

ARTÍCULO CIENTÍFICO

Parámetros para el cumplimiento de orden de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad.

Parameters for compliance with the order of the competent authority as a cause for the exclusion of unlawfulness.

Manobanda Chimbo, Rosa María ^I; Santillán Molina, Alberto Leonel ^{II}

I, rosamanobanda20@yahoo.com, Fiscalía Provincial Bolívar, Bolívar, Ecuador.

II. alionelsm@hotmail.com, Fiscalía provincial de Pichincha, Quito, Ecuador.

Recibido: 09/08/2020

Aprobado: 15/12/2020

Como citar en normas APA el artículo:

Manobanda Chimbo, R., M., Santillán Molina, A. L., (2021). Parámetros para el cumplimiento de orden de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad. *Debate jurídico Ecuador*, 4(1), 28-41.

RESUMEN

En el Derecho penal preexisten causas que han excluido a la antijuridicidad, por lo que un hecho típico puede no ser sancionado si la propia ley establece una causa de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente, todas previstas en el Código Orgánico Integral Penal. Por ello se analizó la última causa mencionada, en relación con los límites que debe respetar el servidor policial cuando hace uso de la fuerza. Dicho uso debe ser progresivo, proporcional y racional, criterios que deben ser definidos por el legislador, el propio servidor policial y el juez si los hechos fueran judicializados, lo que constituye un problema tanto para la doctrina como los sujetos mencionados, a causa de la ambigüedad que existe. En ese contexto, la investigación tiene como objetivo general analizar los parámetros que deben verificarse para que proceda el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad en el COIP. Para alcanzarlo se realizó una investigación documental, con enfoque explicativo y no experimental, y fueron aplicados los métodos inductivo, deductivo y exegético. El resultado obtenido es un análisis de los parámetros que debe respetar el servidor policial actuante para que los daños, lesiones o muerte causada no constituyan delito o violación de derechos humanos. Se concluye que la principal dificultad

para determinar esos parámetros son el carácter abstracto de los términos “progresiva”, “proporcional” y “racional” cuando se refieren al uso de la fuerza.

PALABRAS CLAVE: antijuridicidad, cumplimiento de orden legítima, justificación, uso de la fuerza

ABSTRACT

In criminal law, there are pre-existing causes that have excluded unlawfulness. Thus, a typical act might not be punished if the law itself confirms a cause of justification, such as legal defense, the state of necessity, and compliance with a legitimate and express order as a competent authority, therefore, all of these are supported by the Comprehensive Organic Criminal Code. That is why the last-mentioned case was analyzed, analyzing the limits that the police servant must consider when using excessive force. This practice should be progressive, proportional, and rational, criteria that must be defined by the legislator, the police officer himself, and the judge. These procedures constitute a problem for both the doctrine and the aforementioned subjects, because of the existence of ambiguity. In this context, the general objective of the investigation aims to analyze the parameters that must be verified for compliance with the legitimate order of the competent authority to proceed as a cause of exclusion of unlawfulness in the COIP. To achieve this, documentary research was carried out, with an explanatory and non-experimental approach, and the inductive - deductive methods were used to prove the feasibility of this study. The result obtained is an analysis of the parameters that the acting police officer must consider so that the damage, injury, or death caused does not constitute a crime or violation of human rights. In conclusion, the main problem in determining these parameters is the abstract nature of the terms "progressive" and "proportional" as well as "rational" when referring to the use of force.

KEYWORDS: unlawfulness, compliance with legitimate order, justification, use of force

INTRODUCCIÓN

Un ordenamiento jurídico se construye básicamente en torno a tres operadores deónticos: obligatorio, prohibido y permitido (Burgoa, 2018). Funciona para cualquier rama del Derecho, y en el caso del Derecho penal que consiste básicamente en prohibiciones que se configuran como delitos cuando se realiza la hipótesis prevista en la norma, mientras los permisos o autorizaciones funcionan como excluyentes de la antijuridicidad (Muñoz, 2017).

