivo - por medio de un disparo final salvador, o debido a su inactividad provoca que el agresor acabe con la vida de la víctima. Es esta situación bifronte la que ocasiona que en la actualidad del Ecuador exista un debate sobre el alcance del uso de la fuerza letal del cual un policía puede valerse. El problema radica precisamente en determinar hasta qué punto puede un agente policial “usar la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo”; es decir, en usar un arma de fuego con munición letal en defensa de otras personas y en cumplimiento de su deber legal, siempre y cuando sea “estrictamente inevitable y absolutamente necesario”.

Por tanto, asumiendo que solamente a través de un disparo con munición letal se pueda evitar el delito, habrá que analizar si sobre el agente policial recae tal deber de “disparar”, es decir, si nos encontramos ante una obligación o ante una mera facultad que otorga un cierto margen de discrecionalidad a favor del cuerpo policial. Por otra parte,

⁵⁷ El Comercio, *El Femicidio de Diana Carolina* (2019).

será necesario indagar sobre el tipo de delito que configuraría la inactividad por parte de la policía, misma que se ha reflejado en la falta de gestión de un curso causal salvador. De esta manera, al tomar en cuenta que los agentes de policía son garantes de la vida de los ciudadanos, se tendrá que analizar si al incumplir su deber se les podría imputar el resultado delictivo no evitado como si activamente lo hubiesen provocado ⁵⁸, o si, por el contrario, simplemente quedarían sujetos a lo dispuesto en el artículo 291 del COIP, lo que vendría a ser un sanción por elusión de responsabilidades por parte de un agente policial en actos de servicio. Sin embargo, cabe resaltar que la posibilidad de un concurso de delitos de omisión propia e impropia es factible.

6. El carácter permisivo de la normativa penal

Es primordial examinar lo que dice la normativa vigente con respecto al uso de la fuerza letal por parte del cuerpo policial. Para esto, es necesario primero observar el artículo 163 de la Carta Magna, la cual contempla lo siguiente (hacer énfasis en lo resaltado): “(...) Los miembros de la Policía Nacional tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y **prevención del delito** y utilización de medios de disuasión y conciliación como alternativas al uso de la fuerza (...)”.⁵⁹ En otras palabras, la Constitución atribuye a la institución policial el deber de prevención del delito, sin embargo, como es de esperarse tales conceptos generales son los que acarrearán dificultades al poner en práctica una función estatal en un caso puntual. Pues, es sumamente complicado establecer hasta qué punto se encuentra facultado un agente policial para prevenir un injusto penal. Por tanto, se esperaría que la normativa jerárquica inferior, en específico, la ley especial de la materia, o en defecto su reglamento, se encarguen de solucionar este inconveniente, lo cual se analizará a continuación. Sin embargo, antes es necesario citar a la ley orgánica que tipifica la causal de antijuridicidad “cumplimiento del Deber Legal” que es análisis del presente trabajo (lo resaltado me pertenece):

Existe cumplimiento del Deber Legal cuando un servidor de la Policía Nacional, al amparo de su misión constitucional y legal, en protección de un derecho propio

⁵⁸ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 6.

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador, art. 163.

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 o legal, dentro de su procedimiento profesional, **cumpla los principios para el uso legítimo de la fuerza, establecidos en la ley de la materia;** y,*
- 3. Que exista amenaza o peligro inminente de muerte o lesiones graves, para sí o para terceros, en los casos **en los que se recurra al arma de fuego con munición letal.***⁶⁰

Cabe mencionar que dicho artículo, al ser una norma permisiva, otorga facultades de las que su titular, la policía nacional, puede disponer autónomamente.⁶¹ Es decir, el sistema de “causas de antijuridicidad” plasmado en nuestro código orgánico integral penal posee un carácter permisivo. De esta manera, la policía nacional tiene la apertura de acoplar su conducta a una causal de exclusión de antijuridicidad que le permite ocasionar lesión, daño o muerte a otra persona siempre y cuando se observen determinados supuestos. En otras palabras, hasta lo analizado, la policía no se encuentra jurídica penalmente obligada a recurrir al uso de armas de fuego con munición letal. Sin embargo, es algo totalmente comprensible, pues al ser una norma de carácter genérico no podría además de permitir, obligar al cuerpo policial a usar armas de fuego con munición letal. En definitiva, de tal causal de exclusión de antijuridicidad, no se deriva ningún deber de defensa que comprometa a la policía nacional a actuar en un caso puntual en donde la vida de una persona depende en última instancia de un disparo letal.

