



LW
LP

U³FQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

Regulación del Uso de la Fuerza en Ecuador

Doménica Jiménez Alvarez

2021 / 04

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2021 / 03 / 07

Difundido: 2021 / 04 / 26

Materias: derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario

URL: <https://ssrn.com/abstract=3834613>

Citación sugerida: Jiménez Alvarez, Doménica. “Regulación del Uso de la Fuerza en Ecuador”. *USFQ Law Working Papers*, 2021/04, <https://ssrn.com/abstract=3834613>.

© Doménica Jiménez Alvarez

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

Regulación del Uso de la Fuerza en Ecuador¹

Regulation of the Use of Force in Ecuador

Doménica Jiménez Álvarez²
dome1400@gmail.com

Resumen:

Este trabajo tiene por objetivo analizar si el uso de la fuerza, tanto en situaciones de Derecho Internacional Humanitario como en situaciones bajo los Derechos Humanos, debe ser legislado mediante ley orgánica. Para sustentar esto, en la presente se analiza jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales, doctrina y legislación interna. Por lo tanto, la metodología usada para llegar al objetivo establecido es cualitativa. Tomado en cuenta todo esto, se pudo concluir que se debe legislar el uso de la fuerza mediante ley orgánica, tanto en circunstancias de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos (DDHH); que el contenido de la misma no contradice la Constitución, norma interna o los DDHH. Adicionalmente, se demostró que de esta manera se cumpliría a cabalidad con el principio de legalidad que rige el uso de la fuerza.

Palabras Clave: Uso de la Fuerza, Ley Orgánica, Principio Legalidad, DIH, DIDH

Abstract:

The following essay studies if the use of force should be legislated as an organic law, whether if it is under the threshold of Humanitarian Law or Human Rights. In order to answer this prerogative, this article will analyze jurisprudence from the Inter-American Court of Human Rights, doctrine, international instruments and Ecuadorian law. Therefore, the methodology that is used throughout this essay is qualitative. Taking into consideration the previous, this paper found that the use of force under Humanitarian Law or Human Rights circumstances, should be legislated as an organic law. Also, this paper found that a law with such content does not contradict the Ecuadorian Constitution nor human rights. Additionally, it was demonstrated that regulating the use of force through an organic law, would fully comply with the principle of legality that governs the use of force.

Key Words: *Use of Force, Organic Law, Principle of Legality, IHL, ILHR.*

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre 2020

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 Hugo Washington Cahueñas Muñoz

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

Sumario:

1. Introducción 2. Marco Teórico 2.1. Marco Normativo 2.2. Teorías y Sustentos 2.3 Estado del Arte 3. Uso de la Fuerza 3.1 ¿Qué es el Uso de la Fuerza? 3.2. Uso de la Fuerza 3.3. ¿Quién puede ser un Funcionario Encargado de Hacer Cumplir la Ley (FEHCL)? 3.4. Conflictos Armados, Disturbios y Tensiones 3.5. Zonas Grises 4. Legislación interna aplicable al uso de la fuerza 4.1. Ley Orgánica vs. Acuerdo Ministerial 4.2 Instituciones creadas por la Constitución 4.3 Limitación de Derechos 5. Legislación Comparada 5.1. Colombia 5.2. Perú 6. Conclusión

1. Introducción:

Los derechos humanos (DDHH) son facultades inherentes a las personas. El principal derecho y sin el cual no se pudiera ejercer los demás, es el derecho a la vida, es por esto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en su artículo 4 numeral 1, recalca que no se puede privar de la vida a una persona de manera injustificada, disposición también relacionada con su artículo 27 numeral 2 referente a la prohibición de suspensión de derechos. Empero, existen ciertas situaciones, en las que el Estado y sus funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (FEHCL), para poder garantizar los derechos de otras personas, podrían privarle a un tercero de su derecho a la vida. Lo cual debe estar enmarcado en estándares del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) relativos al uso proporcional y progresivo de la fuerza.

Al utilizar esta forma de control, en muchos casos se tiene que usar distintos tipos de fuerza que deben estar correctamente regulados, dado que las mismas pueden ir desde la resolución pacífica de conflictos hasta el uso de armas de fuego. El Pacto de San José y la Observación General 29 de las Naciones Unidas (ONU)³, han dispuesto que sea necesario revisar la situación y verificar si es que esta acción es totalmente necesaria y justificada. Es por esto que, para emplear la fuerza hay que tomar en cuenta ciertos principios para que la misma pueda ser justificada, como lo señalan algunos instrumentos internacionales, jurisprudencia y normativa interna. A partir de esto, surgen las interesantes interrogantes de si en Ecuador: ¿El uso de la fuerza debe estar regulado en cualquier cuerpo normativo? o si es que ¿El uso de la fuerza debe regularse mediante ley orgánica?

Para responder a esta interrogante, es fundamental tener presente el principio de legalidad, que exige que el uso de la fuerza sea regulado en una ley. Como se mencionó previamente, es imperativo regular de manera correcta el uso de la fuerza, dado que el FEHCL debe tener claridad al momento de proceder. Empero, Elizabeth Salmón plantea que no existe una normativa a nivel internacional que guíe la aplicación del uso de la fuerza en disturbios y mucho menos en las denominadas zonas grises⁴. Es por esto que, parte de regular la fuerza de manera correcta, implica necesariamente que el uso de la misma este regulado en una ley que ostente la jerarquía adecuada, como una ley orgánica.

³ “Ver”, Observación General 29: Estados de emergencia (artículo 4), Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 24 de julio de 2001, Párr. 4

⁴ “Ver”, “Elizabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 175.

Justamente, en la presente investigación se explorará si es que el uso de la fuerza debe regularse mediante ley orgánica. Para poder llegar a obtener esta respuesta, se estudiará la aplicación del uso de la fuerza tanto en el ámbito del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH), como en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Se estudiará el concepto de ley orgánica para entender por qué el uso de la fuerza debe regularse de esta manera. Se explicará en qué situaciones puede aplicarse y quién puede ejercerla.

A continuación, se expondrá cuál es el marco normativo interno sobre el uso de la fuerza. Se detallará también, cuáles son los peligros de no regular la fuerza de manera correcta. Una de las complicaciones que puede traer esta propuesta, es que el contenido de la misma sea contrario a la norma suprema ecuatoriana o a DDHH, por lo tanto, se explorará si es que la promulgación de una ley orgánica del uso de la fuerza contraviene la norma suprema ecuatoriana, los DDHH y el DIH. Para apoyar estas aseveraciones se expondrá doctrina, jurisprudencia, normativa interna e instrumentos internacionales. Por lo tanto, la metodología usada en la presente será cualitativa, dado que para resolver el problema planteado se usarán los instrumentos jurídicos mencionados previamente. De esta manera se demostrará que el uso de la fuerza debe estar regulado por ley orgánica.

2. Marco Teórico

2.1 Marco Normativo

El uso de la fuerza bajo el DIDH ha sido observado por algunos instrumentos internacionales, como “Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley” y “El Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley”. Estos instrumentos internacionales toman en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Principio de Legalidad del uso de la fuerza determina que cada estado regule esta práctica. En el Ecuador se puede identificar el Acuerdo Ministerial 4472 o Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía y el Acuerdo Ministerial 179 o Reglamento de Uso Progresivo Racional de la Fuerza por Miembros de las Fuerzas Armadas. El Acuerdo Ministerial 179, debido a una demanda de inconstitucionalidad se encuentra suspendido, hasta que la Corte Constitucional resuelva sobre el fondo de la demanda. De todos modos, es importante mencionarlo.

Existe el empleo de la fuerza en escenarios que salen del umbral de los DDHH. Estos escenarios son identificados como conflictos armados, sean internacionales o no internacionales. La rama de derecho que regula este empleo de la fuerza es el DIH. Al momento, Ecuador ha ratificado los cuatro Convenios de Ginebra y sus protocolos, de manera complementaria el Código Orgánico Integral Penal (COIP)⁵, que tipifica algunos crímenes de guerra.

En el derecho comparado, algunos ordenamientos jurídicos han regulado mediante ley el uso de fuerza. En este estudio serán analizados los marcos jurídicos de Colombia y Perú para poder ejemplificar que es posible el regular la fuerza por medio de una normativa que tenga rango de ley y que al hacerlo no se transgreden derechos humanos. De esta manera, evidenciar como en estos dos ordenamientos jurídicos se legisla el uso de la fuerza y los parámetros que utilizan.

2.2 Teorías o Sustentos

Por un lado, Eduardo Luis Llorens y Clarins sostienen que tener un orden jerárquico de normas es inconveniente, dado que es “imprecisa y por lo tanto poco apta para fundamentar un criterio doctrinal o práctico”⁶. El autor continúa diciendo que es difícil de trazar el límite entre disposiciones generales y particulares, debido a que todas responden a un criterio general. El autor, menciona también que el:

contenido de «la ley» sirve, [...], para delimitar la extensión de la competencia del órgano a que se atribuye la facultad legislativa, [y] para señalar todas las decisiones que han de ser declaradas por medio de una ley⁷.