Para analizar la antijuridicidad es preciso avanzar desde la tipicidad, entendida ésta como la descripción de la conducta punible en una norma penal, a la que se atribuye como consecuencia una sanción. Entre la tipicidad y la antijuridicidad existe una relación esencial, ya que “ningún hecho, por antijurídico que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al

mismo tiempo, no es típico, es decir, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.” (Muñoz & García, 2019)

Asimismo, la existencia de la tipicidad solo es un indicio de la antijuridicidad de la conducta, pues debe verificarse que no exista en la propia ley penal una autorización para realizar la conducta típica, es decir, alguna causa que autorice la conducta típica en determinadas circunstancias. Ese acto de verificación corresponde al juez, quien ante un hecho típico “se limitará a investigar si en el caso no concurre una proposición permisiva.” (Roxin, 1979)

En el mismo sentido se expresa Muñoz: después de verificar que el hecho es típico corresponde avanzar en la “la determinación de la antijuridicidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito”. Por tanto, “la afirmación de que un hecho constituye un ilícito (...) requiere (...) la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción no está autorizada.” (Bacigalupo, 2020)

En la doctrina penal se consideran excluyentes de la antijuridicidad, es decir causas que autorizan o justifican la violación de la prohibición descrita en un tipo penal, la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente. Las tres están previstas como tales en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, y en relación con ellas el artículo 29 establece que, para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica, deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico. En consecuencia, la lesión que pueda resultar a un bien jurídico protegido por el Código no será antijurídica si está justificada en cualquiera de las tres causas de exclusión mencionadas.

Si se ponen en relación con los derechos humanos, la causa de exclusión de antijuridicidad más compleja es el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente, prevista en el artículo 30.1 de Código, por cuanto se relaciona directamente con el uso de la fuerza que puede hacer la Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, quienes están obligados, por mandato constitucional del artículo 163, a utilizar medios de disuasión y conciliación como alternativas al uso de la fuerza (Castro, 2016).

El problema en este punto se presenta en la determinación de los límites legales del uso de la fuerza; es decir, de la frontera entre el cumplimiento de la orden legítima y expresa de autoridad competente y la violación de derechos humanos por parte de la Policía Nacional, por ello se menciona lo siguiente:

El cumplimiento de un deber legal, es decir, el acto ordenado por un precepto jurídico ha sido concebido desde sus orígenes para la conducta de funcionarios como guardias, funcionarios de correos o aduanas, y empleados de los establecimientos penitenciarios, autorizando la lesión de bienes jurídicos individuales y supraindividuales (Castro, 2016).

Como exclusión de la antijuridicidad, “el cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente también ha sido objeto de instrumentos internacionales de derechos humanos como el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (ONU, 1979) y “los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley” (ONU, 1990), en ambos casos para establecer los límites mínimos del uso de la fuerza por las personas referidas.

En el Código Orgánico Integral Penal, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 301.1, el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente, excluye la antijuridicidad al causar una lesión, daño o muerte a otra persona, siempre que se cumplan los requisitos agregados por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal publicada en el Registro Oficial de 24 de diciembre de 2009, y que serán analizados más adelante.

Esa norma penal debe ponerse en relación el artículo 77.14 de la Constitución de la República, que señala sanciones penales y administrativas por el uso excesivo de la fuerza policial en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas. Como puede apreciarse, los límites entre el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente y la violación de derechos humanos son borrosos, como también lo son los requisitos de uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza desarrollados en el Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador (2014)

La determinación de esos límites, entre la legitimidad en la actuación de la Policía Nacional y la violación de derechos humanos está sujeta a la interpretación judicial, cuando tales hecho son denunciados y judicializados, pero en la práctica los agentes policiales al momento de ejecutar la orden escrita de autoridad competente, muchas veces exceden su accionar violando derechos de las personas, y se escudan en el cumplimiento de la orden como causa de exclusión de la antijuridicidad, lo que implica una vulneración de derechos por las amplias posibilidades interpretativas que abren los términos “progresivo”, “proporcional” y “racional” del uso de la fuerza, lo que influye

negativamente en la determinación de los parámetros sobre los cuales debe ejecutarse la disposición de la autoridad.