Ahora bien, esto no significa en lo absoluto que una norma distinta a la permisiva no pueda, en última instancia, obligar al cuerpo policial a efectuar un disparo letal con el objetivo de salvaguardar la vida de un inocente. En otras palabras, se tendrá que analizar si además de la facultad de disparar al victimario, derivada de una causal de exclusión de antijuridicidad, existe un deber de recurrir al uso de la fuerza letal para velar por la seguridad de un ciudadano.⁶² De esta manera, se puede asegurar que la valoración jurídico – penal de la renuncia a la defensa de la vida de una persona por parte del cuerpo policial, depende en última instancia de si sobre él, además de la facultad reconocida como una

⁶⁰ Código Orgánico Integral Penal, Art. 30.1.

⁶¹ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 3.

⁶² Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 4.

causa de exclusión de la antijuridicidad en el artículo 30.1 del COIP, recae adicionalmente el deber de ejecutar una conducta típica salvadora, lo que en el caso presente Coca Vila determina como la ejecución de un “disparo final salvador”.⁶³ En resumen, y en concordancia con nuestro ejemplo preliminar,⁶⁴ es indispensable cuestionarse si: ¿además de la facultad de disparar al victimario, existe el deber de recurrir al uso de la fuerza letal para salvar la vida de un ciudadano?

El citado artículo ⁶⁵ contempla el escenario del uso de armas de fuego con munición letal dentro del Deber Legal de la Policía Nacional, y al mismo tiempo redirige a principios del uso legítimo de la fuerza de la ley especial de la materia. De esta manera, es imprescindible citar la “Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza”. Dicho cuerpo normativo en su artículo 8 titulado “uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo” establece que (hacer énfasis en la palabra resaltada): “Se prohíbe el empleo de armas de fuego con munición letal o de impacto cinético contra las personas, **salvo** en los siguientes casos: a. En defensa propia o de otras personas en cumplimiento del deber legal, en caso de amenaza o peligro inminente de muerte o lesiones graves (...)”. Contrario sensu, se permite el empleo de armas de fuego con munición letal en los escenarios tipificados. El problema radica en cuestionarse si el hecho de que no prohíba - permita el uso de armas de fuego con munición letal en ciertas circunstancias, realmente “obliga” al cuerpo policial al empleo de dicho medio, o más bien solamente “faculta” al uso de tales armas. La respuesta no es muy complicada, pues la palabra resaltada es esencial para el presente análisis, de tal manera que, una vez más la Policía Nacional se encuentra facultada por la normativa vigente para el “uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo” a través del empleo de armas de fuego con munición letal en cumplimiento de su deber legal. En pocas palabras, en determinados casos se encuentra permitida dicha actividad por parte del cuerpo policial.

En este punto es importante hacer un breve análisis sobre lo dispuesto en el artículo 10 de la citada Ley Orgánica. Este artículo define los principios que rigen el uso legítimo de la fuerza: legalidad, absoluta necesidad, proporcionalidad, precaución, humanidad, no discriminación, y rendición de cuentas.⁶⁶ Se hará mención de aquellos

⁶³ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 20.

⁶⁴ Caso Diana Carolina

⁶⁵ Código Orgánico Integral Penal, art. 30.1.

⁶⁶ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 10.

principios que ameritan ser analizados para un mejor entendimiento del problema. Dentro del principio de “absoluta necesidad” se determina que la falta de disponibilidad o inexistencia de otros medios para tutelar la vida de una persona admiten el uso de la fuerza, sin embargo, es complejo tener certeza de cuándo “otros medios” sean inexistentes o indisponibles.⁶⁷ En “proporcionalidad” se tipifica que el daño que se espera provocar a través del uso legítimo de la fuerza deberá ser proporcional a la gravedad de la amenaza, mas no al medio empleado por el infractor. Por tal razón, para establecer el “nivel de uso legítimo de la fuerza” que se debe emplear dependiendo de la situación, se tiene que considerar: la gravedad e intensidad de la amenaza, el proceder del intervenido, el entorno con sus condiciones, y los medios que estén al alcance del servidor policial.⁶⁸ Por otra parte, en “precaución” se menciona que en la medida de lo posible la policía pretenderá minimizar el uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal con el fin de disminuir al máximo los posibles daños; por tal motivo, la interacción o contacto directo con él o los intervenidos deberá ralentizarse con el fin de evitar el uso de la fuerza, siempre y cuando dicho retraso no signifique una omisión del cuerpo policial al momento de prevenir acciones violentas o peligro hacia las partes involucradas.⁶⁹ Por último, es fundamental indicar que el principio de “humanidad” complementa, pero al mismo tiempo limita al principio de necesidad, pues prohíbe aquellas medidas violentas innecesarias, es decir, desproporcionadas e irrelevantes. De esta manera, el cuerpo policial debe tener la capacidad de diferenciar entre aquellos individuos que, por su actuar, representan una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellos que no constituyen tal amenaza; por consiguiente, el uso de la fuerza potencial o intencionalmente letal solo será válida contra los primeros.⁷⁰