Por otro lado, Hans Kelsen, expone qué es la pirámide de normas, en donde explica que es la jerarquía normativa y la importancia de la misma. La idea de esta pirámide es “categorizar las diferentes clases de normas ubicándolas en una forma fácil de distinguir cual predomina sobre las demás, ej. Constitución, ley, decreto ley, ordenanza etc.”⁸. Hans Kelsen, explica que es necesaria la existencia de una norma superior que brinde validez a las otras. Kelsen, argumenta que dicha norma es la

⁵ “Ver”, Código Orgánico Integral Penal (COIP), Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, Artículos 101-110.

⁶ Eduardo Luis Llorens y Clarins, *La igualdad Ante la Ley: El Estado y Sus Órganos*, “La Ley”, (Sevilla: Atentica Ediciones Universitarias, 2015). 67

⁷ “Id”.

⁸ Mario Galindo Soza, “La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico”, *Revista Jurídica Derecho 7*, núm. 9 (julio de 2018).

Constitución y que esta puede “determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido”⁹. Esta teoría es la que sigue el sistema normativo ecuatoriano en su artículo 425 de la Constitución.

Por su parte, el Principio de Legalidad que rige el uso de la fuerza, manda que la facultad de usar la misma este regulado por cada Estado al disponer que:

Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de [los FEHCL]”¹⁰.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Montero Aranguren vs Venezuela* establece que los Estados deben crear legislación interna para “establecer pautas lo suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales”¹¹, agregando a esto la Corte IDH en el *Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador* detalla que el uso de la fuerza letal y las armas de fuego “debe estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia”¹². Asimismo, Amnistía Internacional plantea que “en particular, el uso de la fuerza debe estar al servicio de un objetivo legítimo establecido por ley”¹³. Finalmente, la Constitución abre la puerta para que el uso de la fuerza ostente este rango en su artículo 133 numeral 1, al disponer que “serán leyes orgánicas:1. [l]as que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.”¹⁴, en otras palabras, parecería dictaminar que cuestiones como el uso de la fuerza deben estar reguladas por ley orgánica.

⁹ Hans, Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, “La estructura Jerárquica de un orden Jurídico Nacional” (*Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009*),118.

¹⁰ Principio 1, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

¹¹ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 de julio de 2006. Párr.75.

¹² Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 4 de julio de 2007. Párr.84.

¹³ Amnistía Internacional, *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*, (Madrid: Amnistía Internacional, 2016),14.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008. Artículo 133 numeral 1.

2.3 Estado del Arte o Estado de la Cuestión

A continuación, se analizará cual es el estado de la cuestión o estado del arte que se propone. Es decir, se quiere llegar a determinar qué es lo que se ha dicho hasta el momento, sobre el tema a hacer analizado tanto a nivel doctrinario como legislativo.

2.4 Desarrollo del Estado del Arte

Es imperativo que el uso de la fuerza esté regulado bajo ley orgánica, dado que limita derechos y organiza a instituciones establecidas en la Constitución. Además, se debe añadir que, si es que no se regula el uso de la fuerza de manera correcta, puede existir un uso desproporcionado de la misma. Uno de los principios que rigen el uso de esta, es el Principio de Legalidad. Al respecto, doctrinarios como Blanca Olvera mencionan que este principio hace referencia a “que la facultad policial de usar la fuerza debe estar fundada en la legislación nacional y, en particular, debe estar al servicio de un objetivo legítimo establecido por la ley”¹⁵. Pedro Villanueva plantea que es necesario tener una ley que regule el empleo de la fuerza y, en especial, cuando en el uso de la misma, estén envueltas armas de fuego¹⁶.

Existe oposición a que ciertos aspectos del uso de la fuerza sean regularizados, como por ejemplo el hecho que los militares puedan hacer uso de esta en contextos como conmociones civiles. En la demanda de inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial 179, caso No. 29-20-IN¹⁷, en el cual se encuentran disposiciones que regulan el uso de la fuerza para los militares, se alega que el mismo atenta contra derechos como la vida o el derecho a la huelga. Al respecto, el artículo 158 de la Constitución del Ecuador solamente prevé que el uso de la misma pueda ser empleado por los policías¹⁸. Sin embargo, de alguna forma abre la puerta para que pueda ser usada por las Fuerzas Armadas (FFAA), al decir que “[l]as Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los

¹⁵ Blanca, Olvera, *Uso Legítimo de la Fuerza*, “Uso y Abuso de la Violencia Legítima: Una Reflexión Eclética”, Gerardo Herrera, (México: Tirant lo Blanch, 2018), 120.

¹⁶ “Ver”, Pedro, Villanueva, “Fuerza pública, empleo de armas de fuego y derecho humano a la vida: Restableciendo el balance”, *Pólemos*, el 16 de septiembre de 2016, <https://polemos.pe/fuerza-publica-empleo-armas-fuego-derecho-humano-la-vida-restableciendo-balance/>.

¹⁷ “Ver”, Caso No.29-20.IN, Corte Constitucional, Sala de Admisión de la Corte Constitucional, 2 de julio de 2020, Párr. 3 y 5.

¹⁸ “Ver”, Artículo 158 Constitución de la República del Ecuador. El tercer párrafo del artículo señala que: “Las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, y respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico”.

derechos, libertades y garantías de los ciudadanos”¹⁹. Este criterio es compartido por la Ley de Seguridad Pública y del Estado²⁰ y la Ley de Defensa Nacional²¹.

Por otro lado, se alega en la misma demanda que las FFAA en el Ecuador no pueden ejercer esta función. Es un hecho reconocido que se ha empleado FFAA para poder mantener el orden público. Es por esto y para evitar un uso desproporcionado de la fuerza, que es necesario una norma clara y la Constitución en su artículo 133 numerales 1 y 2 ordena que sea regulado por ley orgánica cuestiones que impliquen la regularización y funcionamiento de instituciones creadas por la Constitución y las que también regulen derechos y garantías constitucionales²². Por lo tanto, se puede entender que la Constitución manda a que el uso de la fuerza sea legislado mediante ley orgánica.

Elisabeth Salmón hace referencia a la necesidad de que exista un desarrollo normativo más extenso al respecto. Menciona que, los Estados coinciden en que debe haber una protección de la persona bajo estas circunstancias y esta obligación de hacerlo no parece “haber conseguido en esas situaciones límite el grado de aplicación y eficacia acordes con el citado desarrollo normativo y con su más que probable cristalización consuetudinaria”²³. Explica que el resultado de esto es que no existe suficiente protección internacional a las víctimas de disturbios y tensiones que da pie a verdaderas zonas grises en donde se cuestiona la normativa a ser aplicada.

Con respecto de las zonas grises, Aurel Sari define que estas son conflictos estatales y no estatales que se encuentran entre la “guerra” y la paz²⁴. Una de las preocupaciones en cuanto a estas situaciones, es que debido a la definición de zonas grises no se encuentra certeza alguna sobre qué ley aplicar en estas circunstancias, de esta manera, se abre la puerta para que existan usos excesivos de la fuerza dado que no se sabe qué fuerza aplicar y bajo qué parámetros hacerlo²⁵.

¹⁹ “Id”.

²⁰ “Ver”, Ley de Seguridad Pública y del Estado, Registro Oficial suplemento 35, 28 de septiembre de 2009. Artículo 45.

²¹ “Ver”, Ley Orgánica de Defensa Nacional, Registro Oficial 4, 19 de enero 2007, Disposición General sexta.

²² “Ver”, Artículo 133 numeral 1 y 2. Constitución de la República del Ecuador.

²³ Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 175.

²⁴ “Ver”, Aurel Sari, *Legal Resilience in an Era of Gray Zone Conflicts and Hybrid Threats*, SSRN *Electronic Journal*, 2019, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3315682>. 16

²⁵ “Ver”, Aurel Sari, *Legal Resilience in an Era of Gray Zone Conflicts and Hybrid Threats*, SSRN *Electronic Journal*, 2019, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3315682>. 16. Aurel Sari, expresa esta preocupación de la siguiente manera: “by definition, this space is marked by ambiguity about the nature of the conflict and the legal status of the parties, which in turn generates uncertainty about the applicable law”.

3 Uso de la Fuerza

3.1 ¿Qué es el Uso de la Fuerza?

El uso de la fuerza se refiere a aquella o aquellas acciones que FEHCL toman para proteger su propia integridad y la de terceros “ejerciendo el nivel de fuerza adecuado y suficiente para inhibir las conductas delictivas sin cometer excesos que vulneren los derechos, incluso de los propios infractores”²⁶. Instrumentos internacionales como los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego para los FEHCL, describen a la fuerza como aquellas medidas en lo posible no violentas que los FEHCL deben aplicar antes de recurrir a la fuerza²⁷.

El Principio Básico 20 sobre el Empleo de la de la Fuerza, prevé e insta que los instrumentos que se utilicen para hacer uso de la fuerza, de ser posible reemplacen la fuerza por métodos menos lesivos como la solución pacífica de conflictos. El Acuerdo Ministerial 4472 o Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la policía ecuatoriana, en su artículo 8 tiene una descripción muy parecida a las anteriores mencionadas, al disponer:

[c]uándo se estén afectando o exista inminente riesgo de vulneración de los derechos y garantías constitucionales de personas naturales y/o jurídicas, la paz pública y la seguridad ciudadana [...], al no existir otro medio alternativo para lograr el objetivo legal buscado; ésta será de forma oportuna, necesaria, proporcional, racional y legal²⁸.

