

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Omisión y uso progresivo de la fuerza: ambigüedad
paradójica de su inobservancia**

Nicole Erazo Vizcaíno

Jurisprudencia

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

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: Nicole Erazo Vizcaíno

Código: 00205816

Cédula de identidad: 1751472307

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>

**OMISIÓN Y USO PROGRESIVO DE LA FUERZA: AMBIGÜEDAD
PARADÓJICA DE SU INOBSERVANCIA¹**
***THE OMISSION AND THE PROGRESSIVE USE OF FORCE: PARADOXICAL
AMBIGUITY OF ITS NON-OBSERVANCE***

Nicole Erazo Vizcaíno²
nickie11erazo@gmail.com

RESUMEN

¿Hasta qué punto la inobservancia jurídica del uso progresivo de la fuerza por parte del personal policial se considera una modalidad de omisión propia? En el presente trabajo se analiza la posición de garante de los miembros de la Policía Nacional, la convergencia entre la omisión propia y el uso progresivo de la fuerza, abordando el estudio de la regulación de la omisión desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana, así como los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. De igual forma, se analiza el Caso Mascarilla, y los elementos para justificar la aplicación del uso de la fuerza; el mandato legal, el dolo, la capacidad, la posición de garante y la situación que pone en riesgo determinados bienes jurídicos protegidos. Se concluye con una crítica al desconocimiento en la aplicación de los principios y ambigüedad de terminología en el contexto de la omisión y uso progresivo de la fuerza.

PALABRAS CLAVE

Omisión propia; uso progresivo de la fuerza; agentes policiales; posición de garante; principios.

ABSTRACT

To what extent is non-compliance with the law on the progressive use of force by police personnel considered a form of omission of their own? This paper analyzes the position of guarantor of the members of the National Police, the convergence between own omission and the progressive use of force, addressing the study of the regulation of omission from the perspective of Ecuadorian legislation, as well as the principles of legality, necessity and proportionality. Likewise, the Mascarilla Case is analyzed, as well as the elements to justify the use of force; the legal mandate, intent, capacity, guarantor position and the situation that puts at risk certain protected legal assets. It concludes with a critique of ignorance in the application of principles and ambiguity of terminology in the context of omission and progressive use of force.

KEYWORDS

Proper omission; progressive use of force; police officers; guarantor position; principles.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022
Fecha de publicación: 20 de noviembre 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 de 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 que dan sujetos a los dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a los dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN. 2. ESTADO DEL ARTE. 3. MARCO NORMATIVO. 4. OMISIÓN: CONCEPTO, ORIGEN Y CLASIFICACIÓN (MARCO TEÓRICO). 5. LAS ACTUACIONES POLICIALES Y EL USO PROGRESIVO DE LA FUERZA. 6. ANÁLISIS DE CASO: CASO MASCARILLA. 7. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Cuando se piensa en quienes son más proclives a cometer un delito de omisión, la primera idea se relaciona a aquellas personas encargadas de hacer cumplir la ley y mantener el orden: ineludiblemente surge la figura policial que tiene la obligación legal de intervenir en caso de que una persona se encuentre en peligro. La función policial consiste en garantizar la seguridad e impedir que, ante potenciales o inminentes situaciones de riesgo, se vulneren los bienes jurídicos protegidos de los individuos civiles.

Si bien en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen varias leyes que especifican las situaciones en las que los policías tienen permitido y/o justificado omitir la realización de una acción para evitar un resultado dañoso, existe un gran problema en la aplicación de la teoría a situaciones de la vida real. De este modo surge un inconveniente, pues si la figura de la omisión está bien descrita en los textos legales, ¿hasta qué punto la inobservancia policial del uso progresivo de la fuerza se convierte en una figura de omisión en la vida cotidiana? ¿Qué impide al agente policial intervenir cuando frente a sus ojos está ocurriendo una persecución en la cual podría mediar para evitar consecuencias dañinas o letales, pero aun así no lo hace?

Cabe indicar que tanto el proceder policial y la omisión están ampliamente descritos, así como también es evidente la problemática asociada al momento de hacerlos compatibles. Son varios los factores que gravitan en torno a esta circunstancia: el temor a incurrir en el uso irracional, desproporcional e innecesario de la fuerza policial; la posible advertencia de ser condenados al pago de una pena o incluso el recelo ante sanciones orientadas al cese de sus funciones. Frente a este complejo escenario, surge la disyuntiva policial: dejar de actuar (incurrir en una omisión, en un no hacer) o hacer demasiado y exceder los límites de intervención permitidos, y, por consiguiente, que su acción sea catalogada como exagerada.

En virtud de lo referido, en las siguientes páginas se analizará hasta qué punto la inobservancia jurídica del uso progresivo de la fuerza, por parte del personal policial, es considerada una modalidad de omisión propia.

Se advierte esta indiscutible dicotomía entre el hacer y no hacer, accionar o abstenerse de actuar, entonces, ¿cómo asumir los casos en donde un policía tiene riesgo de incurrir en cualquiera de las dos conductas? En el presente trabajo investigativo se abordarán estas situaciones: se analizarán los casos en los que las omisiones están permitidas para los miembros de la Policía Nacional; se estudiarán los reglamentos a seguir y se demostrará que, a diferencia de lo que comúnmente se piensa, los policías no siempre tienen la obligación de actuar y que varias veces, sus omisiones están legalmente justificadas porque existen situaciones en las que abstenerse de realizar una acción, resulta mucho más útil, inteligente y profesional que el proceder desproporcionalmente y ocasionar más daño. En este caso en particular, se empleará la metodología cualitativa.

Según puede observarse, existe una delgada línea entre el dejar de actuar y el actuar desproporcionadamente. Las dos variables en consideración se relacionan en una dinámica paradójica que las ha hecho objeto de cuestionamiento, cuyo origen se remonta a desconocer la normativa preexistente y al temor de incurrir en un exceso de sus funciones.

A continuación, se realizará una exploración documental que refiera cuáles han sido las investigaciones que han abordado este problema. Con estos antecedentes se procederá a efectuar el análisis y tipología de las dos figuras jurídicas en consideración: la omisión y el uso progresivo de la fuerza policial para contar con suficientes elementos de juicio que permitan arribar a procesos interpretativos, concluyentes y significativos que demarquen con mayor claridad el límite entre las variables aludidas.

2. Estado del Arte

Álvarez Reátegui (2014) expone en su tesis: “El uso ilícito de la fuerza durante las protestas sociales y las violaciones a los Derechos Humanos. El caso peruano 2003-2011” cómo la intervención policial y militar ante manifestaciones de tinte social cobró matices ilícitos en tanto se privilegió la represión sobre el uso progresivo de las dos fuerzas de control. En este trabajo se identifica la conjunción de factores normativos, institucionales y sociales en donde la coherencia de su aplicación no ha estado en consonancia con los principios básicos de legalidad, necesidad y proporcionalidad. En el análisis de orden documental se

genera una exposición de las condiciones contextuales que rodearon los levantamientos sociales entre 2003 y 2011; la participación de la Policía y Fuerzas Armadas; el uso ilícito de las acciones interpuestas y la existencia de violaciones a los Derechos Humanos. Entre los resultados principales se esgrime que el rol de las fuerzas del orden se tradujo en represión, violencia, originadas en el desconocimiento y precaria formación de quienes son parte de la Policía y Ejército peruano³.