Vale enfatizar nuevamente que el “uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo” es una norma de carácter permisivo, una facultad de la que su titular, el agente policial, puede valerse o no. Ahora, a esto indudablemente se debe agregar todo el articulado que a través de principios y niveles regula el uso legítimo de la fuerza, como lo anteriormente analizado en el artículo 10, y los artículos de la misma ley citados en el respectivo “Marco Normativo”. Es decir, para poder hacer uso de la fuerza potencial o intencionalmente letal se debe respetar y poner en práctica el procedimiento

⁶⁷ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 10. B.

⁶⁸ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza. art. 10. C y LORULF. art. 13.

⁶⁹ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza. art. 10. D.

⁷⁰ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza. art. 10. E.

tipificado por la Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, ley que pone gran peso en la capacidad de decisión y actuación del cuerpo policial para que este finalmente, debido al margen de discrecionalidad que presenta la normativa, resuelva si emplear el uso de un arma de fuego con munición letal ante una amenaza inminente de muerte de un ciudadano.

A esto, se deben sumar aquellos preceptos que se prestan a cierta subjetividad, conceptos tan recurridos que utiliza la normativa interna e internacional cuando al uso de la fuerza se refiere, y en especial la ley citada como también el reglamento vigente. Para ser más ejemplificativos vale citar ciertos fragmentos en los que se determina que solo se “podrá” hacer uso de la fuerza, uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal y en especial el uso de armas de fuego con munición letal cuando (lo resaltado me pertenece): “otros medios resulten ineficaces o no garanticen **de ninguna manera** el logro del resultado previsto”⁷¹, “sea estrictamente inevitable y absolutamente necesario”⁷², “la agresión letal **habilita** al servidor al uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal”⁷³, “resulten **insuficientes medidas menos extremas** para lograr dichos objetivos”⁷⁴, “sea **estrictamente inevitable** para proteger una vida”⁷⁵.

De cierta manera es comprensible el uso de tales preceptos puesto que en la normativa internacional se utiliza la misma metodología cuando al empleo de la fuerza por parte del cuerpo policial se refiere, ejemplo: “solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”⁷⁶, “cuando no pueda detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas”⁷⁷, “solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”⁷⁸, “sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”⁷⁹. Es por esta razón que todos aquellos enunciados que utilizan las palabras “habilita”, “podrá”, “permite”, “solo”, entre otras palabras y frases, ocasionan que el fin de la norma y por ende su puesta en práctica, se preste a distintas interpretaciones y denote imprecisión cuando al “acto” se refiere, con

⁷¹ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 5.V.

⁷² Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 8.

⁷³ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 15.

⁷⁴ Reglamento de la ley de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía, art. 14.

⁷⁵ Reglamento de la ley de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía, art. 14.

⁷⁶ Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 3.

⁷⁷ Código de Conducta para funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 3.

⁷⁸ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 4.

⁷⁹ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, art. 9.

un breve ejemplo: está permitido el uso de la fuerza – uso de armas de fuego con munición letal cuando resulten ineficaces otros medios menos lesivos, pero: ¿cómo saber y establecer con certeza cuándo se han agotado todos los medios eficaces menos lesivos?