De acuerdo a lo mencionado, se puede inferir que el uso de la fuerza tiene por objeto hacer cumplir la ley, velar por los derechos, por la seguridad de terceros y de los FEHCL.

Es necesario recalcar que no existe una definición exacta de uso de la fuerza. La razón de ser de esto, según Olvera, es que para lograr construir una definición se tendría que resolver ciertas cuestiones que no tienen una respuesta fácil²⁹. Las cuestiones a resolver planteadas por la autora son preguntas que van desde el cómo aplicar el uso de la fuerza, qué nivel de la fuerza se podría usar, con base en qué puedo emplear esos niveles, cómo se puede lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales y las

²⁶ Blanca, Olvera, *Uso Legítimo de la Fuerza*,” El Uso Legítimo de la Fuerza en La Policía Federal de México”, Mameluca Castilla, (México: Tirano Lo Blanch, 2018), 29.

²⁷ “Ver”, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 1990, Principio 14.

²⁸ Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía, Acuerdo Ministerial 4472, Registro Oficial 314, 19 de agosto de 2014.

²⁹ “Ver”, Blanca, Olvera, *Uso Legítimo de la Fuerza*,” El Uso Legítimo de la Fuerza en La Policía Federal de México”, Manelich Castilla, (México: Tirano Lo Blanch, 2018), 30.

personas que intervienen en esas circunstancias³⁰. Consecuentemente, sería imposible encontrar una definición que recoja las respuestas a todas estas preguntas.

Si bien es cierto, no existe una definición general de uso de la fuerza, existe normativa internacional e interna, jurisprudencia y doctrina que brindan parámetros para hacer uso de la misma. “Las medidas de actuación en caso que resulte imperioso el uso de la fuerza, [e]sta debe realizarse en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad”³¹, estos parámetros están explicados de forma detallada en el artículo 8 del Reglamento 4472 mencionado previamente y en sentencias como el Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador³², en donde explican que estos principios deben ser tomados en cuenta para que el uso de la fuerza sea justificado. Estos principios son: legalidad, necesidad y proporcionalidad.

El primer requisito explica que es imperativa la existencia de una ley que defina como debe emplearse el uso de la misma. Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza en su Principio 1, recogen expresamente a este principio al prescribir que los gobiernos y organismos encargados de hacer cumplir la ley tienen que adoptar normativa para emplear la fuerza y armas de fuego. La necesidad, implica verificar la existencia de formas menos lesivas de proceder, con la finalidad de poder proteger a las personas o actuar frente a la situación que amerite el uso de la fuerza³³. Adicionalmente, este principio recalca que no se puede, ni se debe mal interpretar la necesidad para utilizar fuerza en situaciones que no representen ningún peligro. Estas observaciones también son recogidas por el Tribunal Europeo en el Caso Kakoulli Vs. Turquía³⁴. Finalmente, se debe observar que el nivel de fuerza que se utiliza sea proporcional al nivel de resistencia enfrentada. El tribunal hace una precisión en cuanto a este principio e insta a los FEHCL a tomar en cuenta el:

criterio de uso diferenciado y progresivo 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 fuerza, según corresponda³⁵.

³⁰“*Id.*”.

³¹Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Corte Internacional Derechos Humanos Sentencia de 24 de octubre de 2012. Párr. 85.

³²“*Ver*”, “Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Corte Internacional Derechos Humanos, Sentencia de 4 de julio de 2007. Párr. 85.

³³“*Id.*”.

³⁴“*Ver*”, Case Kakoulli v Turkey, European Court of Human Rights, 22 de Noviembre del 2005. Párr. 108.

³⁵ Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Corte Internacional Derechos Humanos Sentencia de 24 de octubre de 2012. Párr. 85.

Zaffaroni hace una puntualización en cuanto al significado del instrumento a usar, y menciona que esto no significa que debe haber una proporcionalidad de instrumentos, sino que debe existir una proporcionalidad entre la conducta lesiva y defensiva³⁶.

3.2 Uso de la Fuerza en DIH

El Derecho Internacional Humanitario o DIH, también conocido como *Ius in bello*, trata de establecer normas para limitar los efectos y humanizar los conflictos armados. Es importante señalar que esta rama del derecho no prohíbe ni permite los conflictos armados³⁷. En estos escenarios se usa la fuerza de manera distinta, y es importante diferenciar como se usa la misma en contextos como son las conmociones sociales normados por el DIDH. El uso de la fuerza en contexto de conflictos armados está regulado por los Convenios de Ginebra, los Protocolos Adicionales a los mismos, la costumbre internacional y los principios básicos del DIH.

Si bien es cierto, el uso de la fuerza en el contexto de disturbios y tensiones interinas es distinto, comparten algunos principios, pero su alcance es totalmente diferente. El DIH, tiene varios principios, pero los principales son el de humanidad y distinción. El principio de humanidad establece que debe tratarse con humanidad a las personas que no participen de las hostilidades, las que participen y las que estén fuera del combate³⁸. El principio de distinción³⁹, dispone que se debe distinguir entre la población y bienes civiles de los combatientes⁴⁰, dado que los ataques solamente podrán ser dirigidos a los segundos.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad en el DIH hace referencia al tipo de métodos y medios que se pueden emplear dentro de un conflicto armado en virtud de una ventaja militar concreta y directa, siendo esto el tipo de armas a utilizarse y como se pueden utilizar. Se debe destacar que el uso de este principio en este ámbito es completamente diferente al de uso de la fuerza en el DIDH. Este principio prohíbe

³⁶ “Ver”, Zaffaroni, Eugenio, et al, *Derecho Penal: Parte General*. (Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002). 615.

³⁷“Ver”, Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 28

³⁸“Ver”, Cruz Roja, “Principios Generales Básicos del Derecho Internacional Humanitario”, http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647079&_dad=portal30&_schema=PORTAL30#::~:txt=Los%20Principios%20generales%20del%20Derecho,aplicables%20en%20los%20conflictos%20armados.

³⁹ “Id”.

⁴⁰“Ver”, El Protocolo Adicional Primero a los Convenios en su artículo 44 numeral 3 literal a, define quien es considerado como combatiente. Dice que combatientes deben distinguirse de la población civil en todo momento.

expresamente “armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista”⁴¹.

Como se puede observar, el uso de la fuerza en estas circunstancias al igual que en el contexto del DIDH, busca restaurar el orden social y proteger a la persona humana. No obstante, el DIH usa la fuerza para debilitar al “enemigo y, para ello, usan la fuerza letal contra objetivos militares como primer recurso”⁴², y ese uso no se limita a situaciones de estricta necesidad como en el DIDH.⁴³

3.3 ¿Quién puede ser un Funcionario Encargado de Hacer Cumplir la Ley (FEHCL)?

Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego y el Código de Conducta para los FEHCL, disponen que se puede considerar como FEHCL a los miembros de la policía, así como a los miembros de las FFAA. En los considerandos de los Principios Básicos, al mencionar a los FEHCL, este pone un asterisco para definirlos. Este asterisco reafirma el hecho que son “todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención”⁴⁴, adicionalmente les dota de esta calidad a los miembros de las FFAA al decir que en los países en que las FFAA ejercen funciones de la policía “se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende los funcionarios de esos servicios”⁴⁵.

El Código de Conducta para los FEHCL en su artículo 1 literal B, también prevé que aparte de los miembros de la policía se pueden denominar como FEHCL a los miembros de las FFAA .Por lo tanto, es importante que exista un entrenamiento adecuado para emplear la fuerza.⁴⁶

⁴¹ Cruz Roja, “Principios Generales Básicos del Derecho Internacional Humanitario”, http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647079&_dad=portal30&_schema=PORTAL30#:~:text=Los%20Principios%20generales%20del%20Derecho,aplicables%20en%20los%20conflictos%20armados.

⁴² “Uso de la fuerza en escenarios de conflicto armado y de violencia”, Artículo, Comité Internacional de la Cruz Roja, el 20 de junio de 2018, América/Colombia, <https://www.icrc.org/es/document/uso-de-la-fuerza-en-escenarios-de-conflicto-armado-y-de-violencia>.

⁴³ “Id”.

⁴⁴ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

⁴⁵ “Id”.

⁴⁶ “Ver”, Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la ley, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 1979, Artículo 8 literal b.

La Corte IDH también revisa esta posibilidad y ha emitido sentencias al respecto, como Zambrano Vélez y otros vs Ecuador ⁴⁷ y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs Venezuela⁴⁸. La Corte IDH en ambos casos considera que, cuando los Estados utilizan a las FFAA para poder controlar emergencias o situaciones de alteración al orden público “deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos”⁴⁹, dado que el entrenamiento que reciben las FFAA está pensado para enfrentar un conflicto armado, más no para control de los civiles. Es por esto que en los Principios Básicos Sobre Empleo de la Fuerza en su principio 21, se recalca que es necesario que los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley, provean entrenamiento a los FEHCL para situaciones en las que “empleen la fuerza o armas de fuego para sobrellevar las tensiones propias de esas situaciones”⁵⁰.