Por su parte, Cevallos Izquierdo (2020) en su tesis de Maestría: “Uso progresivo de la fuerza policial Estudio de los lineamientos en Ecuador en perspectiva comparada con Perú y Colombia”, se traza como objetivo realizar el análisis conceptual y jurídico del uso de la fuerza policial, dentro del contexto estatal llamado a velar por la seguridad de los ciudadanos y el orden público. Metodológicamente se recurre al análisis que involucra una exploración sobre el rol y responsabilidad del Estado para cumplir con la misión que le compete; el segundo momento de análisis se centra en el estudio jurídico y doctrinario del uso de la fuerza policial en atención a acciones importantes tales como, la legítima defensa, concepto distinto al de la fuerza policial. Los análisis efectuados confluyen en una revisión de fuentes secundarias relacionadas a los casos “Diana” y “Mascarilla” para determinar su vínculo con el uso progresivo de la fuerza policial en el país, condición que es contrastada con aquello que se vive en Colombia y Perú, países vecinos. Entre los principales resultados que se obtuvieron pueden mencionarse la identificación de potenciales imprecisiones en la legislación ecuatoriana; a partir de estas, se realizó una propuesta jurídica que incluye algunas variables importantes y significativas en el manuscrito titulado: “Criterios básicos que debería contener un Manual de uso de la fuerza para Ecuador⁴”.

Ortega-Velásquez y Alarcón Vélez (2021), en su artículo: “La Omisión, omisión propia e impropia y posición de garante: Una revisión teórica y legislativa” refieren que el objetivo de la investigación consistió en determinar la influencia de las opiniones doctrinales en torno a la omisión (propia e impropia) y posición de garante, de acuerdo con la postura

³Sarita del Carmen Álvarez Reátegui, “El uso ilícito de la fuerza durante las protestas sociales y las violaciones a los derechos humanos. El caso peruano 2003-2011”. *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho No 45* (2014): 229-233.

⁴ Estefany Cristina Cevallos Izquierdo, “Uso progresivo de la fuerza policial Estudio de los lineamientos en Ecuador en perspectiva comparada con Perú y Colombia” (Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, 2020).

teórica según el actual régimen jurídico. La metodología utilizada fue de naturaleza descriptiva y exploratoria, con un diseño cualitativo que fue vigorizado con una investigación de orden documental orientada a recabar información relacionada al régimen jurídico-nacional e internacional-. Dentro de los resultados alcanzados es necesario destacar que en el Código Penal vigente, la figura de la omisión propia aparece en limitados artículos; la impropia carece de un orden jurídico conciso; la tipología de la omisión no dispone de una estructura firme en la formulación teórica y, finalmente, países vecinos (Perú, Colombia, Chile) poseen una condición normativa similar a la de nuestro país⁵.

En la investigación realizada por Alvarado-Peñaloza y Vega-Luna (2022), “Análisis Jurídico sobre los límites del uso progresivo de la fuerza que ejecuta un servidor de la Policía Nacional cuando existe resistencia por parte del agresor”, se declara como objetivo realizar el análisis conceptual, doctrinario y jurídico de la gestión policial frente a actitudes de resistencia por parte de quien es considerado como agresor. La metodología utilizada es de tipo documental y, a partir de ella, se procede a identificar dentro de la normativa ecuatoriana las distintas concepciones jurídicas contenidas en la legislación en lo concerniente al uso progresivo de la fuerza. En un segundo momento del análisis, se aborda el perfil de competencias que el servidor policial debe poseer para garantizar el cumplimiento de los procedimientos preestablecidos; finalmente, se realiza una aproximación hacia la vulneración de los Derechos del miembro policial por interpretaciones erróneas sobre las acciones realizadas en el ejercicio de sus funciones. Entre los principales resultados de esta investigación se enfatiza la confusión creciente sobre el alcance y limitaciones inherentes al uso progresivo de la fuerza policial dado que los hechos recabados en este trabajo, a partir de la referencia de dos casos, dejan entrever que los agentes policiales experimentan recelo por las consecuencias que su intervención pudiera acarrearles⁶.

Según puede apreciarse, la presencia de los conceptos uso progresivo de la fuerza y la figura de omisión son objeto de variados abordajes, sin embargo, en las publicaciones reseñadas, estos tienen un tratamiento por separado que deja espacio para un análisis que

⁵Jessica Ortega Velásquez y Ricardo Alarcón Vélez, “La Omisión, omisión propia e impropia y posición de garante: Una revisión teórica y legislativa”. *Dom. Cien.*, Vol. 8, núm. 1 (2022): 1114-1131.

⁶Juan D. Alvarado Peñaloza y María de los Ángeles Vega-Luna, “Análisis Jurídico sobre los límites del uso progresivo de la fuerza que ejecuta un servidor de la Policía Nacional cuando existe resistencia por parte del agresor” (Tesis de Maestría, Universidad Católica de Cuenca, 2022).

permita conjugarlos y trascender desde el plano teórico y jurídico a la esfera de la cotidianidad y de la gestión real que tales conceptos implican.

3. Marco normativo

La Constitución de la República del Ecuador, al ser la Norma Suprema a la que está sometida toda la legislación ecuatoriana, es el cuerpo normativo de mayor importancia y jerarquía del país. En ella se encuentran consagrados principios, derechos y obligaciones, tanto de los ciudadanos ecuatorianos, como de las instituciones y entidades estatales. Su estudio es de gran importancia en el presente trabajo puesto que todos los demás cuerpos normativos deben respetar los lineamientos que en ella se establecen, y todas las leyes que existen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano deben ser concordantes a lo que se enuncia en la Constitución⁷.

Por otro lado, el Código Orgánico Integral Penal, recoge y sintetiza aquellas normas jurídicas de carácter punitivo, en el cual se establecen las descripciones de las conductas punibles, así como las penas a cumplir en caso de incurrir en uno de los delitos tipificados. En este trabajo se analizarán varios artículos, mismos que tratan sobre las conductas penalmente relevantes, omisiones, posición de garante, homicidio culposo, extralimitación en la ejecución de actos de servicio, responsabilidad de la elusión de responsabilidades por parte de los Servidores de la Policía Nacional⁸.

Asimismo, se estudiará la Ley Sobre el Uso Progresivo, Adecuado y Proporcional de la Fuerza en Ecuador, mismo que regula las actuaciones de los miembros de la Policía al momento de encontrarse en una persecución en donde, después de haber agotado todos los recursos que no involucren una respuesta violenta, podrían emplear el procedimiento del uso pertinente de la fuerza para neutralizar a los posibles delincuentes y, de esa manera, reestablecer el orden público y garantizar la seguridad social⁹.

El Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía es una norma secundaria que, de igual manera, surte efectos jurídicos de carácter general y complementa la normativa sin alterarla ni contravenirla. Particularmente este Reglamento explica la

⁷ *Constitución de la República del Ecuador*. (Quito: Registro Oficial N. 449, 20 de octubre de 2008), (citado a partir de ahora como Constitución).

⁸ *Código Orgánico Integral Penal*. (Quito: Registro Oficial N.180, 10 de febrero de 2014). Reformado por última vez el 22 de agosto de 2022. (Citado a partir de ahora como COIP).

⁹ *Ley Sobre el Uso Progresivo, Adecuado y Proporcional de la Fuerza en Ecuador*. (Quito: Registro Oficial N. 39, 7 de junio de 2022), (citado a partir de ahora como Ley sobre el uso de la Fuerza).

regulación del uso de la fuerza policial, enumera los pasos a seguir, brinda conceptos y definiciones, al igual que clasificaciones sobre el porte y uso de armas, además de enunciar las situaciones excepcionales en las cuales se puede hacer uso de la fuerza¹⁰.

De la misma manera, se abordarán los tres principios consagrados en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de los encargados de hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, siendo estos la legalidad, proporcionalidad y necesidad. Cabe mencionar que Ecuador ha ratificado el empleo de dichos principios puesto que son concordantes con la normativa nacional.