Ahora bien, sería muy cuestionable atribuir al agente policial la capacidad de decidir si puede o no existir un medio eficaz menos lesivo para lograr el objetivo, lo que en este caso es salvaguardar una vida. Es en este punto donde la cuestionabilidad de la discrecionalidad la policía en delitos de máxima intensidad, derivada de normas con carácter permisivo toma cabida. Al parecer, sería mejor que la normativa, en específico la de la ley especial o su reglamento, muestre enfáticamente un carácter mandatorio para que de esa manera, en la medida de lo posible, se precise con claridad el deber de actuar de la policía nacional en un caso tan controversial y puntual como el referido. Justamente es por este motivo que, la abstracción y vaguedad con la que la normativa internacional e interna delimita el proceder de la Policía Nacional en casos concretos como el expuesto, permite deducir que tales preceptos con carácter general inducen a que exista un incuestionable margen de discrecionalidad por parte de los funcionarios policiales al momento de decidir si emplear armas de fuego con munición letal. Más allá de la mera técnica legislativa, en la materia que nos ocupa, indudablemente existe un problema a la hora de cuestionar el actuar de un agente policial en una escena de riesgo hacia la vida de un tercero por parte de su agresor, es decir, en un delito de máxima intensidad. Pues esto se deriva en razón de una manifestación del principio general de oportunidad⁸⁰ al momento de desempeñar las funciones que les han sido encomendadas a la institución policial.⁸¹

7. Un utópico carácter mandatorio de la normativa penal

Ahora bien, el reconocer que existe un margen de discrecionalidad en el actuar de un agente de la policía no significa en lo absoluto que tal funcionario pueda deliberadamente decidir si actúa u omite su proceder en cualquier circunstancia, de ese ser el caso, en nada se diferenciaría la función de un policía con la de un ciudadano que presta ayuda a un individuo necesitado en una escena de peligro. Es indiscutible que la cuestionabilidad sobre aquel margen de decisión por parte de un agente de la policía se

⁸⁰ En este sentido, el principio de oportunidad hace referencia a la facultad que tiene un agente de la policía a intervenir o no intervenir.

⁸¹ Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 10.

presenta únicamente en aquellos supuestos en donde su intervención podría evitar la consumación de un delito de la máxima intensidad, es decir, en tales situaciones en donde la actuación de la policía a través del uso de armas de fuego es determinante para proteger la vida de una persona, pero con el posible resultado de terminar con la vida de otra.⁸² Es precisamente en estos escenarios en los que se presenta una confrontación de posturas argumentativas, por una parte, aquellos que acogen la idea de que debería existir obligatoriedad en cuanto al actuar de la institución policial, y por otra, aquellos que respaldan la noción de que es correcto que la policía nacional goce de cierta facultad – discreción para proceder en su función. En consecuencia, mientras no exista precisión en los términos que determinan el actuar de los funcionarios policiales en casos tan específicos como el manifestado, siempre existirá polémica al momento de establecer si nos encontramos frente a una facultad o en presencia de un deber específico.

Para un mejor análisis, supongamos por un momento que el actuar de un agente policial en el caso específico presentado, revestido por normativa de carácter mandatorio, sería el de salvaguardar a toda costa la vida de la víctima debido a un deber específico de carácter legal. De esta forma, en dicho escenario,⁸³ el uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo a través del uso de armas de fuego con munición letal, a falta de otro medio eficaz menos lesivo, sería obligatorio. Por tanto, la omisión del curso causal salvador de los agentes policiales que presenciaron los hechos en el caso de Diana Carolina acarrearía que tales funcionarios sean imputados a través de un “concurso real de infracciones”:⁸⁴ por omisión propia en razón del artículo 291 del COIP y por omisión impropia en razón del deber de garante que tiene el agente policial,⁸⁵ y en tal caso imputando la conducta omitida como si activamente se la hubiese efectuado, es decir “femicidio”.⁸⁶

Siguiendo este enfoque, en el que predomina el deber de actuar del agente policial sin margen de discrecionalidad, es necesario ilustrar los distintos escenarios que podrían ocurrir en un caso como el presentado. Para una apropiada comprensión de estas cuatro situaciones próximas a exponer, es relevante ilustrar una vez más el escenario preliminar:

⁸² Vila, *Tirar a Matar en Cumplimiento*, 12.

⁸³ Caso de Diana Carolina

⁸⁴ Código Orgánico Integral Penal, art. 20.

⁸⁵ Es discutible imputar a un agente policial una omisión impropia cuando dicha omisión se deriva de una posición de garante genérica. Por tal razón, en adelante, cuando se mencione “omisión impropia” se refiere a una mera posibilidad de imponer una pena.