De esta manera se aseverará que el uso de la fuerza, además de otras consideraciones, debe estar regulado por ley y si el ordenamiento interno de cada Estado abre la posibilidad, debería estar regulado en una ley de alta jerarquía. Este planteamiento es importante, porque por un lado valida el uso de la fuerza, y, por otro lado, define cuáles son los límites y la manera de proceder para utilizarla. Además, se puede afirmar que el uso de la fuerza, persigue como fin último mantener el orden público en situaciones de disturbios o situaciones que no alcanzan el umbral del DIH, proteger los derechos de las personas implicadas en estas situaciones y la seguridad de la ciudadanía como la de los FEHCL. Se estableció también, que se puede considerar como FEHCL, tanto a los miembros de la policía y los miembros de las FFAA.

Como se puede observar, el uso de la fuerza se desempeña en situaciones de conmociones civiles o conflictos armados. Sin embargo, es pertinente analizar el uso de la fuerza en situaciones distintas a alteraciones de orden público que están en una zona poco clara entre el DIH o DIDH. Es por esto que a continuación se estudiará la aplicación del uso de la fuerza en conflictos, disturbios, tensiones; y, posteriormente, en las denominadas zonas grises.

⁴⁷“*Ver*”, Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Corte Internacional de Derechos Humanos. Sentencia de 4 de julio de 2007. Párr. 51.

⁴⁸“*Ver*”, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Corte Internacional de Derechos Humanos. Párr. 78

⁴⁹ “*Id*”.

⁵⁰ Principio 21, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

3.4 Conflictos armados, disturbios y tensiones

Los conflictos armados son parte del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario o DIH. El DIH es una rama del derecho internacional que contiene normas, “que, por razones humanitarias, trata[n] de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer guerra”⁵¹. Elisabeth Salmón establece que ni los Convenios de Ginebra ni en los Protocolos que regulan el DIH, tienen una definición exacta de conflicto armado, es por esto que se puede recurrir a jurisprudencia para poder tener un concepto de conflicto armado. El Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia (TPIY) en el Caso Dusko Tádick, en donde la corte analiza su responsabilidad penal individual por crímenes de lesa humanidad y de guerra⁵², explica que existe conflicto armado cuando: “[s]e recurre a la fuerza entre Estados o hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado”⁵³.

A partir de esta definición, se pueden categorizar a los conflictos armados en dos: 1) los que se pueden denominar como Conflictos Armados Internacionales (CAI) y 2) Conflictos Armados No Internacionales (CANI). Para identificar a un CAI, se debe observar si es que este conflicto se suscita entre una o más “Altas Partes Contratantes, aunque una de una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”⁵⁴. El Protocolo Adicional I, agrega que estas situaciones podrían ser “pueblos [que] luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas”⁵⁵. La normativa aplicable al CAI son: Convenios de Ginebra, Protocolo Adicional Primero a los cuatro Convenios de Ginebra, principios y normas consuetudinarias del DIH y reglas sobre la Haya sobre métodos y medios de combate. Un CANI de alta intensidad, se pueden identificar según lo que establece el Protocolo Adicional II artículo 1, donde se expresa que el conflicto debe ser entre las FFAA de una Alta Parte Contratante y FFAA disidentes o grupos armados organizados, que estén bajo el comando de una persona y

⁵¹ Cruz Roja "¿Qué es el derecho internacional humanitario?", consultado el 21 de septiembre de 2020, <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf>.

⁵² “*Ver*”, María José León y Juan Sebastián Rocha, “Responsabilidad Penal Individual: Un Análisis Crítico al Caso Tadic y sus Repercusiones Internacionales”, Revista Investigación Académica y Educación: Instituto Superior Tecnológico Cruz Roja Ecuatoriana (2019), 31.

⁵³ Fiscal Vs. Tadic, Tribunal Para la Ex -Yugoslavia, de 7 de mayo de 1997, párr. 628.

⁵⁴ Artículo 2 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, 12 de agosto de 1949, Ratificados por el Ecuador el 11 de agosto de 1954.

⁵⁵ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 08 de Junio de 1977, Ratificado por el Ecuador el 10 de Abril de 1979. Artículo 1 numeral 4.

que “ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”⁵⁶.

Adicionalmente, el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra habla de los conflictos que pueden ocurrir en una Alta Parte Contratante (CANI). En el Artículo 3 Común, a diferencia del Protocolo Adicional II, no se exige control territorial para que exista un CANI. En consecuencia, un CANI de baja intensidad es una “situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado”⁵⁷. Por ende, “la intensidad y organización sólo resulta útil para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional”⁵⁸.

La intensidad se puede determinar, entre otros, por la cantidad de enfrentamientos, las consecuencias humanitarias, el tipo de armamento empleado, la duración y la fuerza de seguridad empleada⁵⁹. Los criterios para analizar la existencia de organización son: “estructura de mando, [...] centro de operaciones, [...], transportar y distribuir armas, [...] capacidad del grupo de planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares, [...], capacidad para negociar y pactar acuerdos, [...]”⁶⁰. La normativa aplicable a un CANI es: el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, principios y costumbre del DIH; y para los CANIs de alta intensidad se agrega el Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra⁶¹.

Por otro lado, Christophe Swinaeski define a los disturbios como un enfrentamiento dentro de un Estado “que presente cierta gravedad o duración e implique actos de violencia”⁶², este tipo de actos violentos pueden llegar a ser rebeliones espontáneas hasta luchas grupales, o actos violentos contra el Estado. Las tensiones internas están por debajo de los disturbios interiores, dado que no implican enfrentamientos violentos. Las tensiones en un Estado pueden ser de índole religiosa,

⁵⁶ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 08 de Junio de 1977, Ratificado por el Ecuador el 10 de Abril de 1979.

⁵⁷ Fiscal Vs. Tadic, Tribunal Para la Ex -Yugoslavia, de 7 de mayo de 1997, párr. 628.

⁵⁸ Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 31.

⁵⁹ “Ver”, Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 133.

⁶⁰ El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, informe, Cruz Roja, 3 IIC/11/5.1.2, 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2011, Pág. 10.

⁶¹ “Ver”, Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 121.

⁶² Christophe Swinarski, “Introducción al Derecho Internacional Humanitario”, sec. Noción de Disturbios Interiores y de Tensiones Internas, Cruz Roja (1984).

social, económica, racial o pueden ser originados por “secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores que afectan al territorio de un Estado”⁶³. Por lo tanto, se pueden diferenciar a los disturbios y las tensiones interiores de un conflicto armado, porque carecen ese nivel de organización y de intensidad que se requiere para que sean categorizados como un CANI, y mucho menos pueden ser incluidos como un CAI⁶⁴.

El uso de la fuerza en un conflicto armado es diferente a un escenario de disturbios o tensiones internas; por ello, las reglas a aplicar en estas situaciones también son diferentes. Así lo resalta el Protocolo Adicional Segundo de los Convenios de Ginebra en su artículo 1 numeral segundo, el DIH no aplica en estas situaciones. En este caso el régimen aplicable a estas situaciones de violencia es el DIDH con instrumentos de *soft law* como los principios Básicos y Código de Conducta para los FEHCL, así como el derecho interno de cada Estado⁶⁵. Sin embargo, y a pesar del conceso que existe en cuanto a una obligación estatal de proteger a personas en estas situaciones, según Salmón, no existe una “protección internacional de las víctimas de los disturbios interiores y las tensiones internas... [generando] una verdadera zona gris en la que el recurso a las normas del DIH debe enriquecer y clarificar el estándar de protección”⁶⁶. Por lo tanto, es importante establecer una manera adecuada y precisa de regular estas zonas grises y el uso de la fuerza bajo el DIDH y DIH. Es imperativo que cada Estado regule de manera correcta el uso de la fuerza y aplique los pocos instrumentos internacionales existentes.

3.5 Zonas Grises

Se puede definir a las zonas grises o zonas de sombra como aquellas situaciones en donde existe una situación de violencia entre la paz y un conflicto armado. Es decir que, son situaciones de violencia en donde no se alcanza el umbral de un conflicto armado bajo el DIH, pero tampoco se puede ver calificado como un disturbio, en donde pueden existir violaciones a derechos fundamentales de los individuos que se encuentran en medio de esta situación dual⁶⁷.

⁶³ “*Id*”.

⁶⁴“*Ver*”, Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú).123

⁶⁵ “*Id*”,176.

⁶⁶ Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú). 176

⁶⁷“*Ver*”, Hugo, Cahueñas. *Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario: Cruz Roja y el Contexto en Perú*. (Quito: Flacso, 2013), 4.

Un claro ejemplo de esto, son las situaciones vividas en Perú dentro de los años 80's y 2000. En estos años Perú fue escenario de un CANI entre el Estado y los grupos Movimiento Revolucionario Túpac Amará (MRTA) y Sendero Luminoso, donde tanto los miembros de la Policía Nacional de Perú como sus FFAA, tuvieron que enfrentar a estos dos grupos. A pesar de que se alcanzó un acuerdo de paz, los actos de violencia por parte de Sendero Luminoso continuaron, actos que violaban derechos fundamentales como la vida⁶⁸. Adicionalmente a estos actos de violencia, se podían observar otros como disturbios, conflictos sociales, trata de niños, crimen organizado; algunos de estos actos guardan relación con el grupo Sendero Luminoso⁶⁹. Se debe mencionar que estos actos de violencia aún persisten en la zona del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM)⁷⁰.