Finalmente, con el objetivo de integrar todos los conceptos, clarificar situaciones y para responder la pregunta que se plantea en la presentación del problema, se llevará a cabo el análisis jurisprudencial de manera documental y testimonial del proceso N. 10281-2018-01513¹¹, correspondiente al caso Mascarilla en donde, después de estudiar la presunta infracción penal de la Extralimitación en la Ejecución de un Acto de Servicio, se evidenciará la convergencia entre los dos tópicos centrales del presente trabajo investigativo, llegando a responder la incógnita planteada sobre si la inobservancia del adecuado empleo del uso de la fuerza por parte de los miembros de la Policía Nacional se considera un tipo de omisión propia.

4. Omisión: concepto, origen y clasificación

De igual manera, es importante comprender el origen de la omisión y su clasificación. Se considerará como punto de partida la concepción general de la conducta, que se entiende como todo comportamiento humano que modifica el mundo exterior. Sin embargo, para que una conducta le interese al Derecho Penal, ésta debe ser penalmente relevante. Es así como una conducta penalmente relevante es un movimiento corporal humano que produce resultados lesivos, descriptibles y demostrables¹² o pone en peligro bienes jurídicos protegidos¹³. El artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal nos habla sobre este tipo de conductas, y menciona que pueden ser conductas penalmente relevantes

¹⁰ *Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía*. (Quito: Registro Oficial N. 314, 19 de agosto de 2014), (citado a partir de ahora como Reglamento de Uso de la Fuerza).

¹¹ Causa No. 10281-2018-01513, Tribunal de la Unidad Judicial Penal de Ibarra.

¹² COIP, artículo 22.

¹³ En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los bienes jurídicos protegidos son cuatro: vida, salud, libertad e integridad personal.

tanto acciones, como omisiones. El artículo 23 del mismo cuerpo normativo también hace referencia a esta figura jurídica, reitera que acciones y omisiones pueden ser conductas punibles. Finalmente, nos proporciona una importante acotación enfatizando en la omisión, pues menciona que no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de hacerlo, equivale a ocasionarlo¹⁴.

En el Derecho penal, la diferencia entre acción y omisión radica en la realización del acto. La acción es una conducta activa que involucra un hacer, es decir, tener el dominio del curso causal y, como consecuencia de ello, producir un resultado de peligro. Lo mismo sugiere el jurista alemán Franz Von Liszt¹⁵, cuando menciona que acción se entiende como la manifestación de la voluntad que expresa la persona, con movimientos corporales que, con completa libertad, decidió realizar.

Por otro lado, omitir es un verbo transitivo que involucra la abstención de un comportamiento que la ley exige que se realice, pues, en palabras de Jorge Luis Villacreses, radica en no ejecutar o cumplir la expectativa legítima de actuar, que es normativamente exigible¹⁶. Para Von Liszt, la omisión consiste en no impedir, de manera voluntaria, un resultado y “supone que el resultado causado hubiera sido evitado por la acción, que, a pesar de haber sido esperado y posible por el autor, fue omitido por este”¹⁷. Cabe mencionar que, con esta importante figura jurídica, se penaliza directamente el no hacer, mas no el resultado. Por lo tanto, la omisión, al tratarse de la no realización de una conducta, es sancionada porque al tener el Derecho Penal un mandato en el cual se exige realizar algo, el no hacerlo involucra un desacato a dicha disposición, mismo que encuentra su sanción en el Código Orgánico Integral Penal (COIP).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existen dos clases de omisión: la propia y la impropia. Si bien en nuestra legislación no hay una definición expresa sobre estos tipos de omisión, la doctrina se ha encargado de delimitarlos apropiadamente. Terragni sugiere que:

En cuanto al concepto omisión, existe una forma legislada de tipo omisivo, es decir, que conmina con pena el incumplimiento de una obligación de actuar, y otra forma no legislada,

¹⁴ COIP, artículo 23.

¹⁵ Franz Von Liszt, *Tratado De Derecho Penal. Tomo II*, (Madrid: Hijos de Reus, 1994). Página 564.

¹⁶ Jorge Luis Villacreses Palomeque. *Los delitos de omisión propia y el derecho penal ecuatoriano*. (Revista San Gregorio, 2018), páginas 2-8.

¹⁷ Von Liszt, *Tratado De Derecho Penal. Tomo II*, Página 643.

en virtud de la cual se amenaza con castigo a quien, estando obligado a hacerlo, no evita que un determinado interés ajeno sufra desmedro¹⁸.

Como se menciona anteriormente, el primer tipo de omisión hace referencia a una de tipo simple, por tal motivo, se la califica como propia. En la segunda, existe una ligera confusión respecto a la conducta que se enuncia, razón por la cual se le ha otorgado el nombre de omisión impropia¹⁹.

Omisión propia

Tras las referencias recabadas puede aseverarse que la omisión propia se produce cuando se infringe un mandato tipificado en la normativa penal. En esta situación, el delito se describe de tal manera en que no queda duda alguna sobre su aplicación porque señala explícitamente las circunstancias determinadas en las que se debe actuar,¹ así como las consecuencias en caso de omitir el llevar a cabo esta actuación. En el caso de los delitos de omisión propia.

(...) el verbo rector determina la modalidad de la conducta que, (en estas situaciones), se trata de una de carácter omisivo descrita en el mismo tipo penal, (...) como resultado de la infracción de un mandato o deber, mandato dirigido a un sujeto activo (...), que responde a deberes contenidos en el mismo tipo, (que deben ser normados)²⁰.

Tal es el caso de dos artículos del COIP que se traerán a colación para efectos de una mejor comprensión. Por un lado, en su artículo 218 se refiere a la desatención del servicio de salud, pues menciona que la persona que está obligada y tiene la capacidad de atender al paciente que se encuentra en emergencias, y se niega a hacerlo, deberá pagar una pena privativa de libertad de uno a tres años²¹.

Al anterior artículo se suma el 276 que alude a la omisión de denuncia en razón de la profesión, cargo u oficio en diversos ámbitos, como el de la salud, religión o educación; de este modo se tipifica que la persona envuelta en esta situación, que conozca de violaciones a los Derechos Humanos u otros delitos graves y no denuncie el hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses¹. En otras palabras, la persona obligada puede actuar, sin embargo, si decide no hacerlo, deberá asumir su responsabilidad por la omisión

¹⁸ Marco Antonio Terragni, *Delitos de omisión y posición de garante en derecho penal*. (Salta: Rubinzal-Culzoni Editoriales, 2012), 62, párrafo 4.

¹⁹ *Ibíd.*, 63, párrafos 1-4.

²⁰ *Ibíd.*, 51, párrafo 5.

²¹ COIP, artículo 218.

propiciada porque al ser un sujeto que tiene la capacidad de reconocer y seleccionar las formas idóneas para cumplir con el objetivo prescrito a fin de impedir un acto delictivo, el delito por omisión propia queda configurado.

Omisión impropia

Respecto de la omisión impropia, Villacreses considera que esta “no se encuentra contenida en un tipo penal. El resultado típico se imputa a un garante que no ha evitado la realización de un hecho tipificado como delito”. El jurista Jescheck complementa esta idea al mencionar que la omisión impropia “resulta de la interpretación de tipos penales de comisión y se consideran consumados con la producción del resultado típico¹.” Tal como se indicó, en este tipo de omisión, la obligación o mandato legal no surge del Código Orgánico Integral Penal, sino de una ley no penal, de un contrato o de quien se encuentre en posición de garante.

Un ejemplo de lo señalado es el caso de la niñera quien pacta, por escrito, con los padres de un niño el responsabilizarse de alimentarlo, pero, por descuido, no lo hace, y, como consecuencia, el menor muere por inanición. En esta situación hipotética, la niñera será responsable de la muerte del niño, no porque exista una conducta tipificada que expresamente detalle esta omisión (el no proveer de alimento al menor que tenía bajo su cuidado), sino porque fue un acuerdo al que se llegó por medio de un contrato escrito.