⁸⁶ Es preciso mencionar que esto también es un tema de debate, pues la generalidad con la que el artículo 291 del citado código determina la omisión de un agente policial permite que nos cuestionemos sobre si en realidad estaríamos frente a un caso de omisión propia o impropia.

una mujer es amenazada de muerte, el victimario la toma de rehén de tal manera que un simple acto de defensa por parte de ella podría suponer un grave riesgo hacia su vida, pues el agresor con una mano la toma del cuello mientras que con la otra la apunta con un cuchillo en el estómago amenazando reiteradas veces con acabar con su vida. Un grupo de policías es espectador de tal suceso, de tal manera que existen ciertos supuestos en los cuales la acción u omisión de la Policía Nacional es determinante para salvaguardar la vida de la víctima, ya sea la ejecución de un curso causal salvador o la falta de este.

El primer supuesto se reduce al hecho de que el agente policial ejecute un disparo final salvador. Lo que en este caso sería el empleo del uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo, lo cual conlleva a un disparo de arma de fuego con munición letal. En este escenario el funcionario de la policía efectúa el disparo de tal forma que termina con la vida del agresor. Es decir, en amparo a la causal de justificación del “deber legal”, y del hipotético mandato legal, se protege la vida de un tercero de tal manera que, para evitar un resultado no deseado se justifica una conducta típica salvadora, salvando una vida a costa de otra. Por tal motivo, el agente policial viéndose en la obligación de disparar se encuentra plenamente amparado por la ley para efectuar dicha acción. En consecuencia, el deber legal de la policía nacional se ha visto cumplido, y en este caso con un resultado esperado. Sería incongruente especular que se pueda seguir alguna acción penal en contra del funcionario cuando ha respetado la ley y sus funciones.

Un segundo escenario se presenta cuando el agente policial al dar cumplimiento a su deber legal que le obligaría en el caso específico a disparar un arma de fuego con munición letal, falla el disparo de tal manera que la bala alcanza un órgano comprometedor de Diana, ocasionando que la víctima pierda su vida.⁸⁷ En este caso hipotético el funcionario sin duda ha ejercido su función, sin embargo, habría que analizar si en concordancia con el artículo 18.k de la Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, el agente involucrado ha respetado su obligación de dar cumplimiento a las evaluaciones técnicas y psicológicas relacionadas con el uso de armas de fuego.⁸⁸ De ser positiva la respuesta, el policía estaría amparado legalmente, pues además de actuar bajo la figura de una causal de justificación, estaría en cumplimiento de un deber específico. Por otro lado, si la respuesta es negativa entonces habría que analizar de qué manera se

⁸⁷ En este punto es imprescindible cuestionar si el agente policial podría hacer uso de la fuerza letal contra el victimario después de que lo que pretendía defender, la vida de la víctima, a dejado de existir.

⁸⁸ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, art. 18.k.

tendría que penar al agente, tal vez en este caso sería debatible, debido a la inobservancia del artículo 18.k, atribuirle la conducta penada en el artículo 293 del COIP: “extralimitación en la ejecución de un acto de servicio”. Así mismo, se tendría que cuestionar la posibilidad de imputar al agente policial por homicidio culposo.

El tercer posible escenario se muestra al contemplar una conducta omisiva por parte del agente de la Policía Nacional. Es decir, el presente supuesto denota lo que realmente sucedió en el caso de Diana Carolina. La diferencia esencial es que nos encontramos bajo la suposición de que un agente policial tenga efectivamente el deber de actuar en un caso tan puntual a través del empleo del medio requerido, lo que es un arma de fuego con munición letal. De esta manera, el agente de la policía al no realizar la conducta que legalmente se encontraría obligado a ejecutar, omitiendo la ejecución de un curso causal salvador, provocaría que se le aplique la sanción tipificada en el artículo 291 del COIP; es decir, la elusión de una actividad en un acto de servicio por parte de un agente policial genera que el funcionario que omitió tal obligación cumpla con una pena privativa de libertad de seis meses a un año.⁸⁹ Además, a través de un concurso de delitos se le aplicaría el artículo 141 - “femicidio” - del mismo código, en razón de una omisión impropia. En otras palabras, se le tendría que atribuir un delito por omisión propia más un delito por omisión impropia.