Por ello como objetivo de la investigación se plantea: Identificar los parámetros para el cumplimiento de orden de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad

MÉTODOS

Para alcanzar el objetivo planteado se realizó una investigación de carácter documental, de enfoque explicativo y de tipo no experimental. Las fuentes consultadas para su desarrollo son libros y artículos científicos de Derecho penal e investigaciones académicas todas ellas de los últimos cinco años, excepto algunas que permiten contextualizar en un tiempo anterior las discusiones doctrinales sobre las causas de exclusión de la antijuridicidad.

Adicionalmente, se analizan algunos instrumentos internacionales aplicables a la materia; la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal y las normas reglamentarias del Ministerio de Gobierno que regulan el uso progresivo y proporcional de la fuerza por parte de los miembros de la Policía Nacional.

Esas fuentes de investigación son abordadas con un enfoque explicativo, el cual permitió analizar las causas de exclusión de la antijuridicidad en la doctrina y en el Código Orgánico Integral Penal, con el propósito de determinar los parámetros que deben respetar los miembros de la Policía Nacional en el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente, para no incurrir en hechos delictivos o en violación de derechos humanos.

Finalmente, se ha realizado una investigación no experimental, basada en métodos cualitativos, por cuanto lo que se hace es un análisis de las normas que configuran el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad, que exige el uso progresivo, proporcional y racional de

la fuerza en el ejercicio de sus funciones constitucionales de orden público y seguridad ciudadana. Para su desarrollo se adoptó un enfoque cualitativo, de acuerdo con los objetivos y el tipo de fuentes a consultar, las cuales fueron abordadas según su carácter, distinguiendo entre fuentes teóricas y fuentes propiamente jurídicas.

Se aplicaron los siguientes métodos de investigación.

Métodos inductivo y deductivo: aplicados con la finalidad de sistematizar los conceptos y categorías relacionadas con la antijuridicidad como elemento del delito, las causas de exclusión y sus límites, el uso progresivo de la fuerza y los parámetros que deben verificarse en el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente para que sea causa de exclusión de la responsabilidad penal, cuando los miembros de la Policía Nacional causan daños, lesiones o muerte de una persona, para constatar la coherencia entre su formulación teórica y su construcción normativa en el Código Orgánico Integral Penal.

Método exegético: este método se aplicó a la interpretación exhaustiva y sistemática de las disposiciones jurídicas vigentes relativas a las funciones constitucionales y legales de la Policía Nacional, el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente como

causa de exclusión de la antijuridicidad y las posibles violaciones a los derechos humanos, cuando no se respetan los parámetros de uso progresivo, racional y proporcional de la fuerza.

El método empírico utilizado es el análisis de documentos pues se revisaron textos doctrinales y normas jurídicas relacionadas al tema de investigación.

RESULTADOS

Una de las características del Estado moderno es que monopoliza el uso de la fuerza, y en virtud de ello sólo las personas legalmente habilitadas pueden realizar funciones públicas de solución de conflictos de manera legítima, la aplicación de las leyes e incluso el uso de la fuerza. Por tanto, muchas veces la línea que separa la actuación legal de la comisión de un delito radica en la cualidad de la persona que realiza la acción u omisión jurídicamente relevante. Al respecto Nino (2013) indica que “lo que distingue a la pena de muerte del homicidio, a la cárcel del secuestro, a la multa del robo, a la pena infamante de la injuria, es que las primeras son ejecutadas por una autoridad competente.” (pág. 170). Desde esa perspectiva, es comprensible que la sentencia pronunciada por un juez genere consecuencias legales para el procesado (como la ejecución de una pena privativa de libertad por ejemplo), lo mismo que la expresión del notario público declarando marido y mujer a dos personas tiene efectos de carácter civil y patrimonial sobre los cónyuges.