En este apartado se abordará una peculiaridad del COIP, pues, si bien se comentó que dicho cuerpo normativo no cuenta con una clasificación expresa sobre los tipos de omisión, sí contempla lo que se conoce como omisión dolosa, la cual se encuentra tipificada en el artículo 28. Dicho artículo inicia manifestando que esta consiste en describir el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico cuando se encuentra en posición de garante. De este pequeño extracto, surgen dos ideas fundamentales: el dolo y la posición de garante.

En cuanto al dolo, el Diccionario Jurídico Elemental de la Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), menciona que se trata de la “intención positiva de irrogar daño²²”. De la misma manera, en el COIP se indica que “actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”, y es enfático al

²² Diccionario Jurídico Elemental, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 68, s. v. “dolo”.

enunciar que “responde por delito preterintencional²³ (quien) realice una (...) omisión”²⁴. Esta acotación es importante porque en la omisión impropia, obra el dolo, y es de suma importancia, pues se estaría hablando de la no realización de una acción, aun teniendo el pleno conocimiento del daño que la no actuación deliberada pudiera provocar.

En este orden de ideas, es necesario mencionar que se encuentra en posición de garante, la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado, precedentemente, un riesgo que resulta determinante en la afectación de dicho bien protegido. Para Jakobs “el autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de aquel deber de responder²⁵.” En otras palabras, siempre que una persona se encuentre en la posición de garante y tenga en sus manos impedir que ocurra un resultado material lesivo, tendrá la obligación de ejecutar lo que se considere necesario para lograr dicho cometido.

Bajo esta perspectiva -y ya que se ha aludido a la obligación de cuidado- contemplada en un mandato legal, no queda duda alguna de que, en una persecución policial, el agente se encuentra en posición de garante y tiene la obligación de custodiar los bienes jurídicos protegidos que se intentan vulnerar. Siguiendo esta idea, en caso de que omita actuar, aun siendo el llamado para velar por el bien en peligro de una persona, será responsable de su abstención.

5. Las actuaciones policiales y el uso progresivo de la fuerza

Es una cualidad innata de la naturaleza de los seres humanos el ser conflictivos. Esta no es una condición que puede ser catalogada como buena o mala, simplemente es inherente a la humanidad. Como consecuencia de ello, se precisa que alguien (ya sea una persona, un grupo de personas o una entidad) regule estos conflictos y que intente -en medida de lo posible- evitar que estas disidencias se vuelvan cada vez más graves. Por ello, con el objetivo de mantener el orden y control social, se otorga al Estado la capacidad de regular el actuar de las personas dentro de la sociedad.

²³ Marco Sigüenza menciona que “hay delito preterintencional cuando el resultado antijurídico de la conducta fue más allá de la intención del agente. Se trata de una figura compleja en la que converge tanto la figura de la culpa, como la del dolo en una misma acción”. *Comentario al Código Penal*, (Cuenca: Editorial Sigmar, 2003).

²⁴ COIP, artículo 26.

²⁵ Jakobs Günther, *Derecho Penal parte general: fundamentos y teorías de la imputación* (Madrid: Marcial Pons, 1997).

En el contexto del presente trabajo investigativo, en el ámbito ecuatoriano, la Policía Nacional surge como respuesta ante esta situación, pues el Estado otorga a esta entidad la potestad de, tal como lo indica su lema, “atender a la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los Derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional.”²⁶

Para cumplir con este objetivo, la Policía puede hacer uso de sus capacidades para mantener dicho orden público. Respecto a este último término, varios autores tienen opiniones diferentes, sin embargo, en esta ocasión, se tomará en consideración el pensamiento de Martin Gebauer, quien manifiesta que la finalidad principal del orden público radica en “proteger los valores fundamentales (de un) país²⁷.” Esta idea es complementada por Aguilar al sugerir que, de igual forma, comprende el respeto de los principios elementales de la moral humana, así como los Derechos primitivos de la naturaleza de los individuos²⁸. Ahora bien, una vez comprendida esta definición, ¿cuál es la capacidad con la que cuenta el Estado para mantener el orden público en la sociedad? Sencillo, delegando a los cuerpos policiales el empleo racional, necesario y legítimo de la fuerza, que, en palabras más sencillas, se traduce a lo comúnmente conocido como el uso progresivo de la fuerza. En estas condiciones, dentro del imaginario social, las responsabilidades adjudicadas a la Policía, se asocian a actos de persecución, violencia, arremetida; por lo señalado, es menester delimitar algunos conceptos y definiciones dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano vinculadas a estas funciones.

Etimológicamente, la palabra persecución surge del vocablo en latín *persecutio*, compuesta a su vez del prefijo *per*, equivalente a “a través de”, y del verbo *sequi*, que significa “seguir”²⁹. Por lo tanto, se puede decir que se trata de la acción de perseguir a una persona que se aleja huyendo, con la intención de alcanzarla.

En cuanto al ámbito legal, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, persecución se entiende como la acción orientada a la comprobación de la comisión de hechos delictivos o a la identificación de sus responsables por parte de la autoridad o el

²⁶ Policía Nacional del Ecuador, 17 octubre de 2022, <https://www.gob.ec/>.

²⁷ Martin Gebauer, *Order Public. Vol. VIII, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. 2ª edición, (Oxford: Rudiger Wulfrum, 2012), 43.

²⁸ Mariano Aguilar Navarro, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. 2da edición. (Madrid: Artes Gráficas Clavileño S.A, 1996), 153.

²⁹ Diccionario de la Real Academia Española, 30 de octubre 2022, <https://dle.rae.es> “persecución”.

funcionario público³⁰. Dicha definición se puede emplear para un sinnúmero de materias, es así como podemos encontrar persecución desde el ámbito del Derecho de asilo, persecución laboral, persecución política o, en cuanto a la materia que nos compete, persecución policial, que no es más que la definición de la que ya se ha hablado, pero siendo los sujetos involucrados, presuntos delincuentes y miembros encargados de hacer cumplir el orden público, como Policía Nacional, Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria, tal precisión se torna necesaria.

El uso de la fuerza es uno de los varios mecanismos con que los encargados de hacer cumplir la ley cuentan para mantener el control en situaciones que atentan contra la seguridad social o la integridad de las personas, en el caso de una vulneración a los bienes jurídicos protegidos consagrados en la Constitución, o para evitar el cometimiento de acciones u omisiones que podrían atentar contra la seguridad de los ciudadanos³¹; sin embargo, un miembro de la Policía Nacional no puede deliberadamente decidir usar la fuerza como primera opción porque considera que en ese momento es la solución más sencilla. Es esencial tener presente que la fuerza se debe aplicar de *última ratio*³² porque debe ser el último recurso para salvaguardar los bienes jurídicos vulnerados cuando ha sido imposible conseguir el mismo objetivo por otras vías. Además, los agentes policiales, en todo momento, deben acatar el lema de “a menor resistencia, menor grado de fuerza y al parar la resistencia, también lo hará la fuerza.”³³

Hay ciertas alternativas que deben agotarse antes de proceder a emplear el uso de la fuerza. Tal es el caso del artículo 11 del Acuerdo Ministerial No. 4472, en el cual se pueden identificar cuatro niveles del uso de la fuerza en las actuaciones policiales: primero, la sola y mera presencia policial debería ser suficiente para conseguir la disuasión de quienes intentan alterar el orden social³⁴. Si esto no es suficiente, entonces debe darse paso al diálogo con la

³⁰ Diccionario de la Real Academia Española, 30 de octubre 2022, <https://dle.rae.es/dpej-lemas/>, s.v. “persecución”.