Por último, un cuarto escenario viable sería aquel en el que como idea general el agente policial realiza un disparo de un arma de fuego con munición letal y falla en el resultado deseado, que es salvaguardar la vida de la víctima. Dentro de este caso hipotético se contemplan determinados supuestos. Primer supuesto: que el disparo alcance al victimario pero que no lo inmovilice, de tal manera que este logre su objetivo, lo que vendría a ser terminar con la vida de Diana. Segundo supuesto: que el disparo hiera a Diana y el victimario debido al altercado acabe con la vida de la víctima. Tercer supuesto: que el agente policial falle el disparo sin comprometer a Diana o a su agresor ocasionando el mismo resultado que en el primer y segundo supuesto.

Consecuentemente, es incuestionable que el funcionario policial ha respetado su obligación actuando bajo el cumplimiento del Deber Legal y de una norma con carácter mandatorio, pues se ha visto obligado a emplear el uso potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo. Por tal motivo, presumiendo que el agente haya cumplido con las evaluaciones psicológicas y técnicas relacionadas con el uso de armas de fuego,⁹⁰ y que

⁸⁹ Código Orgánico Integral Penal, art. 291.

⁹⁰ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza art. 18.k.

el disparo haya fallado por temas de precisión muy minuciosos, sería incuestionable el actuar de la Policía Nacional. Ahora bien, si el resultado no deseado, lo que es la pérdida de la vida de la víctima, se debe efectivamente a un disparo mal ejecutado, de tal manera que falla irracionalmente, entonces allí sí sería fundado el cuestionamiento hacia el proceder del agente policial, pues se presume que son personas preparadas y precisamente su equipamiento, experiencia y preparación garantizan en cierta medida un resultado esperado.

8. Conclusiones y recomendaciones.

La normativa penal vigente con carácter permisivo incuestionablemente faculta al policía en su proceder para el “uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo”⁹¹, sin embargo, en contraste, hay quienes afirman que el cuerpo policial al ser garante de la seguridad de los ciudadanos y en última instancia de su vida, tienen el deber de actuar más allá del carácter permisivo de la ley. Sin embargo, al no poder sustentar y afirmar que existe una obligación de protección debido al carácter permisivo de las normas penales, la respuesta, por más que exprese desacuerdo e inconformidad, y a pesar de la posición de garante encomendada a la institución policial anteriormente analizada, se resume en que el agente policial tiene el permiso de hacer uso legítimo de la fuerza en sentido restrictivo. Pues es acertado sostener que, ni el vago y abstracto recurso a la teoría del “contrato social”, ni aquel argumento del carácter voluntario del ingreso del agente policial a la respectiva institución, ni el análisis de la preparación, equipamiento y experiencia del cuerpo policial, son fundamentos suficientes para atribuir a un policía un deber de carácter genérico que predisponga siempre y en toda situación evitar delitos de máxima intensidad.

Ahora bien, al parecer, una posible solución para evitar conflictos interpretativos y argumentativos sobre el proceder de la institución policial cuando la vida de una persona se encuentra en peligro, considerando que la única alternativa práctica de cesar con aquella amenaza es comprometiendo la vida del amenazante, sería la de tipificar el “uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal en sentido restrictivo” como una norma de carácter mandatorio. Es decir, en la medida de lo posible disminuir al máximo aquel margen de discrecionalidad que reviste a la actuación del agente policial. Sin embargo,

⁹¹ Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza art. 8.

es válido mencionar que entonces sería necesario ahondar sobre la moralidad y legalidad de que un ordenamiento jurídico que se considera liberal, tenga la capacidad de imponer una obligación que comprometa la vida de un ciudadano. Es decir, que exija una determinada actuación por parte del funcionario policial con el fin de precautelar la vida de una persona, considerando que eso pueda conllevar terminar con la vida de otra.

Mas allá de esta factible complicación, se debe examinar lo que realmente sucedería en la practica. De esta manera, si el deber de la Policía Nacional a efectuar un disparo con munición letal sería de carácter obligatorio, aquel margen de discrecionalidad por parte de la policía, como también el debate de interpretación sobre si existe una facultad a través de normas permisivas o un deber, desaparecerían. Entonces, la precisión con la que la institución policial actuaría en un caso puntual, como el preliminar, al sentirse amparados por una norma de carácter mandatorio sería incuestionable; pues la abstracción y vaguedad con la que el código y la ley orgánica de la materia, y en consecuencia su reglamento, definen los principios de actuación de un agente policial frente a un delito de máxima intensidad, pasarían a un segundo plano.