Si la sentencia o la expresión del notario fueran pronunciadas por cualquier otra persona, no tendrían ningún efecto legal pues solo los dos funcionarios públicos mencionados pueden, legalmente, hacer que sus actos y las palabras adquieran efectos jurídicos vinculantes. Así lo ha referido (Ibáñez, 2018), con lo cual se concuerda ya que es lo que en la lógica deóntica se denominan expresiones performativas o realizativas, donde decir algo implica que suceda un cambio en el mundo y que tenga consecuencias legales para las personas.

Tras la mención de lo dicho por Nino (2011) se aplica al objeto de la presente investigación, que es el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad. Esta distinción entre pena de muerte y homicidio radica en que quien ejecuta el cumplimiento de orden legítima es un servidor público autorizado por la ley, mientras que cuando lo hace un particular, aun siendo el mismo hecho, constituye un delito porque la persona quien lo ejecutó no está habilitada por ley para realizar ese acto sin consecuencias. La norma penal solo le impone el deber de no hacerlo, pero si lo hace seguramente será sancionado. En cambio, el funcionario público que ejecuta la pena de muerte no solo está autorizado por la ley, sino que debe cumplir la orden legítima de su superior, bajo amenaza de sanción por desobediencia.

Manobanda Chimbo; Santillán Molina

Como ya se mencionó, existen otras causas de exclusión de la antijuridicidad cuando el hecho es típico, como son la legítima defensa y el estado de necesidad. A diferencia del cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, en las dos circunstancias indicadas la persona puede ser cualquiera, pues la ley no exige cualidad específica del sujeto activo, sin que en ningún caso den lugar a una violación de derechos fundamentales si la persona se excede en la legítima defensa (por ejemplo, sin existir proporcionalidad en el medio utilizado para repeler la amenaza) o no cumple los requisitos del estado de necesidad como excluyente de la antijuridicidad, aunque la conducta seguiría siendo punible, con una pena rebajada de acuerdo a lo previsto en el artículo 31 del Código Orgánico Integral Penal.

Por el contrario, si la causa de exclusión de la antijuridicidad es el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente, el análisis adquiere otra connotación, pues se trata de un sujeto especial (Policía Nacional en el caso que nos ocupa) cuya actuación en exceso puede dar lugar a una violación de derechos humanos, además del delito concreto de que se trate, que no quedará excluido de la antijuridicidad si se demuestra que los daños, lesiones o muerte causada en el ejercicio de sus funciones, no se corresponden con las circunstancias y los límites dentro de los que debió hacer uso de la fuerza.

El ejemplo entre la ejecución de la pena de muerte y el homicidio es extremo, pero sirve para ilustrar la exclusión de la antijuridicidad de un hecho típico cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima. Si no existiera tal orden, la actuación del funcionario público sería ilegal y por tanto constitutiva del delito de homicidio. Pero no siempre el uso de la fuerza tiene una connotación tan clara como una orden de ejecutar a un condenado a muerte, que es un hecho singular, sino que el propio funcionario debe decidir en muchos casos cómo actuar en las circunstancias concretas y cuáles son los límites que debe respetar, de acuerdo a los reglamentos y protocolos vigentes.