³¹ Elizabeth C. Cevallos Izquierdo, “Uso progresivo de la fuerza policial: estudio de los lineamientos en Ecuador en perspectiva comparada con Perú y Colombia” (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2020).

³² Según Raúl Carnevali Rodríguez, en Derecho Penal, la última ratio hace referencia al último instrumento al que se debe recurrir para la protección de los bienes jurídicos protegidos, después de haber contemplado todas las medidas anteriores, siendo estas menos lesivas.

³³ Este es un lema que no consta de manera literal en ningún cuerpo normativo, pero que siempre es tomado en cuenta por los encargados de hacer cumplir la ley y mantener el orden.

³⁴ Acuerdo Ministerial 4472, Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza Para la Policía (Quito, Registro Oficial No. 314 de 19 de agosto de 2014), (citado a partir de ahora como Acuerdo Ministerial 4472).

persona involucrada, darle órdenes (otra manifestación de la facultad que le otorga el Estado a los policías para precautelar el bienestar social) y razones que permitan a los servidores policiales cumplir sus funciones con normalidad. En caso de que esta segunda alternativa tampoco resulte viable, de manera paulatina se debe emplear el control físico, que involucra la neutralización³⁵ de la persona mediante “acciones cuerpo a cuerpo”. Finalmente, el cuarto nivel implica la utilización de técnicas defensivas no letales, mediante el uso de armas no letales para disminuir el actuar peligroso de la persona que se intenta controlar³⁶.

Para la aplicación de este artículo, se debe considerar que los numerales deben ser empleados en orden, iniciando por los métodos menos violentos, hasta llegar al empleo de otras técnicas que, en casos estrictamente necesarios, pueden llegar a ser letales. De igual forma, se debe tener presente que únicamente se podrá hacer uso de la fuerza para neutralizar a la persona que está atentando contra la seguridad social o el orden público y que cuando se logre el cometido, el agente deberá conseguir ayuda médica para precautelar su bienestar previo a presentarlo ante las autoridades para que sean ellas las encargadas de juzgarlo.

Como se mencionó anteriormente, existen algunos cuerpos normativos que se han encargado de regular el uso progresivo de la fuerza para los servidores policiales. A fin de proseguir con este análisis, a continuación, se expondrán los más relevantes que han delimitado la aplicación y han servido de pauta para el necesario y adecuado empleo del uso progresivo de la fuerza.

Código Orgánico Integral Penal

La Constitución y la ley otorgan a los funcionarios encargados de hacer cumplir el orden ciertas facultades para hacer uso de la fuerza, con el objetivo de mantener el orden público. El Código Orgánico Integral Penal, cuerpo normativo con mayor relevancia jerárquica en materia de tipificación de conductas, ejecución de penas y grado de responsabilidad, en su artículo 22³⁷ menciona que son conductas penalmente relevantes las acciones u omisiones que producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. El

³⁵ Acuerdo Ministerial 4472, artículo 11.

³⁶ En el presente trabajo investigativo, neutralizar es una palabra que se repetirá con frecuencia, por lo tanto, es importante conocer su significado. Según el Acuerdo Ministerial 4472, artículo cuatro, en una de sus tantas conceptualizaciones de términos, define la palabra en cuestión como la acción y efecto de reducir, debilitar y contener al infractor o presunto infractor de la ley, por la intervención de la lo el servidor policial, para contrarrestar el quebrantamiento del orden jurídico y disminuir su capacidad de generar daño a los ciudadanos, autoridades o a los bienes públicos o privados.

³⁷ COIP, artículo 22.

artículo 28³⁸ del mismo cuerpo normativo también hace referencia a la omisión dolosa, cuyo sentido se entiende como el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Este último término se analizará a mayor profundidad más adelante, empero, es de gran importancia tener presente que se encuentra en esta situación la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico protegido.

Para el análisis del presente trabajo, existe un artículo de gran importancia en el COIP que define exclusivamente la extralimitación en la ejecución de un acto de servicio, haciendo referencia a los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, cuando en la ejecución de un acto de servicio, ignorando la aplicación racional de la fuerza en los casos que deben utilizarla, se producen lesiones en una persona. El mismo artículo menciona que se impondrá una pena hasta de trece años si como consecuencia de la omisión se produce la muerte de la persona³⁹. En este orden de ideas, el artículo 291 del mismo cuerpo normativo también hace referencia a la responsabilidad que acarrea la elusión de obligaciones de los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional cuando, como consecuencia de dicha omisión, se producen daños a un individuo.⁴⁰ Bajo esta premisa, el artículo 291 del mismo cuerpo normativo también hace referencia a la responsabilidad que acarrea la elusión de obligaciones de los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional cuando como consecuencia de dicha omisión, se producen daños a un individuo.

Finalmente, se conoce por homicidio culposo, al delito que consiste en provocar la muerte de una persona por negligencia, imprudencia o impericia. En Ecuador, existe un delito en particular⁴¹ que tipifica esta acción cuando el homicidio se da como resultado de la mala práctica profesional, cuando la persona infringe el deber objetivo de cuidado⁴² en el ejercicio

³⁸ *Ibíd.*, 28.

³⁹ *Ibíd.*, 293.

⁴⁰ *Ibíd.*, 291.

⁴¹ *Ibíd.*, 146.

⁴² El artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal sugiere que, para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado, deben concurrir los siguientes supuestos: la producción del resultado no configura la infracción al deber objetivo de cuidado, la inobservancia de leyes aplicables a la profesión, resultado dañoso que provenga directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado (no de circunstancias indirectas) y análisis de cada caso en cuanto a la formación profesional, condiciones objetivas, previsibilidad y evitabilidad del hecho.

de su profesión. El mismo artículo menciona que constituye un agravante en caso de producirse la muerte por acciones innecesarias, peligrosas o ilegítimas.

Ley Sobre el Uso Progresivo, Adecuado y Proporcional de la Fuerza en Ecuador

El pasado 9 de junio de 2022, la Presidencia de la Asamblea Nacional envió al Presidente del Ecuador el Proyecto de Ley Orgánica sobre el Uso Progresivo, Adecuado y Proporcional de la Fuerza, tal proyecto tiene por objetivo procurar garantías a los policías, militares y guías penitenciarios para su trabajo, con el objetivo de proteger los Derechos y libertades de los ciudadanos, para garantizar la seguridad social.

De acuerdo a Carrasco, este novedoso cuerpo normativo cuenta con siete particularidades; los servidores de las entidades reguladas por dicha ley (Policía Nacional, Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria), tienen la obligación de actuar teniendo como principal objetivo el precautelar la vida e integridad de las personas. Asimismo, dicha normativa enfatiza en la aplicación de *última ratio* y solo en casos de necesidad del uso legítimo de la fuerza, puesto que antes de emplearla se deben recurrir a otras alternativas, como la negociación, agotando primero recursos verbales antes de recurrir a la violencia. De la misma manera, se indica que los servidores públicos pueden utilizar la fuerza, según sus facultades, cuando se desea prevenir el cometimiento de una infracción, para la detención de infractores o presuntos infractores cuando otros métodos alternativos hayan fracasado, en la defensa de bienes jurídicos protegidos y para controlar a quienes se resistan a la autoridad.⁴³

La ley indica que se permite el uso de armas de fuego cuando se tenga la necesidad de actuar en defensa propia o de otras personas, cuando ellas se encuentren bajo amenaza o en peligro inminente de muerte, en el caso de evitar el cometimiento de un delito, para detener a personas cuando representen una amenaza o peligro de muerte o lesiones y para evitar que personas se den a la fuga. Cabe mencionar que, en caso de que las autoridades decidan usar armas de fuego, éstas serán utilizadas para neutralizar a los presuntos infractores, procurando en mayor medida de lo posible reducir el riesgo de muerte o lesiones.⁴⁴

Finalmente, el uso de la fuerza debe ser limitado y debe emplearse hasta obtener los objetivos de protección que se esperan, por lo que, en caso de que miembros de la Policía

⁴³ Carlos Carrasco Yépez, *Proyecto de Ley sobre el Uso Progresivo, Adecuado y Proporcional de la Fuerza en Ecuador*, (Quito: Meythaler & Zambrano Abogados, 2022).