La naturaleza de estas situaciones hace que sea difícil regular el proceder por parte de la Policía Nacional y las FFAA, porque como se explicó previamente, se encuentran frente a zonas grises. Por ello es necesario preguntarse qué normativa se puede utilizar en estas situaciones. El uso de la fuerza está dirigido a mantener el orden público y a asegurar el ejercicio de derechos fundamentales. Así, como se estableció previamente, debe regirse por el DIDH en las situaciones que no alcancen el umbral de un conflicto armado.

Las Normas Humanitarias Mínimas Aplicables o también llamada Declaración de Turku, el cual es considerado como *soft law*, en situaciones de estado de excepción, en su artículo 1 plantea que, las normas humanitarias “mínimas aplicables en todas las situaciones, incluidos los casos de violencia interna, los conflictos étnicos, religiosos y nacionales, los disturbios, las tensiones y en las situaciones excepcionales”⁷¹. En los antecedentes a esta declaración menciona que se deben respetar normas previstas en la misma sobre todo en “situaciones de violencia interna de todo tipo y en la zona gris entre la guerra y la paz”⁷². Elisabeth Salmón señala que este instrumento trata de “clarificar la zona gris de la violencia interna donde usualmente los [DDHH] son suspendidos por razones de excepción y el DIH cuestionado porque no se ha alcanzado su umbral de

⁶⁸ “*Id.*”, 49 -55.

⁶⁹ “*Id.*”, 55-60.

⁷⁰“*Ver*”, “Gobierno de Perú anuncia deserciones y captura de presuntos integrantes del grupo guerrillero Sendero Luminoso”, El Comercio, consultado el 12 de noviembre de 2020, <http://www.elcomercio.com/actualidad/peru-deserciones-captura-sendero-luminoso.html>.

⁷¹ Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción: Normas de Turku, Consejo Económico Social Comisión de Derechos Humanos ,5 de enero de 1995. Artículo 1.

⁷² Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción: Normas de Turku.

aplicabilidad”⁷³. Por ende, se puede inferir que si es que las zonas grises son situaciones de violencia interna debería poder aplicarse el uso de la fuerza.

Por lo tanto, es de suma importancia que estas situaciones sean reguladas bajo el margen del uso de la fuerza, dado que de lo contrario se podría estar frente a casos en donde por no tener claro qué normativa a usar, se emplee de manera excesiva la fuerza.

4. Legislación interna aplicable al uso de la fuerza

Como ya se estableció, existen instrumentos internacionales que dan pautas de cómo y quién puede usar la fuerza. Sin embargo, esta normativa no es suficiente, por lo tanto, los Estados tienen la obligación de legislar internamente el uso de la fuerza para poder cumplir con el principio de legalidad, requisito que tanto la doctrina y la jurisprudencia encuentran necesario para que el uso de la fuerza esté justificado.

En el Ecuador existen instrumentos que regulan la fuerza, tal como el Acuerdo Ministerial 4472 o Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía y el Acuerdo Ministerial 179 o Reglamento de Uso Progresivo Racional de la Fuerza por Miembros de las Fuerzas Armadas. El primero se encuentra en vigencia y regula el uso de la fuerza que los miembros de la Policía Nacional usan en las circunstancias que lo demandasen, tal y como lo dicen los artículos 1 y 8 del Reglamento.

Este Reglamento regula el uso de la fuerza y lo hace tomando en cuenta factores como manifestaciones públicas y el uso progresivo de la fuerza. Adicionalmente, se refiere de manera detallada acerca del uso de armamento letal, disposiciones que van acorde a los Principios Básicos sobre el Empleo del Uso de la Fuerza y al Código de Conducta para los FEHCL, en donde se dispone que no se puede utilizar el uso de armas de fuego, a menos que la vida de un tercero o la de un funcionario este en inminente peligro⁷⁴.

El referido Reglamento es concordante con las disposiciones de instrumentos internacionales, sin embargo, no habla acerca del papel de las FFAA en el empleo del uso de la fuerza. Como se estableció previamente, los miembros de las FFAA podrían ser considerados como FEHCL. Con respecto a esto, el artículo 66 de la Ley de Defensa Nacional explica que en caso de estado de emergencia “por inminente agresión externa o grave conmoción interna, la fuerza auxiliar y los órganos de apoyo a la defensa, se

⁷³ Elisabeth, Salmón, Introducción 177.

⁷⁴ “Ver”, Principio 9 y 16, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

subordinarán al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, total o parcialmente”⁷⁵, y la disposición sexta del mismo instrumento dice que en circunstancias de fuerza mayor y otras situaciones las FFAA “colaborarán con sus capacidades de prevención y respuesta inmediata, en apoyo a las autoridades e instituciones civiles responsables de atender dichas eventualidades”⁷⁶.

Es un hecho que muchos Estados usan a los miembros de FFAA para ayudar a mantener el orden público, y el Ecuador no es la excepción. Ejemplo de circunstancias en donde se han emitido decretos en los que las FFAA acuden para ayudar a restablecer el orden son, lo sucedido en la huelga policial del 30 de septiembre (mejor conocida como 30S)⁷⁷ y, en 2015, las huelgas del verano⁷⁸, en ambas circunstancias las FFAA intervinieron y en las dos ocasiones se cuestiona el uso de la fuerza por parte de las FFAA y la Policía Nacional⁷⁹. En consecuencia, es necesario que exista una normativa que especifique el proceder de las FFAA en estas situaciones.

Adicionalmente, en las protestas del movimiento indígena de octubre de 2019, como en la pandemia que se vive actualmente, se expidieron decretos de estado de excepción. Ante estos eventos se expidió el decreto No. 888 del 8 de octubre del 2019 y el decreto No. 1017 del 17 de marzo del 2020, en donde se dispuso el uso de la fuerza por parte de las FFAA⁸⁰. Se debe recalcar que, a la fecha de ambos eventos, no existía una ley que regule el uso de la fuerza por parte las FFFA, solamente estas disposiciones que permiten que las FFAA actúen. Por lo tanto, se evidencia que es importante una ley orgánica que legisle el uso de la fuerza, no solo porque la naturaleza del empleo de la fuerza se ajusta a lo que prescribe la Constitución en el artículo 133 numeral 1 y 2, sino que también se cumpliría el principio de legalidad que permite el uso de la fuerza.

Además, el Código de Policía Marítima⁸¹, en su artículo 2 habla sobre el objeto de la capitanía de los puertos. Algunas de las obligaciones que tiene la capitanía son: “vigilar la correcta navegación de embarcaciones nacionales o extranjeras; dar orden, seguridad y comodidad a los pasajeros y tripulantes, mantener el orden y la moralidad en las playas,

⁷⁵ Artículo 66, Ley Orgánica de Defensa Nacional, 2007.

⁷⁶ Disposición Sexta, Ley Orgánica de Defensa Nacional, 2007.

⁷⁷ “Ver”, “30S Protesta Policial Ecuador: EL COMERCIO”, consultado el 28 de septiembre de 2020, <https://especiales.elcomercio.com/2011/09/30s/>.

⁷⁸ “Ver” Human Rights Watch, “Ecuador: Represión contra manifestantes”, el 10 de noviembre de 2015, <https://www.hrw.org/es/news/2015/11/10/ecuador-represion-contra-manifestantes>.

⁷⁹ “Id”.

⁸⁰ “Ver”, Decreto No. 888, Ministerio de Gobierno, Registro Oficial No.158, 08 de octubre de 2019, Artículo 5. Decreto No.1017, Ministro de Defensa, Registro Oficial No. 63, 17 de marzo 2020, Artículo 2.

⁸¹ Se debe recalcar que esta institución es parte de las FFAA.

[...]”⁸². Se puede observar que la mayoría de estos deberes para ser cumplidos, la policía marítima tendría que hacer uso de la fuerza. El problema radica, en que en el Código de la Policía Marítima no explica o describe cómo emplear esta fuerza, ni mucho menos hace la diferencia entre situaciones de defensa nacional que podrían caer en el contexto del DIH, de otros escenarios que se encuentran dentro del DIDH. A partir de esto, es necesario recordar que, de acuerdo a los Principios Básicos, la policía marítima sería considerada FEHCL y, por ende, puede emplear la fuerza⁸³.

En relación a la Policía Nacional, el Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público⁸⁴, habla sobre las funciones de esta institución estatal y menciona que una de ellas es hacer “uso legítimo, progresivo y proporcionado de la fuerza”⁸⁵. Específicamente, el artículo 120 numeral 27 establece como falta grave hacer un uso excesivo de la fuerza⁸⁶. Consecuentemente, se puede observar que este cuerpo normativo hace alusión al uso de la fuerza de manera general, dado que solamente contiene estas disposiciones, sin un mayor desarrollo. Además, solamente se refiere a la Policía Nacional.

La Constitución en su artículo 158 establece que “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos”⁸⁷, y para que se pueda llevar acabo esta disposición es necesario tener reglas claras y concisas. Empero, es desafortunado el hecho de que solamente existan reglas para el manejo del uso de la fuerza para los policías y no para los militares. Esto es extremadamente riesgoso porque, como lo resalta la jurisprudencia como Zambrano Vélez y otros vs Ecuador y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs Venezuela, los Principios Básicos sobre uso de la Fuerza⁸⁸, es necesario que todo quien sea considerado como FEHCL reciba una capacitación apropiada sobre derechos humanos; marco jurídico que no es tradicional de las FFAA y sin el mismo pueden ocurrir escenarios de un uso excesivo e ilegal de la fuerza.