En algunos instrumentos internacionales se ha tratado de precisar esos límites. El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (ONU, 1979) establece en su numeral 3 que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”. Por su parte en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (ONU) distingue los casos en que se puede hacer uso de armas de fuego contra las personas:

En defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que

resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

La relevancia de ambos instrumentos, el Ecuador está sujeto a su cumplimiento, tal como se expresa en el informe “Legislación ecuatoriana respecto al uso progresivo de la Fuerza del antiguo Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos” (MJDHC, 2016). En cuanto a su contenido, solo definen pautas generales que deben adoptarse en la legislación de cada Estado, en Ecuador en el artículo 77.14 de la Constitución, se menciona respecto al uso de la fuerza como último recurso, en el artículo 301.1 del Código Orgánico Integral Penal que establece las circunstancias en que se excluye la antijuridicidad en el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente, y en el “Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador “ (CIDH, 2014).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca de “los estándares internacionales relevantes sobre el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales” en el Caso Hermanos Landaeta Mejía y otros vs Venezuela (CIDH, 2014). En el mismo, señaló que el Estado, si en su función de brindar protección contra las amenazas puede utilizar la fuerza letal.

Dicha facultad debe estar restringida a lo que sea estrictamente necesario y proporcionado. Si no responde a esos principios, el uso de la fuerza letal puede constituir una privación arbitraria de la vida o una ejecución sumaria. Ello equivale a decir que el uso de la fuerza letal tiene necesariamente que estar justificado por la necesidad de proteger la seguridad de todos; el uso de la fuerza puede estar justificado, por ejemplo, en la defensa propia o en la necesidad de neutralizar o desarmar a los individuos involucrados en un enfrentamiento armado. Sin embargo, si una persona pierde la vida como consecuencia del uso de la fuerza en forma excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, ese hecho equivaldrá a una privación arbitraria de la vida (CIDH)

Lo explicado hasta aquí demuestra que efectivamente tanto en la doctrina como en los instrumentos internacionales consultados, existen parámetros generales en cuanto a los límites que deben respetar las personas encargadas de hacer cumplir la ley, cuando de ello resultan, daños, lesiones o la muerte de una persona para que se excluya la antijuridicidad. No obstante, a falta de una limitación objetiva y precisa, la CIDH recurre a ejemplos donde cabría hacer una distinción entre uso justificado y uso excesivo de la fuerza, donde el primero sería causa de exclusión de la antijuridicidad y el segundo una actuación arbitraria con resultado dañoso para los bienes, la integridad física o la vida de una persona.

Manobanda Chimbo; Santillán Molina

La generalidad de esos criterios debe materializarse en la legislación de cada país, por lo cual en el siguiente apartado se analizan los parámetros concretos que deben respetar los miembros de la Policía Nacional en el cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente, para que proceda la exclusión de la antijuridicidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 30.1 del Código Orgánico Integral Penal.

DISCUSIÓN

Desde su entrada en vigencia en 2014, en su artículo 30 el Código Orgánico Integral Penal estableció las causas que excluyen la antijuridicidad, que son la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal. Con la reforma de diciembre de 2019 a ese artículo se le agregó el requisito de que la orden o el deber legal deben ser “debidamente comprobados”.

De la misma manera, se agregó con esa reforma los casos en que quedará excluida la antijuridicidad por cumplimiento de un deber legal, fijando tanto los requisitos como las circunstancias excluyentes. Para una mejor comprensión del tema, en este apartado se discuten los aspectos principales de esa causa de exclusión de la antijuridicidad. Lo primero a destacar es que incluye a dos clases sujetos especiales autorizados a hacer uso de la fuerza en el ejercicio de sus funciones, que son los servidores de la Policía Nacional y los de seguridad penitenciaria quienes serán excluidos de la antijuridicidad aunque causen lesión, daño o muerte a otra persona en el cumplimiento de sus funciones.

En ese contexto, cabe preguntarse bajo qué parámetros esos daños, lesiones o muerte, siendo en sí mismos hechos delictivos y como tales tipificados en el Código Orgánico Integral Penal, excluyen la antijuridicidad y por tanto dejan exentos de responsabilidad penal a los sujetos indicados. Las respuestas que ofrece el artículo 30.1 del Código Orgánico Integral Penal a primera vista no parecen satisfactorias, pues incluyen conceptos vagos cuyo contenido debe ser precisado por el intérprete o el juez, para verificar si se configuran o no alguna causa excluyente de la antijuridicidad.