⁴⁴ *Ibíd.*

decidan hacer uso inadecuado y excesivo de esta facultad, estarán actuando de manera ilegítima. Por último, las autoridades no tienen permitido alegar inestabilidad, conmoción política o acato de órdenes de sus superiores al momento de emplear la fuerza, puesto que, de hacerlo, se deberá reportar el uso ilegítimo y se dará inicio al proceso penal correspondiente.

Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía

Con el objetivo de salvaguardar la integridad de las personas, así como sus derechos y bienes, “preservando las libertades, la paz pública, la seguridad ciudadana y la prevención de la comisión de infracciones dentro del territorio nacional”⁴⁵, en el año 2014 se expidió el Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador. En él se regula el uso pertinente de la fuerza al momento de cumplir con las funciones específicas que involucra el servicio policial, tanto las consagradas en la Constitución, como las ratificadas por la normativa internacional.

A simple vista, parece que este cuerpo normativo no se diferencia de ninguna manera del que se mencionó anteriormente, pues también hace énfasis en hablar sobre el ámbito de aplicación de la fuerza pública, las facultades constitucionales para ejercerla y la necesaria capacitación a la que se deben someter los policías previo a ejecutarla. Sin embargo, lo novedoso de este cuerpo normativo es la definición de términos sobre los que antes presentaban vacíos legales en toda la normativa ecuatoriana, tal es el caso de los actos de servicio, delitos de función, fuerza policial, restablecimiento del orden, uso adecuado de la fuerza, y algunos principios, como la racionalidad, proporcionalidad y oportunidad, cuyo énfasis será preciso destacar más adelante.

En el marco de este Reglamento, el Capítulo II se encarga de brindar una clasificación sobre el porte, uso de las armas, medios y equipos policiales, y clasifica las armas en letales y no letales. Por su parte, el Capítulo III hace especial alusión al uso de la fuerza policial y, particularmente, el artículo 10 de este cuerpo normativo enlista doce casos en los que, cuando se hayan agotado primero todos los medios alternativos al uso de violencia, se podrá recurrir al uso de la fuerza policial⁴⁶; también describe los niveles del uso

⁴⁵ Acuerdo Ministerial 4472, considerando N. 16.

⁴⁶ *Ibíd.*, artículo 10.

adecuado y proporcional de la fuerza en las persecuciones policiales, así como los niveles de resistencia del intervenido.

De la mano del anterior capítulo, existe un apartado que se refiere exclusivamente al uso de la fuerza en detenciones, ya sea para neutralizar al presunto delincuente a través de medios coercitivos o directamente a hacer uso de las armas, sean estas letales o no letales.

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de los encargados de hacer Cumplir la Ley

Dentro del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente en La Habana, Cuba, en septiembre de 1990, estos principios fueron adoptados. El movimiento global, Amnistía Internacional, en el Manual de Directrices para la debida aplicación de los principios en cuestión, señala:

(...) los Principios Básicos se han convertido en referencia y orientación fundamentales para quienes tienen como objetivo garantizar que el uso de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respeta los derechos humanos, en particular prestando la debida atención a la protección del derecho a la vida y a la seguridad de la persona⁴⁷.

Respecto a lo antedicho, los principios básicos fueron delimitados y descritos con el objetivo fundamental de orientar a los miembros de la policía de cada país suscrito a emplear estos principios para respetar los Derechos Humanos de los ciudadanos y mantener el orden social, a través de la adecuada interpretación de los mismos que se hará efectiva mediante campañas de concientización a los miembros encargados de hacer cumplir la ley y, de esa manera, garantizar una debida aplicación de la fuerza pública y, por tanto, lograr la protección del Derecho a la vida, libertad y seguridad personal, tal como se enuncia en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁸, reafirmado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁹ en sus artículos 6 y 9.

Como se enunció previamente, este cuerpo normativo consagra cuatro principios que deben cumplirse para garantizar el adecuado uso de la fuerza pública, y evitar a toda costa el empleo ilegítimo, irracional y desproporcionado de la misma. Los principios en

⁴⁷ *Uso de la fuerza. Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (Ámsterdam: Amnistía Internacional, 2016), 9, párrafo 2.

⁴⁸ *Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217A* (París: Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 diciembre 1948), artículo 3.

⁴⁹ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). Serie de Tratados, vol. 999* (New York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966), artículos 6 y 9.

cuestión son: legalidad, necesidad, proporcionalidad y rendición de cuentas, cuyo análisis se efectuará a continuación.

Principio de legalidad

Es el primero de los principios que rigen el uso de la fuerza. La CIDH manifiesta que este corresponde a “la obligación estatal de sancionar normas con jerarquía de ley, y en cumplimiento de las normas internacionales en la materia, destinadas a regular la actuación de los agentes del orden en el cumplimiento de sus funciones”⁵⁰ En palabras más sencillas, quiere decir que el Estado tiene la obligación de describir este ámbito de aplicación y su debida observancia puesto que cuenta con todas las alternativas para efectuarlo debidamente.

El uso de la fuerza se encuentra respaldado por la ley, de modo que se considera a este principio más como una garantía para los miembros de la Policía para conocer los supuestos bajo los cuales se maneja la debida aplicación de la fuerza, así como los límites de su actuación y las consecuencias de sus omisiones.

Sin embargo, aquí surge una nueva oscilación y es que, si trasladamos esta teoría a la situación de Ecuador, estaría contemplándose de manera adecuada el principio de legalidad, pero el problema no es la inexistencia o carencia de leyes, porque como se demostró anteriormente, existen cuerpos normativos enteros cuyo objetivo principal es la regulación del uso de la fuerza. Entonces, no se trata de un problema de ausencia de normativa expresa, sino de la existencia de inconvenientes con la aplicabilidad de dichas leyes, puesto que, al igual que muchas en el país, estas normas no contemplan todos los supuestos y, en este caso en particular, no brinda una respuesta clara y absoluta sobre si la inobservancia de uno o varios pasos al momento de aplicar el uso progresivo de la fuerza, podría llegar a considerarse un tipo de omisión, en específico la propia, puesto que la obligación y posición de garante surgen de un mandato que consta en el COIP.

Principio de proporcionalidad

Este principio no es más que la relación entre el riesgo y las diferentes alternativas que pueden emplearse al momento de hacer uso de la fuerza. Es la prudencia⁵¹ que deben

⁵⁰ *Informe anual 2015, capítulo IV. A. Uso de la fuerza* (Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015), (citado a partir de ahora como CIDH).

⁵¹ Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista española de derecho constitucional*, 91(1): 11-29.

contemplar los encargados de mantener el orden público al momento de hacer uso de esta facultad, siempre teniendo en cuenta que deben alcanzar los mejores resultados con la mínima intervención de la violencia. Es así como se debe procurar el menor daño posible y, en cuanto se consiga el objetivo de neutralizar y reestablecer el orden previamente alterado, brindar atención médica oportuna y comunicar a los familiares del presunto antisocial, los hechos ocurridos. Cabe mencionar que, el principio de proporcionalidad será considerado únicamente en dos ocasiones⁵²; cuando se trate de salvar una vida y para proteger la integridad física de un tercero que se encuentre en peligro.