⁸² Código de Policía Marítima, Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960, Artículo 2.

⁸³ “Ver”, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

⁸⁴ “Ver”, La Ley Orgánica de la Policía Nacional fue derogada por el Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público.

⁸⁵ Artículo 120, Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, Registro Oficial Suplemento 19, 21 de junio de 2017. Artículo 59.

⁸⁶ “Id”.

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

⁸⁸ “Ver”, Principios 18, 19 y 20, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

El artículo 45 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado reafirma lo dicho en el párrafo previo, al prescribir que la “ciudadanía podrá ejercer su derecho de participación en el Sistema de Seguridad Pública”⁸⁹. Empero, exceptúa de la participación ciudadana del uso de la fuerza, dado que dispone que la misma es “de responsabilidad del Estado, a cargo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”⁹⁰. De este artículo se puede desprender la afirmación que el uso de la fuerza puede ser manejado tanto por la policía como las FFAA y, por ende, es necesario un entrenamiento adecuado del empleo del uso de la fuerza para las FFAA bajo el marco del DIDH, porque como ya se mencionó previamente, las FFAA no tienen un entrenamiento adecuado para proceder ante situaciones distintas a conflictos armados. Se debe insistir, que un entrenamiento adecuado para poder actuar en situaciones de conmociones sociales es esencial, porque otorga al FEHCL las habilidades y conocimiento para poder proceder, de esta manera previniendo que existan un uso desproporcionado de la fuerza.

El 29 de mayo de 2020, se expidió el Acuerdo Ministerial 179 que contiene normativa sobre el uso de la fuerza para las FFAA, en estados de excepción y conmociones civiles. Debido a que existió una demanda de inconstitucionalidad que cuestionó el hecho de que este Acuerdo sea conforme a la Constitución, el DIDH, los principios de Legalidad, Proporcionalidad y Necesidad. En el Caso No. 29-20-IN, se dispuso admitir a trámite la demanda de inconstitucionalidad y también se suspendió la vigencia del mismo⁹¹. Debe mencionarse que, en el Reglamento se encontraban ciertas disposiciones que, por su vaguedad, no solamente podían causar un uso desproporcionado de la fuerza, sino que también podían dar paso a una errónea interpretación al momento de su aplicación que podía causar que se usen reglas pertenecientes al DIH⁹², que como se explicó con anterioridad se aplican exclusivamente a conflictos armados.

Por un lado, se establecían métodos y medios⁹³ a usarse en circunstancias de conmoción social, términos propios del DIH, y así lo explica la norma consuetudinaria 17. Por otro lado, se establecía que el Acuerdo Ministerial aplicaba en circunstancias que no caigan en el umbral de un conflicto armado, pero no se explicaba que se considera

⁸⁹ Artículo 45, Ley de Seguridad Pública y del Estado, (2009).

⁹⁰ “*Id*”.

⁹¹ “*Ver*”, Caso No.29-20.IN, Corte Constitucional, Sala de Admisión de la Corte Constitucional, 2 de julio de 2020, Párr. 18.

⁹² “*Ver*”, Acuerdo Ministerial 179, Art 3.

⁹³ “*Ver*”, Art 4, Acuerdo Ministerial 179.

uno, dando como resultado posibles confusiones en el proceder de las FFAA al momento de actuar en ocasiones de violencia como disturbios o tensiones interiores.

Adicionalmente, la Ley Orgánica de Defensa Nacional establece de manera clara cuales son las atribuciones de las FFAA, siendo estas tres: “a) Conservar la soberanía nacional b) Defender la integridad, la unidad e independencia del Estado; y, c) Garantizar el ordenamiento jurídico y democrático del estado social de derecho”⁹⁴. Asimismo, prescribe cuáles son los deberes de las FFAA ⁹⁵. Es importante resaltar que, en ninguno de los literales de este artículo, se hace referencia al empleo de la fuerza en situaciones que tengan relación con situaciones bajo el DIDH. Por lo tanto, hacer esta diferenciación con DIH y concebir la misma en una ley orgánica es fundamental. Es por esto que se debe regular al uso de la fuerza de la manera adecuada tanto para la Policía Nacional y las FFAA, haciéndolo de manera precisa y tomando en cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, considerándolo mencionado, el artículo 82 de la Constitución prescribe que el “derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Por su parte, el artículo 133 numeral 1 establece que serán leyes orgánicas “las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución”⁹⁶, asimismo en su numeral 2 dice: “las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”⁹⁷. De esta manera se puede evidenciar que las FFAA y la Policía Nacional al ser instituciones creadas por la Constitución que protegen derechos y velan por el orden social, necesitan una ley que regule el uso de la fuerza tanto para la Policía Nacional y las FFAA bajo en DIDH y, adicionalmente, para las FFAA bajo el DIH. Es por esto que, se puede afirmar que la Constitución demanda y abre la puerta para que el uso de la fuerza sea regulado por ley orgánica, de esta manera tendrá la jerarquía normativa correcta y con ella el peso normativo que se merece, cumpliendo así, con los dos artículos citados.

Es importante recalcar que el uso de la fuerza bajo el DIH también debería estar regulado por ley orgánica, porque es trascendental que exista una normativa que diferencie entre el uso de la fuerza bajo el DIH y el DIDH para que no exista excesos en

⁹⁴ Artículo 2, Ley Orgánica de Defensa Nacional, 2007.

⁹⁵“*Ver*”, Artículo 16, Ley Orgánica de Defensa Nacional, 2007.

⁹⁶ Artículo 133 numeral 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁷ Artículo 133 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

el uso de la fuerza. Además, se estaría regulando una de las funciones del estado, lo cual serviría para poner límites en caso de tener que usarse.

El Ecuador no reconoce bajo su bloque de constitucionalidad al DIH y tampoco existen normativas que regule el uso de la fuerza dentro de conflictos armados, por lo que tampoco existen reglas claras en este aspecto. Adicionalmente, se debe clarificar que con esto no se estaría regulando ni permitiendo el *Ius ad bellum* o derecho a hacer la guerra, que está prohibido por la Carta de Las Naciones en su Capítulo VII. La Constitución sigue este mismo criterio, y se puede observar esto en el artículo 416⁹⁸, en donde se alienta a solucionar los problemas con la comunidad internacional de manera pacífica y rechaza el uso de la fuerza. El legislar el uso de la fuerza en estas circunstancias no representaría una disposición contraria a la máxima ley ecuatoriana, porque no permite la guerra solamente está minimizando sus efectos al establecer mínimos a seguir en caso de un CAI o CANI.

4.1 Ley orgánica vs. Acuerdo Ministerial

Como se mencionó anteriormente, la Constitución en su artículo 133 establece cuales son las leyes orgánicas y dos de sus hipótesis establecen que serán “[I]as que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución”⁹⁹ y “[I]as que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”¹⁰⁰. Sin embargo, no brinda un concepto de ley orgánica. Otros ordenamientos jurídicos, como el peruano definen a la ley orgánica como aquella norma de orden supra-legal, que regula las “estructura[s] y el funcionamiento de las entidades del Estado”¹⁰¹. Al respecto, Carlos Hakansson agrega que es menester de este tipo de ley regular aspectos como “procedimientos relativos al derecho a participar en los asuntos públicos y de su otorgamiento a los particulares, las condiciones para la utilización de los recursos naturales, la regulación del ejercicio de las garantías constitucionales”¹⁰².

La idea de crear una ley orgánica en la mayoría de ordenamientos tiene por objetivo poder diferenciar las mismas por el contenido reservado de estas. Por ello tienen

⁹⁸ “Ver”, Artículo 416 Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁹⁹ Artículo 133, numeral 1. Constitución de la República del Ecuador, 2008

¹⁰⁰ Artículo 133, numeral 2. Constitución de la República del Ecuador, 2008

¹⁰¹ Constitución Política del Perú. Fecha de Promulgación de 29 de diciembre de 1993, Artículo 106

¹⁰² Carlos, Hakansson, *Curso de Derecho Constitucional*, La jerarquía constitucional de los componentes del “bloque” (Lima: Palestra Editores 2020).

una jerarquía “intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria”¹⁰³. El artículo 425 de la Constitución reitera lo dicho y establece el nivel jerárquico que tienen las leyes orgánicas. El artículo 425 de la Constitución del Ecuador señala cuál es el orden de jerarquía normativa y los enlista de la siguiente manera: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; [...] los decretos y reglamentos [...]; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”¹⁰⁴.

Por otro lado, se puede definir al acuerdo ministerial como: “acto administrativo, unilateral, expedido por la autoridad competente o autoridad nominadora que contiene decisiones de carácter general”¹⁰⁵. Se puede observar que, a partir de esta definición, un acuerdo tiene un contenido más amplio y general. Por ende, no sería la manera adecuada de tipificar el uso de la fuerza, dado que como ya se ha mencionado de manera previa, es necesario legislar a esta cuestión, porque solamente así se cumpliría el principio de legalidad que rige el uso de la fuerza y dado que la Constitución del Ecuador hace una reserva de ley sobre este tema en su artículo 133 numeral 1 y 2.