Ese artículo establece tres circunstancias de exclusión de la antijuridicidad, y tienen como presupuesto que el servidor policial actúe en protección de un derecho propio o ajeno:

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

La norma establece que quedará excluida la antijuridicidad siempre y cuando la acción realizada reúna los tres requisitos, de donde habría de entenderse que la ausencia de uno de ellos es suficiente para los hechos sean típicos y antijurídicos, y por tanto el servidor policial deba responder por los daños, lesiones o muerte que hubiere ocasionado, y podrá aplicarse una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal. Los requisitos plantean niveles de complejidad distintos: acreditar que el servidor policial realizó los hechos en ejercicio de sus funciones como consecuencia de las mismas no debería representar gran dificultad en materia probatoria, bastaría determinar qué son y qué no son actos de servicios de acuerdo a los reglamentos y protocolos aplicables, y establecer si fuera necesario una relación causal entre los mismos y sus consecuencias. Al efecto el Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador, en su artículo 4, define el acto de servicio “como toda acción que ejecuta el servidor policial en cumplimiento específico de sus funciones policiales, en cualquier momento o circunstancia en que se halle acorde con la Constitución de la República y la ley.”

El segundo criterio, que exige el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza, supone otras dificultades, pues el contenido y límites de cada uno de los términos dependen de su interpretación, del contexto, las circunstancias y las posibilidades que el servidor actuante pueda tener oportunidad de materializarlos en un procedimiento particular. Ello puede depender de dos aspectos básicos: las circunstancias en que se den los hechos (no es lo mismo una manifestación pacífica que se sale de control que la fuga de internos de un centro penitenciario, y sin embargo los dos pueden requerir el uso de la fuerza pública) y los criterios, habilidades, conocimientos y competencia que pueda utilizar el servidor que se encuentra en esas circunstancias, así como su percepción en cuanto a la evolución y posibles consecuencias.

Dos ejemplos extremos pueden aportar mayor claridad a la discusión. Durante las manifestaciones de octubre de 2019 en Quito, tanto la Defensoría del Pueblo (2019) como la CIDH (El Comercio, 2019) consideraron que se hizo un uso excesivo de la fuerza, y la Policía Nacional fue duramente criticada por ello. En el otro extremo se sitúan los hechos que tuvieron lugar en la ciudad de Ibarra el 19 de enero, donde un hombre agredió físicamente a una mujer embarazada en la vía pública, frente a servidores policiales que no actuaron para detenerle e impedir el femicidio resultante.

En el primer caso podía no haber causa de exclusión de la antijuridicidad, pero las denuncias no pasaron a ser judicializadas; por el contrario, en el segundo pudo haber incumplimiento de funciones por no impedir la comisión de un delito grave que terminó con la vida de una mujer embarazada, cuando seguramente se debió usar la fuerza letal contra el agresor de acuerdo

Manobanda Chimbo; Santillán Molina

a los criterios fijados en la Constitución, el Código Orgánico Integral Penal y el Reglamento antes mencionado.

Los ejemplos muestran que en teoría resulta más fácil determinar la fuerza necesaria que debe usarse en un hecho particular que en una situación de aglomeración descontrolada o ataques frontales a los miembros de la Policía Nacional; sin embargo entre la teoría y la realidad puede haber una distancia que permite determinar cuándo debe hacer el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza para que proceda la exclusión de la antijuridicidad, y cuándo el no uso de la fuerza puede tener consecuencias graves para las personas que los servidores policiales deben proteger.