Para complementar esta idea, en la sentencia del 27 de agosto de 2014, en el caso *Hermanos Landaeta y otros Vs. Venezuela*, se manifestó que:

Un equilibrio entre la situación a la que se enfrenta el funcionario y su respuesta, considerando el daño potencial que podría ser ocasionado. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y, con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de la fuerza, según corresponda.⁵³

Principio de necesidad

De todos, es el más sencillo de entender, pero -sin duda alguna- el más útil e importante. Como su nombre lo indica, no es más que el hecho de emplear la fuerza cuando no existe otra alternativa, cuando todos los demás mecanismos se han agotado y lo único restante es emplear medios violentos para neutralizar la situación. Al respecto, Fondevila e Ingram manifiestan:

Es también llamado de estricta necesidad. La necesidad también implica que: I. solo podrán utilizarse dispositivos de coerción legítimos cuando otras medidas sean ineficaces y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario. Por este motivo, es importante que los cuerpos de policía reciban capacitación en la aplicación progresiva de la fuerza, pero también en su disminución medida y, si es necesario o posible, en el distanciamiento [...] II. Se hayan agotado medidas pacíficas o que no sea posible o prudente utilizar tales medidas. III. Que no exista otro recurso⁵⁴.

⁵² Naciones Unidas. (1990). Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Cuba: Naciones Unidas.

⁵³ *Sentencia de 27 de agosto de 2014, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Hermanos Landaeta y otros Vs. Venezuela* (Washington: CIDH, 2014). Párrafo. 134.

⁵⁴ Gustavo Fondevila y Mathew Ingram, “Detención y uso de la fuerza”, *Documento del Trabajo del CIDE N. 23* (2007): 16.

Como previamente se mencionó, se pueden identificar tres componentes al momento de contemplar este último principio: deben ser aplicados en orden, comenzando por el cualitativo, pasando por el cuantitativo y finalizando con el temporal. El primero de ellos hace referencia a si es inexcusable el empleo de la fuerza. Aquí se analiza si verdaderamente se han agotado las demás alternativas frente al empleo de esta figura jurídica. En este mismo orden de ideas, el componente cuantitativo hace alusión a la cantidad de fuerza que se empleará, siempre considerando la situación particular del caso y los medios con los que cuentan para proceder. Finalmente, el último factor marca la diferencia entre la aplicación pertinente o abusiva y/o exagerada de la fuerza, puesto que se debe considerar el tiempo que dura el empleo de la fuerza porque, como se mencionó en ideas anteriores, dicho empleo debe parar inmediatamente cuando se consiga el objetivo fijado⁵⁵.

6. Análisis del caso: Caso Mascarilla

El día 23 de agosto de 2018, David Eduardo Velasteguí Correa, cabo primero de Policía, y miembro del Grupo de Operaciones Especiales (GOE)⁵⁶, se encontraba en la ciudad de San Lorenzo prestando servicio de escolta y seguridad para un juez. Concluida su labor, recibió una llamada de emergencia por parte del ECU 911, en esta se comunicaba que, en el sector de Salinas, se estaba desarrollando un incidente peligroso por un accidente de tránsito. Dando cumplimiento a su obligación y deber, acudió al llamado y se dirigió al sector.

En Salinas, una *wincha* llevaba cargada una camioneta accidentada, sin placas y cargada de material minero, pero su paso estaba bloqueado por varios vehículos. En el lugar se encontraban varios miembros de la Policía Nacional, al igual que una inusitada cantidad de personas civiles que obstruían la labor policial, impidiendo que la *wincha* trasladara la camioneta accidentada hacia los patios de retención.

Inesperadamente, un ciudadano procedió a subirse a la *wincha*, puso en contacto el vehículo y aceleró a toda marcha. Cabe mencionar que, hasta ese momento, toda esta situación se prestaba para configurar el delito de robo, pues Padilla se apoderó de una cosa mueble ajena ejerciendo violencia y, posterior a ello, procuró huir del lugar donde ocurrieron

⁵⁵ Sentencia No. 33-20-IN/21. Corte Constitucional del Ecuador. 05 de mayo de 2021.

⁵⁶ La Hora. “Policía David Velasteguí implicado en Caso Mascarilla fue declarado inocente”. Disponible en: <https://www.lahora.com.ec/noticias/policia-david-velastegui-implicado-en-caso-mascarilla-fue-declarado-inocente/> (Último acceso: 23/10/2022).

los hechos a gran velocidad⁵⁷. El delito fue flagrante, pues se cometió en presencia de varias personas⁵⁸.

En ese momento, el Cabo Velasteguí, junto a un compañero del GOE, visualizaron que la wincha se dirigía hacia ellos, quienes realizaron todas las señales para que el automotor se detuviera, sin embargo, debido a la gran velocidad del vehículo de carga, y el caso omiso a la indicación por parte del conductor, fue imposible conseguirlo. Queda entonces claro que la wincha, al ser conducida a una velocidad elevada y arremeter directamente contra los miembros policiales, buscaba atropellarlos. El vehículo de carga se considera un arma letal, convirtiéndose en un elemento idóneo para el cometimiento de un delito doloso, puesto que está siendo utilizado para un fin letal. El Cabo Velasteguí y su compañero tuvieron que actuar rápidamente y se arrojaron a la vereda para no ser atropellados.

La persecución inició siendo un acto de resistencia por parte de todos quienes se encontraban interrumpiendo los actos disuasivos de la policía que, como se indicó, pudo haberse tratado de un delito de robo flagrante. Empero, cuando el conductor de la wincha decidió dirigirse contra David Velasteguí a una velocidad exageradamente alta, fue evidente que lo que buscaba era terminar con su vida. Es así como una persecución policial normal se convirtió en una situación de ataque y agresión letal. Cabe mencionar que el Cabo se encontraba en condición de agente aprehensor y garante de la seguridad ciudadana, por lo cual él y sus compañeros iniciaron la persecución de la wincha robada.

Los miembros de la Policía Nacional circularon por la vía panamericana, aproximadamente a 140km/h con el fin de neutralizarla, pero no lo consiguieron debido a que varias camionetas sin placas escoltaban y protegían a la wincha, evitando que los policías realizaran su trabajo, por cuanto bloqueaban el paso y abalanzaban los vehículos. Minutos más tarde, los ocupantes de los vehículos comenzaron a disparar contra ellos y no era una situación de defensa, al contrario, se trataba de un ataque armado que puso en peligro real e inminente la vida de los policías quienes, a pesar de la situación en la que se encontraban, jamás de doblegaron ante el miedo o peligro, puesto que se encontraban cumpliendo con su labor.

⁵⁷ COIP, art. 189.

⁵⁸ COIP, art. 527.

Finalmente, de forma estratégica y rápida, los policías lograron superar a los delincuentes en habilidad al momento de conducir y se situaron detrás de la wincha. Durante la persecución se tomaron las debidas precauciones del caso y se solicitó por radio al ECU 911 el cierre de vías en el control vehicular de Mascarilla.

Una vez allí, la wincha se detuvo porque le resultó imposible sobrepasar las vallas metálicas que cerraban el paso. El Cabo Velasteguí, acompañado de dos policías más, bajaron al conductor del vehículo. Al momento de hacerlo, las agresiones y ataques por parte de quienes manejaban los otros vehículos sin placas se materializaron contra el Cabo, mismo que resultó herido por tantos golpes y patadas. Andrés Padilla, era uno de ellos. Arrojaron a David al suelo y lo acuchillaron, de esta manera quedó él en completa indefensión. Posterior a ello, con tubos de metal y armas cortopunzantes, arremetieron contra él, esta vez ya con clara intención homicida, puesto que tanto el casco, como el chaleco balístico, quedaron destruidos. De no haber sido por estas dos protecciones, David Velasteguí habría muerto en pocos minutos.

