

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Regulación del Uso de la Fuerza en Ecuador

Doménica Jiménez Alvarez

Jurisprudencia

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

Quito, 20 de Noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Doménica Jiménez Alvarez

Código: 00131854

Cédula de identidad: 1723255293

Lugar y fecha: Quito, 20 de Noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>

Regulación del Uso de la Fuerza en Ecuador¹

Regulation of the Use of Force in Ecuador

Doménica Jiménez Álvarez²
dome1400@gmail.com

Resumen

En este trabajo se tiene por objetivo analizar si el uso de la fuerza, tanto en situaciones de Derecho Internacional Humanitario como en situaciones bajo los Derechos Humanos, deben ser legislados por 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 que 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 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 aims to study 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, it is 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 to consideration the previous, it was indeed found that the use of force under Humanitarian Law or Human Rights circumstances , should be legislated as an organic law . Also it was found; that a law with such content does not contradicts the Ecuadorian constitution nor human rights. Additionally, it was demonstrated that legislating the use of force in 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 Teórico2.1.Marco Normativo 2.2. Teorías y Sustentos 2.3Estado del Arte 3. Uso de la Fuerza 3.1 ¿Qué es el Uso de la Fuerza?3.2. Uso de la Fuerza3.3. ¿Quién puede ser un Funcionario Encargado de Hacer Cumplir la Ley (FEHCL)?3.4. Conflictos Armados, Disturbios y Tensiones 3.5. Zonas Grises 4.Legialación interna aplicable al uso de la fuerza 4.1. Ley Orgánica vs. Acuerdo Ministerial4.2Instituciones creadas por la Constitución 4.3Limitación 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 con 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 la vida 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, podría privar la vida a alguien. Lo cual debe estar enmarcado en estándares del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) relativos el 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 reguladas, 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 sea totalmente necesaria y justificada. Es por esto que para emplear de 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 interrogante 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 por 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, Elisabeth 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 esté contenido este en una ley que ostente la jerarquía adecuada, como una ley orgánica, tal y como dice la Constitución de la República del Ecuador.

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” Elisabeth, 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 por 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 porque el uso de la fuerza debe regularse de esta manera. Se explicará en qué situaciones puede aplicarse y quién puede ejercer el uso de la fuerza. A continuación, se expondrá cuál es el marco normativo interno sobre el uso de la fuerza. Se detallará también, cuales 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 Uso Progresivo Racional de la Fuerza por Miembros de las Fuerzas Armadas. El Acuerdo Ministerial 179, debido a una demanda constitucional, sus efectos se encuentran suspendidos en este momento, sin embargo es pertinente e 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 completaría el Código Orgánico Integral (COIP) ⁵ tipifica algunos crímenes de guerra.

En el derecho comparado, algunos ordenamientos jurídicos han regulado por ley el uso de fuerza. En este estudio serán analizados los marcos jurídicos de: Colombia y Perú.

2.2 Teorías o Sustentos

Eduardo Luis Llorens y Clarins sostiene 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.

Empero, Hans Kelsen, exponente de la pirámide de normas, en donde se define que es la jerarquía normativa. 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 esta brinde validez a las otras. Kelsen, expone que esta norma es la Constitución y 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:

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: Atencia 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).

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

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* dice 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.

2.3 Estado del Arte

Es imperativo que el uso de la fuerza este 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”¹⁴. 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 fuego¹⁵.

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

¹⁵ “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/>.

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 la demanda de inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial 179, caso No.29-20.IN¹⁶, en el cual se encuentran disposiciones para el uso de la fuerza para los militares, se alega que el mismo acuerdo 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 sea usado por los policías¹⁷. 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 derechos, libertades y garantías de los ciudadanos”¹⁸. Este criterio es compartido por la Ley de Seguridad Pública y del Estado¹⁹ y la Ley de Defensa Nacional²⁰.

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 es necesaria una norma clara y la Constitución en su artículo 133 numerales 1 y 2 mandan y encuentran preciso que sea regulado por ley orgánica²¹.

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”²². 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 que la normativa usar.

¹⁶ “Ver”, Caso No.29-20.IN, Corte Constitucional, Sala de Admisión de la Corte Constitucional, 2 de julio de 2020, párr. 3 y 5.

¹⁷ “Ver” Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008. Artículo 158. 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.

¹⁸ “Id”.

¹⁹ “Ver”, Ley de Seguridad Pública y del Estado, Registro Oficial suplemento 35,28 de septiembre de 2009. Artículo 45.