El tercer requisito del artículo 30.1 del Código Orgánico Integral Penal se refiere a que exista amenaza o riesgo inminente para la vida del servidor policial o de terceros. Ante esa circunstancia puede ocasionar daños, lesiones o muerte sin que el hecho se considere antijurídico, pues cuenta para ello con una autorización legal en el cumplimiento de sus funciones. El determinar en un caso concreto si existe riesgo o amenaza para la vida depende una vez más de las habilidades, preparación y conocimiento del servidor policial, pero parece claro que en el caso comentado de la ciudad de Ibarra probablemente faltó realizar ese cálculo, y se perdió una vida por la no actuación acorde a las circunstancias.

Las explicaciones anteriores demuestran la complejidad de determinar cuándo se configura el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad. Ello se debe a que, por una parte, los términos, progresivo, proporcional y racional respecto al uso de la fuerza están sujetos a diferentes interpretaciones igualmente válidas, y su contenido depende del contexto en que actúe el servidor policial, las circunstancias que deba afrontar y los criterios que tenga en cuenta para definir el curso de sus acciones.

Los parámetros indicados en los instrumentos internacionales también funcionan como una guía para la acción, pero deben ser interpretados por el legislador al momento de determinar los límites dentro de los cuales es legítimo el uso de la fuerza en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente. El segundo momento de esa concreción corresponde al servidor policial actuante, quien debe aplicar las normas reglamentarias y los protocolos que establecen los niveles de uso progresivo de la fuerza y los criterios de proporcionalidad y racionalidad, ajustándose a las circunstancias y a la evaluación técnica y operativa que haga de los hechos, y la posible resistencia que deba enfrentar.

El tercer momento corresponde a la interpretación que haga el juez, en el caso de que las denuncias por uso excesivo de la fuerza fueran judicializadas. A diferencia de los dos anteriores, la interpretación judicial deberá contrastar si en los hechos en que un

servidor policial haya causado daño, lesiones o muerte a una persona, se configura el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente como causa de exclusión de la antijuridicidad, o por el contrario hubo exceso en la causa de exclusión de la antijuridicidad y se configura un delito de daños, lesiones o muerte.

En resumen, los parámetros que deben verificarse en el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente, para que proceda como causa de exclusión de la antijuridicidad están previstos de manera general en los instrumentos internacionales indicados anteriormente, en las normas constitucionales vigentes y en el artículo 30.1 del Código Orgánico Integral Penal. En todos los casos remiten al uso progresivo, proporcional, racional y justificado de la fuerza frente a amenazas a la vida o bienes jurídicos protegidos, y solo cuando sea estrictamente necesario.

Esos criterios tienen tres niveles de concreción: el legislador al momento de tipificar las conductas delictivas y fijar las circunstancias en que el uso de la fuerza por el servidor policial excluye la antijuridicidad, tal como aparece en el artículo 30.1 del Código Orgánico Integral Penal; el servidor policial que debe actuar en ejercicio de su función constitucional de proteger el orden público y los derechos fundamentales, que debe aplicar criterios técnicos, reglamentarios y protocolares para enfrentar una situación concreta en que pueda causar daños, lesiones o muerte a una persona; y por último el juez que debe verificar si en los hechos sujetos a su juzgamiento se dan los requisitos de la exclusión de la antijuridicidad, o si por el contrario hubo un exceso en su empleo.

CONCLUSIONES

En la teoría de delito las causas de exclusión de la antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente; el examen de la antijuridicidad es posterior al de tipicidad y corresponde al juez determinarla, pues sólo una conducta típica prevista en la ley penal como delito puede ser antijurídica.

En el caso del cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente, que excluye la antijuridicidad de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, para que los daños, lesiones o muerte causadas por el servidor policial en ejercicio de sus funciones, deben justificarse en la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno mediante el uso de la fuerza que debe ser progresivo, proporcional y racional. Si se excede en su uso la conducta será típica, antijurídica y culpable y por tanto debe responder penalmente, aunque con una rebaja de la pena a imponer por el delito de que se trate.