A pesar de estar gravemente herido, el Cabo logró levantarse del suelo y alejarse del lugar unos pocos metros, sin embargo, Padilla lo siguió y continuó con sus agresiones letales, acompañado de amenazas y advertencias verbales. Andrés manifestó que, si David se alejaba, asesinaría a uno de sus compañeros, otro policía, todo esto mientras se dirigía donde él se encontraba. Entonces el Cabo se encontraba en una dicotomía: alejarse de las agresiones y permitir que Padilla asesinara a su compañero o actuar en concordancia al uso progresivo de la fuerza y neutralizarlo. Considerando su conciencia, deber y el mandato que debía cumplir por ley, decidió acogerse a la segunda opción y disparar contra Andrés Padilla.

El artículo del COIP bajo el cual fue detenido el Cabo David Velasteguí fue el 293, mismo que hace alusión a la extralimitación en la ejecución de un acto de servicio. La audiencia de juzgamiento se llevó a cabo en el tribunal de la Unidad Judicial Penal de Ibarra, dentro del proceso signado con el número 10281-2018-1513.

Durante la audiencia de juzgamiento, la defensa técnica de David Velasteguí planteó la teoría del caso desde el prisma de los Derechos Humanos y, principalmente, desde la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido cuáles son los requisitos y principios aplicables al uso progresivo de la fuerza, mismos que

han sido recogidos por la normativa tanto nacional como internacional, de los cuales ya se ha hablado anteriormente.

En la audiencia se demostró que cada uno de los principios jurisprudenciales reiterativos se cumplió adecuadamente pues existió un objetivo legítimo, que era actuar para precautelar la propia vida de David Velasteguí. Además, durante la persecución, no existieron otros medios disponibles al alcance del Cabo para precautelar la vida de su compañero de manera diferente a la que se ejecutó. Por último, toda la situación fáctica a la que se enfrentó fue una agresión, dando paso a la habilitación del uso de la fuerza. En síntesis, el actuar del policía fue justificado y después de algunos años, el veredicto falló a favor de él⁵⁹.

Como se analizó anteriormente en la sentencia de David Velasteguí, se plantea la siguiente situación: si Velasteguí no hubiera disparado, y como consecuencia de ello, debido a la adrenalina del momento, Padilla y sus secuaces, manejando la wincha a una velocidad excesivamente alta, hubieran atropellado a varios inocentes, entre ellos personal policial y civiles, y ocasionado un grave accidente, ¿hubiera tenido responsabilidad? ¿hubiera incurrido en un delito de omisión a pesar de haber aplicado debidamente el uso progresivo de la fuerza?

Cabe reiterar que el problema del presente trabajo investigativo radicó en la omisión mientras está llevándose a cabo el uso progresivo de la fuerza, y qué es lo que ocurre si se omite uno de los pasos establecidos y como consecuencia de ello se produce un hecho dañoso, siempre que el policía en cuestión se encuentre en la posibilidad de realizar una acción, esté en posición de garante.

En este punto, es importante plantear otra posibilidad, una en la que David hubiera estado en la posibilidad de actuar, pero no lo hubiera hecho. Claramente se trataría de un caso de omisión dentro del contexto del uso progresivo de la fuerza. A lo largo de toda la persecución se agotaron todos los niveles de aplicación del uso progresivo de la fuerza; la mera presencia policial, la disuasión mediante palabras, el contacto físico y finalmente el uso de armas para reestablecer el orden social. Previo al disparo que terminó con la vida de Padilla, todos los demás niveles se respetaron adecuadamente, y en todo momento se actuó bajo observancia de los principios establecidos a nivel internacional y ratificados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En caso de haberse quedado en el nivel 3, David hubiera

⁵⁹ Causa No. 10281-2018-01513, Tribunal de la Unidad Judicial Penal de Ibarra.

incurrido en un delito de omisión, porque, aunque ya actuó previamente, todavía podía hacer algo más para evitar un resultado, tal como la situación del presente caso.

En el caso Mascarilla, se considera que la wincha es un arma letal y que, en aquella situación en particular, fue utilizado como tal. A partir de ese momento, se trata de un elemento idóneo para el cometimiento de delitos dolosos porque está siendo empleado para un fin letal. Si el Cabo utilizó el arma fue porque existía una equivalencia necesaria de uso de la fuerza, porque se trataba de una amenaza actual e inminente y además contaba con la autorización debida porque Padilla estaba atentando contra el bien jurídico protegido vida. Por lo tanto, queda justificado el atentar contra la vida de una persona, si otra se encuentra en peligro.

Se configuran entonces todos los elementos para justificar la aplicación del uso progresivo de la fuerza; el mandato legal, el dolo, la capacidad, la posición de garante y la situación que pone en riesgo determinados bienes jurídicos protegidos, en este caso, el más importante de ellos, la vida. Entonces, si Velasteguí hubiera decidido detenerse justo antes de emplear un arma letal para neutralizar y controlar la situación, se habría considerado un caso de omisión, porque después de todo, hubiera consistido en un no hacer, en la no ejecución de una acción para evitar que se cometiera un resultado dañoso, es decir, la muerte de su colega.

7. Conclusiones

Tal como se ha demostrado a lo largo de este trabajo y como se concluye a continuación, la incorrecta e indebida aplicación del uso de la fuerza es una modalidad de omisión, porque finalmente no está llevándose a cabo una acción que sí debería realizarse para evitar el cometimiento de una acción dañosa. Por tanto, en mencionada sentencia no cabe la figura jurídica de omisión, puesto que el Cabo David Velasteguí aplicó proporcionalmente la fuerza, observó los principios acordes al reglamento internacional, así como siguió adecuadamente la observancia de la ley recientemente expedida, dando cumplimiento al deber objetivo de cuidado.

Es explícita la ambigüedad de los términos mencionados a lo largo de todo el trabajo, palabras como excesivo, inadecuado, necesidad, proporcionalidad y racionalidad, al igual que un sinnúmero de terminología jurídica, estos términos pueden ser entendidos por quienes

los usan de manera diferente, pero presentan inconvenientes al momento de su aplicación. Es decir, no es una particularidad exclusiva del uso progresivo de la fuerza, al contrario, es un fenómeno jurídico que se presenta en casi todas las ramas del Derecho. Dicha ambigüedad radica en que los conceptos anteriormente mencionados no tienen una única acepción, sino que pueden ser interpretados de diferentes maneras.

Delimitar el empleo y especificar los casos en los que los principios deben ser aplicados, es complicado por las múltiples y diferentes interpretaciones de los términos utilizados. Por ello, en el caso específico de las persecuciones policiales, debe observarse un actuar pertinente, en el sentido de realizar acciones adecuadas y oportunas, sin sobrepasar los límites que claramente se han establecido y corresponden al momento de mantener el orden público.

Finalmente, además de tratarse de un inconveniente jurídico, la problemática va mucho más allá y tiene un impacto en el ámbito social: existe una indiscutible falta de diálogo con los miembros de la Policía Nacional en lo que respecta a la debida aplicación del uso progresivo de la fuerza, así como los niveles y pasos que deben seguir para disuadir a los tentativos delincuentes en el contexto de una persecución policial. Después de haber dialogado con algunos servidores de la Policía, muchos manifestaron que existe miedo y desconocimiento al momento de proceder, puesto que, si actúan excesivamente, podrían incurrir en un delito de extralimitación en el uso de la fuerza pública, pero, por otro lado, en caso de decidir no hacerlo, cometerían un delito de omisión. Es decir, su actuación o inacción está penalizado y el límite para incurrir en cualquiera de las dos situaciones es una delgada línea, entre un no hacer o hacer demasiado. Aseguran que la mejor manera de poner fin a esta situación es mediante la clarificación de las situaciones, el diálogo y la implementación de capacitaciones, actualización de conocimientos y manejo de armas.