²⁰ “Ver”, Ley Orgánica de Defensa Nacional, Registro Oficial 4, 19 de enero 2007, Disposición General sexta.

²¹ “Ver”, Artículo 133 numeral 1 y 2. Constitución de la República del Ecuador.

²² Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 175.

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 paz.²³ 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 abriendo la puerta para que exista usos excesivos de la fuerza dado que no se sabe que fuerza aplicar y bajo qué parámetros hacerlo²⁴.

3 Uso de la Fuerza

3.1 ¿Qué es el Uso de la Fuerza?

El uso de la fuerza se refiere 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”²⁵. 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 fuerza²⁶. El Principio 20 prevé e insiste 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 que se deba usar el uso de la fuerza

[c]uando 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 legal²⁷.

²³ “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

²⁴ “Ver”, 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”. 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 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), 29.

²⁶ “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.

²⁷ Reglamento de Uso Legal Proporcional de la Fuerza para la Policía, Acuerdo Ministerial 4472, Registro Oficial 314, 19 de agosto de 2014.

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 y por seguridad de terceros y de los FECHL.

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 poder lograr construir una definición se tendría que resolver ciertas cuestiones que no tienen una respuesta fácil²⁸. Las cuestiones a resolver planteadas por la autora son preguntas que van desde el cómo usar el uso de la fuerza, qué nivel de la fuerza se podría usar, en base a qué puedo usar esos niveles, cómo se puede lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales y las personas que intervienen en esas circunstancias²⁹. 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, ésta debe realizarse en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad”³⁰, estos parámetros están explicados de forma detallada en el artículo 8 del Reglamento 4472 mencionado previamente y en sentencias como Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador³¹, 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, apunta a siempre verificar la existencia de formas menos lesivas de proceder para poder proteger personas o actuar frente la situación que amerite el uso de la fuerza³². Adicionalmente, este principio recalca que no se puede, ni se debe mal interpretar la necesidad para utilizar

²⁸ “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.

²⁹ “Id”.

³⁰ Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Corte Internacional Derechos Humanos Sentencia de 24 de octubre de 2012. Párr.85.

³¹ “Ver” Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Corte Internacional Derechos Humanos, Sentencia de 4 de julio de 2007. Párr. 85.

³² “Id”.

fuerza en situaciones que no representen ningún peligro. Estas observaciones también son recogidas por el Tribunal Europeo en el Caso Kakoulli Vs. Turquía³³. 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 corresponda³⁴

Zaffaroni hace una precisión 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 defensiva³⁵.

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 armados³⁶. 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 combate³⁷. El principio de distinción³⁸, dispone que se debe distinguir entre la

³³“Ver”, Case Kakoulli v Turkey, European Court of Human Rights, 22 de Noviembre del 2005. Párr. 108.

³⁴ Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Corte Internacional Derechos Humanos Sentencia de 24 de octubre de 2012. Párr.85.

³⁵ “Ver”, Zaffaroni, Eugenio, et al, *Derecho Penal : Parte General* . (Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora,2002) .615

³⁶ Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos,2016), 28

³⁷ 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.

³⁸ “Id”.

población y bienes civiles de los combatientes³⁹, dado que los ataques solamente podrán ser dirigidos a los segundos. Por otro lado, el principio de proporcionalidad en este caso hace referencia al tipo de métodos y medios que se pueden emplear dentro de un conflicto armado en virtud de la 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 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”⁴⁰.

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, en el DIH usa la fuerza para debilitar al “enemigo y, para ello, usan la fuerza letal contra objetivos militares como primer recurso”⁴¹, y ese uso no se limita a situaciones de estricta necesidad como en el DIDH.⁴²

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 hablan que se puede considerar como FEHCL a los miembros de la policía como a los miembros de las FFAA. En los considerandos de este instrumento, al mencionar a los FEHCL, este pone un asterisco para definirlos. Este asterisco se 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”, 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

³⁹“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

⁴⁰ 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.

⁴¹ “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>.

⁴² “Id”.

considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende los funcionarios de esos servicios.”⁴³

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.⁴⁴

La Corte IDH también revisa esta posibilidad y ha emitido sentencias al respecto como Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador ⁴⁵ y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela⁴⁶. 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”⁴⁷, 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, 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”⁴⁸.

De esta manera se asevera 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

⁴³Principio 1, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

⁴⁴“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.

⁴⁵“Ver”, Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Corte Internacional de Derechos Humanos. Sentencia de 4 de julio de 2007. Párr. 51.

⁴⁶“Ver”, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Corte Internacional de Derechos Humanos. Párr. 78

⁴⁷ “Id”.