Por tal razón, en determinadas situaciones el deber de la policía a efectuar un disparo final salvador no solamente estaría justificado - permitido por el sistema de causas de antijuridicidad, sino que además sería obligatorio por la ley especial. Es decir, a través de un correcto actuar acorde a la ley por parte de un agente policial, el resultado de la acción estaría amparado por la normativa penal, y en el supuesto de que el agente omita una conducta salvadora, sin duda estaríamos ante un caso de omisión. Ahora bien, el problema que se presenta es que dicha inactividad solamente podría ser penada como “omisión propia” a través del art. 291 del COIP, con un máximo de pena de un año, artículo que contempla la omisión de un funcionario policial de manera genérica. Por tanto, para efectivamente poder imputar una “omisión impropia” a un agente de la policía, sería necesario instituir en sus funciones un específico deber de garante. Para ser más preciso, la necesidad y urgencia de tipificar un deber específico que imponga una indiscutible posición de garante sobre el agente policial ante un delito de máxima intensidad, obligando así al funcionario a disparar, a falta de un medio eficaz menos lesivo, y en miras de salvaguardar la vida de un inocente a costa de la de su infractor, es absolutamente necesaria y pertinente.

Ahora bien, para que este nazca, es determinante que el agente policial de manera individualizada reactualice la aceptación de su cargo frente a una escena de peligro de máxima intensidad, en donde un disparo final salvador sea la única solución para

resguardar la vida de un inocente. De esta manera, solamente este segundo acto de libertad⁹² es el que legitima la atribución de un deber de máxima intensidad al agente policial. Por tanto, la falta de observancia e infracción hacia tal deber provocaría que el policía sea imputado penalmente por el resultado no evitado como si activamente lo hubiese generado, es decir, comisión por omisión. Independientemente de la fuente que daría nacimiento a aquella posición de garante a través de un deber específico de protección, ya sea la ley, el contrato, o ambas, provocaría que la inactividad del agente policial, además de adecuarse a la omisión propia tipificada en el COIP como “elusión de responsabilidades”, conlleve a que su conducta sea imputada por comisión por omisión, lo que es una omisión impropia. En consecuencia, la inobservancia e incumplimiento del deber causaría que el agente o agentes policiales intervinientes, sean penados por aquel resultado delictivo no evitado como si activamente lo hubiesen provocado. Por tanto, aquella desarrollada pero abstracta tesis según la cual un agente policial tiene la obligación por un “deber de garante genérico” a evitar todo hecho delictivo que presencie o del que tenga conocimiento, sería inconsistente. Por tal motivo, una vez que el agente asuma en su cargo un deber específico, comprometiéndose a tal deber de manera voluntaria, entonces el policía que dispara mortalmente contra un individuo - agresor que atenta contra la vida de su víctima, en razón de su posición de garante y a falta de un medio eficaz menos lesivo, efectivamente actuaría conforme a derecho.

Por otra parte, es sumamente importante tomar en consideración que los agentes de la policía nacional, en estos casos de máxima intensidad, sean sometidos a fueros especiales de Corte, pues eso sería un respaldo legal para la actuación del funcionario policial; al estar bajo la competencia de un juez especial, habría mayor protección y amparo hacia el agente de la policía al momento de hacer uso de armas de fuego con munición letal. Se debe tomar en cuenta que el beneficiado de todo esto no es el policía en sí, sino la ciudadanía, pues al sentirse amparada por una oportuna actuación policial, se evita que la sociedad conviva en zozobra. Para ir terminando, es necesario mencionar que el exceso de discrecionalidad en el actuar de un agente de la policía, elimina la responsabilidad legal del Estado de proteger la vida un ciudadano; pues en razón del carácter facultativo de la ley se presenta la eventualidad de que la omisión de un policía, que presencia un delito de máxima intensidad como un mero observador, quede en

⁹² Considerando que el primer acto de libertad es el ingreso del agente policial a la institución, en donde se le atribuyen deberes de protección genéricos.

impunidad. Por último, es comprensible que existe discordia sobre el tema tratado, más que nada considerando que ambos extremos⁹³ son muy delicados, sin embargo, habrá que preguntarse ¿cuál garantiza – protege más la vida de un ciudadano? La respuesta es evidente.

⁹³ Por un lado, el carácter facultativo de la normativa penal, y por otro el posible carácter mandatorio de esta.