Esos parámetros de uso de la fuerza tienen tres etapas para su determinación: la que realiza el legislador al prever las condiciones y circunstancias en que la conducta típica deja de ser

Manobanda Chimbo; Santillán Molina

antijurídica; la que debe realizar el servidor policial para discernir el nivel de amenaza y la respuesta proporcional para repelerla o neutralizarla, y finalmente la que realiza el juez cuando los hechos son judicializados, para determinar si los daños, lesiones o muerte ocasionada se justifican o por el contrario deben ser sancionadas.

La principal dificultad para definir los límites del cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente como causa de exclusión de la antijurídica, es la vaguedad de los términos “progresiva”, “proporcional” y “racional” cuando se refieren al uso de la fuerza, pues cada uno de los sujetos que debe determinar esos parámetros puede interpretarlas de manera distinta de acuerdo a su posición con relación a los hechos. Mientras el legislador lo hace en abstracto, el servidor policial debe hacerlo en el momento en que debe proteger los derechos o bienes en peligro, mientras el juez deberá interpretar esos términos de acuerdo a los hechos y los medios de prueba presentados en el proceso, con base en los cuales decidirá de manera motivada si los hechos son típicos y si las circunstancias en que sucedieron excluyen o no la antijuridicidad.

REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente.(2008).Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial de 20 de octubre.
- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial de 10 de febrero.
- Asamblea Nacional. (2019). Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial de 24 de diciembre.
- Bacigalupo, E. (2020). Manual de Derecho penal. Bogotá: Temis.
- Burgoa, C. (2018). La deóntica jurídica como clave en la interpretación de las leyes fiscales. Contaduría y Administración, 57-76.
- Castro, C. (2016). Lineamientos de la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. Dikaíon-Lo Justo, 199-231.
- CIDH, Hermanos Landaeta Mejía y otros vs Venezuela (CIDH 27 de agosto de 2014).
- Defensoría del Pueblo. (2019). Pronunciamiento sobre el uso excesivo por parte de la Policía Nacional. Quito: DPE. Recuperado el 8 de septiembre de 2020, de <https://www.dpe.gob.ec/la-defensoria-del-pueblo-condena-el-uso-excesivo-de-la-fuerza-por-parte-de-la-policia-nacional/>

- El Comercio. (4 de octubre de 2019). CIDH y Defensoría del Pueblo rechazan uso excesivo de la fuerza por parte de la Policía Nacional. El Comercio. Recuperado el 8 de septiembre de 2020, de <https://www.elcomercio.com/actualidad/derechos-humanos-policia-manifestaciones-paralizacion.html>
- Hormazabal, H. (1992). Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. Buenos Aires: Editorial Jurídica ConoSur.
- Ibañez, A. (2018). Imperativos, normas y verdad. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 123-142.
- MJDHC. (2016). Legislación ecuatoriana respecto al uso progresivo de la Fuerza. Quito: MJDHC. Recuperado el 8 de septiembre de 2020, de <https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2016/07/Ecuadorian-Legislation-Regarding-Progressive-Use-of-Force.pdf?x68217>
- Muñoz, F. (2017). Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires: Julio Césas Faira Editor.
- Muñoz, F., & García, M. (2019). Derecho Penal, Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nino, C. (2011). Introducción al análisis del Derecho. Ariel: Barcelona.
- Nino, C. (2013). Introducción al análisis del Derecho. Ariel: Barcelona (Vol. Segunda Edición). Buenos aires: Astrea. Obtenido de https://incipcba.files.wordpress.com/2013/08/introduccion_al_analisis_del_der_echo_-_carlos_santiago_nino.pdf
- ONU. (1979). Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. NUeva York: ONU.
- ONU. (1990). Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. La Habana: ONU.
- Ramírez, J. (1999). Principios Constitucionales del Derecho Procesal Colombiano. Medellín: Señal Editora.
- Roxin, C. (1979). Teoría del tipo penal. Buenos Aires: Depalma. Witker, J. (1996). Metodología Jurídica. México: MaGraw-Hill.