Adicionalmente, la forma en la que se emite una ley es diferente a la de un acuerdo. El proceso de emisión de una ley es más detenido y detallado, dado que para emitir una ley la propuesta se debe tener iniciativa para hacerlo¹⁰⁶, la misma debe ser aceptada, pasar varios debates, revisada para por el Presidente de la República del Ecuador para que, si lo considera necesario, pueda objetar o sancionar el proyecto¹⁰⁷. Si el proyecto pasa estos filtros procede a ser promulgado y publicado.

A diferencia de una ley un para la emisión de un acuerdo ministerial solamente se debe seguir algunos lineamientos. El primero es que es cualquier proyecto de un acuerdo ministerial debe siempre contar con un informe técnico y “debidamente consensuado por todas las instancias técnicas involucradas en su elaboración, cada una dentro de sus respectivas competencias”¹⁰⁸. Segundo, una vez que se ha aprobado el documento por la

¹⁰³ Luz Bulnes Aldunate, *La Ley Orgánica Constitucional*, Revista Chilena de Derecho 11, núm. 2/3 (1984): 230.

¹⁰⁴ Artículo 145. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰⁵ Reglamento para aprobación, reformas Acuerdo Ministerial del Deporte, Acuerdo Ministerial 1850, Ministerio del Deporte, Registro Oficial 137, 15 de octubre de 2013. Artículo 1.

¹⁰⁶ “Ver”, Artículo 134, Constitución de la República del Ecuador.2008

¹⁰⁷ “Ver”, Artículo 137, Constitución de la República del Ecuador.2008

¹⁰⁸ “Ver”, Ministerio de la Salud. “Requisitos mínimos para emisión de criterios lineamientos para la emisión de Acuerdos Ministeriales”. <http://instituciones.msp.gob.ec/somossalud/index.php/agita-tu-mundo/100-intranet/guia-del-usuario/414-lineamientos-para-la-emision-de-acuerdos-ministeriales>

autoridad competente, se debe remitir el mismo a la Coordinación General de Asesoría Jurídica para que sea revisado; en esta etapa no se pueden realizar cambios de carácter técnico¹⁰⁹. Tercero, la Coordinación General de Asesoría Jurídica hace una revisión legal del acuerdo ministerial en cuestión. El acuerdo ministerial debe contener sumillas de los funcionarios que lo elaboraron¹¹⁰. Finalmente, se entrega el documento a la “Coordinación General de Asesoría Jurídica para que ésta instancia administrativa remita los mismos al Despacho Ministerial para la firma de la Máxima Autoridad”¹¹¹. Como se puede observar, a comparación de la promulgación de una ley, se requiere mucha menos técnica jurídica al igual que un análisis menos detallado de lo que se está emitiendo.

Rafael Oyarte dice que “si la Constitución ha señalado que determinada materia debe ser regulada mediante una ley orgánica ninguna ley común u ordinaria puede invadir dicho campo”¹¹². Así se puede reafirmar que el uso de la fuerza debe estar regulado por ley orgánica, considerando el contenido que abarca este tipo de ley y que el nivel jerárquico es el adecuado, a efectos de regular o limitar los derechos constitucionales de las personas. Por lo tanto, la cuestión estudiada al ser regulada por ley orgánica cumpliría no solamente el requisito de legalidad, sino que también brindaría seguridad jurídica al cumplir con lo previsto en la Constitución y podría garantizar de mejor manera el cumplimiento adecuado del proceder del uso de la fuerza por parte de los militares y policía nacional, contemplando también el uso de la fuerza en el contexto del DIH.

4.2 Instituciones creadas por la Constitución

El artículo 158 de la Constitución de la República del Ecuador¹¹³ claramente establece que las FFAA y la Policía Nacional son instituciones, por lo tanto, se puede afirmar que las mismas son instituciones creadas por la Constitución. El artículo 133 numeral 1 prescribe que serán leyes orgánicas aquellas que regulen organizaciones o instituciones creadas por la Constitución¹¹⁴. Por ende, la interpretación lógica que se desprende del análisis de estos dos artículos es que, si es que las FFAA y la Policía Nacional (instituciones creadas por la Constitución) emplean el uso de la fuerza, entonces deberían estar sujetas a las regulaciones previstas en una ley orgánica, dado que así lo

¹⁰⁹ “*Id*”.

¹¹⁰ “*Id*”.

¹¹¹ “*Id*”.

¹¹² Rafael Oyarte, “Las leyes orgánicas en Ecuador: un estudio comparado”, UNAM, (1998), 398.

¹¹³ “*Ver*”, Artículo 158, Constitución de la República del Ecuador.2008.

¹¹⁴“*Ver*”, Artículo 133 numeral 1, Constitución de la República del Ecuador.2008.

dispone la Constitución en el artículo 133 y el principio de legalidad del uso de la fuerza. Se debe agregar que el uso de la fuerza es desempeñado por instituciones que tienen por objetivo resguardar el orden en escenarios de violencia y garantizar DDHH en referidos escenarios, concepto que se desarrollará a continuación.

4.3 Limitación de derechos

En este momento y teniendo presente el artículo 133 numeral 2 de la Constitución, es pertinente preguntarse si es que la promulgación de una ley con el contenido que se propone, sería contraria a derechos humanos y la Constitución del Ecuador. Se debe tener presente que el objetivo del uso de la fuerza es restablecer el orden y en el proceso de este ejercicio, siempre se debe tener en cuenta que hay que respetar a los DDHH. Esta aseveración coincide con los Principios Básicos sobre el Uso de la Fuerza, que en uno de sus considerandos establece que los FEHCL tienen un papel importante en “la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, tal como se garantiza en la Declaración Universal de Derechos Humanos y se reafirma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹¹⁵.

Adicionalmente, los considerando también tienen presente lo dicho en el Séptimo Congreso de la ONU Sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, que resalta el hecho que el empleo de la fuerza y las armas por parte de FEHCL, debe siempre estar acorde a los derechos humanos. Por lo tanto, se puede afirmar que el empleo de la fuerza no está dirigido de ninguna manera a restringir ni suspender derechos, como el derecho a la vida, sino a protegerlos y asegurar su libre ejercicio. Sin embargo, en algunas ocasiones, para poder cumplir este objetivo, es necesario bajo ciertos parámetros restringir estos derechos.

Por otro lado, la Constitución en su artículo 133 numeral 2 considera que debe ser regulado por ley orgánica “[l]as que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”¹¹⁶. Aunque se mencionó que los FEHCL tienen y deben proteger derechos como la vida y la huelga, pueden suscitarse eventos como los de octubre de 2019 o las huelgas del verano de 2015. Por ende, se puede inferir que, en el ejercicio del uso de la fuerza, los FEHCL podrían limitar derechos. Por lo tanto, se puede observar que se

¹¹⁵ Principio 1, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

¹¹⁶ Artículo 133 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

está bajo la hipótesis del artículo 133 numeral 2, de modo que esta es otra razón para que el uso de la fuerza sea regulado mediante ley orgánica.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4 numeral 1 dictamina que toda persona “tiene derecho a que se respete su vida”¹¹⁷ y que la misma sea respetada, a continuación, dice que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”¹¹⁸. La Convención también reconoce el derecho a la reunión pacífica y sin armas¹¹⁹. La Constitución garantiza estos derechos en su artículo 66, en los numerales 1 (derecho a la vida) y numeral 13 (derecho a asociarse, reunión y a manifestar)¹²⁰.

El artículo 32 numeral 2 del Pacto de San José, prescribe que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”¹²¹. El derecho a la libre reunión según este tratado, solamente puede verse restringido por ley y de cierta manera el derecho a la vida puede limitarse bajo ciertas circunstancias, que deben estar previstas por ley, y que también están contempladas en instrumentos de derechos humanos como el Pacto de San José y los Principios Básicos.

Es necesario hacer unas precisiones con respecto al derecho a la huelga y la vida. El derecho a la huelga no otorga la facultad a los individuos de reunirse de cualquier manera, más bien este es específico al decir que tiene que ser pacífica. Es concordante con lo que dispone el artículo 66 numeral 13 de la Constitución de la República del Ecuador, al igual que instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos¹²² y el Pacto de San José. Sin embargo, como se dijo previamente, este derecho puede verse limitado por ley. A propósito de esto, es importante mencionar el test de proporcionalidad, mismo que permite determinar si es que el “fin legítimo que persiga la medida restrictiva de derechos que se enjuicia, de su idoneidad, de su necesidad y de su proporcionalidad en sentido estricto o 'ponderación' como mejor se le conoce”¹²³. Por lo tanto, en el caso de limitar un derecho, la medida que se tome debe estar prevista en una ley, la acción debe ser proporcional a la medida tomada e idónea, finalmente, se debe verificar que no exista otra alternativa en ese momento.

¹¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 7 al 22 de noviembre de 1969, ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1993, Artículo 4 numeral 1.

¹¹⁸ Artículo 4 numeral 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹⁹ “*Ver*”, Artículo 15, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹²⁰ “*Ver*”, Artículo 66 numeral 1 y 13, Constitución de La Republica del Ecuador, 2008.

¹²¹ Artículo 32 numeral 2, Convención Americana de Derechos Humanos, 2008

¹²² “*Ver*”, Declaración Universal de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, Artículo 20 numeral 1.

¹²³ Caso Maldonado Ordoñez Vs Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 3 de mayo de 2016, Párr. 64.

Es preciso mencionar que los principios básicos, recogen lo establecido por los instrumentos normativos mencionados en el anterior párrafo, pues reconoce el derecho a manifestarse y a reunirse de manera lícita y pacífica; sin embargo, los FEHCL pueden actuar ante reuniones violentas e ilícitas, es decir escenarios de disturbios, los cuales son definidos como escenarios violentos. Esta distinción es importante, debido a que la Constitución del Ecuador y los instrumentos de derechos humanos solamente protegen a los primeros.

Con respecto al derecho a la vida, este no se puede suspender como tal, como lo manda el Pacto de San José en su artículo 27¹²⁴ numeral 2 al enlistar aquellos derechos cuya suspensión no está autorizada. De igual manera, valga la redundancia, el artículo 4 del Pacto¹²⁵, el artículo 66 numeral 1 de la Constitución, la Observación General No. 29 de la Comisión de Derechos Humanos y el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹²⁶, establecen que bajo ninguna circunstancia se puede privar la vida de manera arbitraria.

Es por esto que, en caso de ser necesario tomar acciones en el ejercicio del uso de la fuerza que tenga un resultado fatal, se debe tener presente algunas cuestiones. La primera hay que recordar lo prescrito en el artículo 32 numeral 2 del Pacto de San José. La segunda es que se puede privar la vida de una persona siempre y cuando sea para precautelar la vida del FEHCL o la de un tercero¹²⁷, siempre que esta sea la única medida para cumplir con este cometido.

Por un lado, está el uso de la fuerza bajo el DIDH que tiene por objeto respetar al ser humano y por otro lado está al DIH, que tampoco tiene un objetivo lejano a los DDHH. El DIH tiene como uno de sus principios rectores el principio de humanidad, que trata de poner al ser humano como centro; sin embargo, el alcance de este principio en ambas ramas es distinto, porque el significado que este principio tiene en el DIH, es el de un trato humano a todos los que estén involucrados en un conflicto armado. A su vez, se puede atar este principio con la distinción, que dicta que para atacar es necesario distinguir entre población y bienes civiles de los combatientes y objetivos militares. Estos principios están presentes en toda la normativa del DIH.

¹²⁴ “Ver”, Artículo 27 numeral 2, Convención Americana de Derechos Humanos.

¹²⁵ “Ver”, Artículo 4 numeral 1, Convención Americana de Derechos Humanos.

¹²⁶“Ver”, Declaración Universal de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, Artículo 3.

¹²⁷“Ver”, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 1990, Principios 9 y 16.

Por lo tanto, el uso de esta fuerza también debe estar reglamentado y justificado. Así se puede afirmar que una ley orgánica que regule el uso de la fuerza no es contraria a la Constitución o DDHH, por el contrario, en ambos casos el objetivo es protegerlos y respetarlos. De hecho, como se explicó el artículo 133 numeral 2 lo contempla de esta manera.

5. Derecho comparado

Existen varios Estados que han implementado en sus ordenamientos jurídicos una normativa que regule el uso de fuerza, y que además han previsto la actuación de las FFAA bajo estas circunstancias. Algunos ejemplos son Colombia y Perú.

5.1 Colombia

Colombia tiene la Ley 1801¹²⁸ en la que regula el uso de la fuerza en el ámbito de DIDH. En el artículo 22 prescribe que la utilización de la “fuerza legítima corresponde de manera exclusiva, [...] a los miembros uniformados de la Policía Nacional”, y de manera excepcional permite la asistencia militar en los casos que así se requiera. El artículo 170 de esta ley señala los casos en donde puede haber la asistencia militar, siendo estos “hechos de grave alteración de la seguridad y la convivencia lo exijan, o ante riesgo o peligro inminente, o para afrontar emergencia o calamidad pública”¹²⁹. Además, reconoce en su Constitución que la fuerza pública¹³⁰ está conformada tanto por la Policía Nacional como por Fuerzas Militares¹³¹.

Con respecto al uso de la fuerza bajo el DIH, se puede asegurar que de cierta manera es legislado por este sistema normativo y tiene un puesto en la jerarquía normativa colombiana. Esto es corroborado por la Constitución Política que en su artículo 214 habla sobre los estados de excepción en donde se dispone que no pueda suspender “derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”¹³². Así que se puede afirmar que la norma colombiana, prevé

¹²⁸ “Ver”, Ley 1801 del 2016 por la Cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadanía, del 29 de julio de 2016.

¹²⁹ Artículo 170, Ley 1801 de 2016.

¹³⁰“Ver”, Se debe recalcar, que ambas instituciones se encuentran bajo el cargo del Ministerio de Defensa Colombiano. Por el cual, se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial, Decreto 1792 de 2000, Ministerio de Defensa Nacional, Diario Oficial No.44.161,14 de septiembre de 2000. Artículo 10.

¹³¹ “Ver”, “Constitución Política de la Republica de Colombia de 1991, actualizada hasta el Decreto 2576 del 27 de julio de 2005, Artículo 216.

¹³² Artículo 214, Constitución Política de la Republica de Colombia de 1991, 2005.

que puedan existir situaciones en donde se aplique el uso de la fuerza bajo DIDH y que en ocasiones se tenga que aplicar el uso de la fuerza regulado por el DIH.

5.2 Perú

Perú tiene una normativa muy especial, la cual ayuda a solventar algunas dudas en cuanto al uso de la fuerza y además permite la asistencia militar en estas situaciones. En Perú, existen dos decretos legislativos que regulan el uso de esta para la Policía Nacional y otro para las FFAA. Estos decretos son normas con rango y fuerza de ley, que emanan del poder ejecutivo, facultad que le es otorgada a este poder del Estado por el Congreso¹³³. El Decreto Legislativo No. 1186 regula el uso de la fuerza para los policías y el Decreto Legislativo No. 1095 lo hace para las FFAA.

Para efectos de la cuestión estudiada, es menester enfocarnos en el Decreto Legislativo No. 1095. Este decreto no solamente regula el uso la fuerza para los FFAA, en el contexto del DIDH, también lo regula en circunstancias que estén bajo el DIH. El artículo 5 numeral 1 dice que cuando la actuación de las FFAA en Estado de emergencia: “se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de este, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario”¹³⁴. A modo de complemento de este artículo, el Decreto define operaciones militares como: “[a]ctividades que realizan las Fuerzas Armadas para enfrentar la capacidad armada de grupos hostiles en el marco del Derecho Internacional Humanitario”¹³⁵. Es decir que, cuando la situación de conmoción social ya no figure un disturbio y su umbral alcance el de un conflicto, la fuerza y las reglas a usar serán las del DIH.

6. Conclusiones:

Es necesario la existencia de una norma que regule y diferencie el uso de la fuerza en el ámbito del DIDH y del DIH, dado que si es que no se lo hace puede existir un uso desproporcionado de la misma, y por ende transgredir derechos humanos por causa de una mala interpretación de la norma o de la ausencia de una. Además, al adoptar una normativa que regule el uso de la fuerza bajo el DIH y el DIDH, de ninguna manera sería contradictorio con el sistema jurídico ecuatoriano, su Constitución, ni derechos humanos.

¹³³ “Ver”, “Normatividad”, consultado el 3 de octubre de 2020, <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-1449>.

¹³⁴ Decreto Legislativo No. 1095 Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en territorio nacional, Ley No. 29548, 3 de julio de 2010, Art 5 numeral 1.

¹³⁵ Artículo 3 literal k, Decreto Legislativo No.1095, 2010.

Por el contrario, el objetivo principal del uso de la fuerza es proteger los derechos de las personas y el orden público, por lo tanto, crear una ley orgánica con este contenido estaría cumpliendo con esta labor.

Es importante que el uso de la fuerza este regulado bajo ley orgánica, dado que no solamente de esta manera se va a satisfacer el principio de legalidad que manda que se regule el uso de la fuerza bajo ley, sino que también se está brindando seguridad jurídica porque las reglas del empleo de la fuerza estarían contempladas en las hipótesis previstas en la Constitución del Ecuador en su artículo 133 numerales 1 y 2.

Se debe tener en cuenta que, actualmente, solo existen dos acuerdos ministeriales que regulan esta institución, de los cuales, la vigencia de uno de ellos ha sido suspendida. Por un lado, el acuerdo ministerial es un acto administrativo con contenido general, por lo tanto, no es la manera más óptima de regular el uso de la fuerza. Por otro lado, estos dos acuerdos no cumplen con el artículo 133 de la Constitución, dado que debe ser una ley orgánica la que regule la fuerza de acuerdo al análisis que se hace del numeral 1 y 2 del artículo previamente mencionado. Además, en el acuerdo Ministerial 4472 no prevé que los militares puedan hacer uso de la misma, el acuerdo Ministerial 179 al estar suspendido no despliega sus efectos. Por lo tanto, actualmente no hay una regulación vigente en cuanto al uso de la fuerza para las FFAA y mucho menos una que especifique el uso de la fuerza en situaciones bajo el DIH. Además, existen FECHL como los guías penitenciarios y los Agentes Metropolitanos de Control, que podrían hacer uso de la fuerza. Por lo tanto, en futuras investigaciones, se debería analizar si es que el uso de la fuerza por parte de estos FCHL debería también regularse por ley orgánica.