⁴⁸ Principio 21, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

la ciudadanía como 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.

3.4 Conflictos armados, disturbios y tensiones

Los conflictos armados son parte del ámbito de aplicación de 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”⁴⁹. 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 guerra⁵⁰, 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”⁵¹.

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) los 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”⁵². El Protocolo Adicional I, agrega que estas situaciones podrían ser “pueblos [que] luchan

⁴⁹ 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>.

⁵⁰ “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.

⁵¹. Fiscal Vs. Tadic, Tribunal Para la Ex -Yugoslavia, de 7 de Mayo de 1997, párr. 628.

⁵² 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.

contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas”⁵³. 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 que “ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”⁵⁴. 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 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”⁵⁵. Por ende, “la intensidad y organización sólo resulta útil para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional”⁵⁶. 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 empleada⁵⁷. Existen 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,[...]”⁵⁸. La normativa aplicable a un CANI es: el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Fiscal Vs. Tadic, Tribunal Para la Ex -Yugoslavia, de 7 de Mayo de 1997, párr. 628.

⁵⁶ Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 31.

⁵⁷ “Ver”, Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 133.

⁵⁸ El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, informe, Cruz Roja, 31IC/11/5.1.2, 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2011, Pág 10.

"Ginebra, principios y costumbre del DIH; y para los CANIs de alta intensidad se agrega el Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra⁵⁹.

Por otro lado, Christophe Swinaeski define a los disturbios como un enfrentamiento dentro un Estado “que presente cierta gravedad o duración e implique actos de violencia”⁶⁰, 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, social, económica, racial o pueden ser originados por “secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores que afectan al territorio de un Estado”⁶¹. 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 CAI⁶².

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 Estado⁶³. 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 ”⁶⁴. 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. Por ende, es imperativo que cada

⁵⁹“Ver”, Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2016), 121.

⁶⁰ Christophe Swinarski, “Introducción al Derecho Internacional Humanitario”, sec. Noción de Disturbios Internos y de Tensiones Internas, Cruz Roja (1984).

⁶¹ “Id”.

⁶²“Ver”, Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú). 123

⁶³ “Id”, 176.

⁶⁴ Elisabeth, Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú). 176

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 se pueden existir violaciones a derechos fundamentales de los individuos que se encuentran en medio de esta situación dual⁶⁵.

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 con 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 vida.⁶⁶ Adicionalmente a estos actos de violencia, se podría ver otros como disturbios, conflictos sociales, trata de niños, crimen organizado; algunos de estos actos guardan relación con el grupo Sendero Luminoso⁶⁷. Se debe mencionar que estos actos de violencia aún persisten en la zona del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM).⁶⁸

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 asegurar el ejercicio de derechos fundamentales y como se estableció previamente, por lo tanto debe regirse por el DIDH en las situaciones que no alcancen el umbral de un conflicto armado.

⁶⁵“Ver”, Hugo, Cahueñas *Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario: Cruz Roja y el Contexto en Perú*. (Quito: Flasco, 2013), 4.

⁶⁶ “Id”. 49 -55.

⁶⁷ “Id”. 55-60.

⁶⁸“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>.

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”⁶⁹. 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”⁷⁰. 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 aplicabilidad”⁷¹. 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 que normativa usar se use 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 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 en las circunstancias que lo demandaran, 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

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción: Normas de Turku.

⁷¹ Elisabeth Salmón, Introducción 177.

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 peligro⁷².

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 es 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 subordinarán al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, total o parcialmente”⁷³ 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”⁷⁴.

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 las 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)⁷⁵ y, en 2015, las huelgas del verano⁷⁶, 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 Nacional⁷⁷. En consecuencia, es necesario que exista una normativa que especifique el proceder de las FFAA en estas situaciones. Adicionalmente, tanto lo sucedido 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 dispone el uso de la fuerza por parte de

⁷² “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.

⁷³ Artículo 66, Ley Orgánica de Defensa Nacional, 2007

⁷⁴ Disposición Sexta, Ley Orgánica de Defensa Nacional, 2007.

⁷⁵ “Ver”, “30S Protesta Policial Ecuador : EL COMERCIO”, consultado el 28 de septiembre de 2020, <https://especiales.elcomercio.com/2011/09/30s/>.

⁷⁶ “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>.

⁷⁷ “Id”.

las FFAA.⁷⁸ Se debe recalcar el hecho que para la fecha de ambos eventos no existió una ley que regule el uso de la fuerza por parte las FFAA, 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.

Además, el Código de Policía Marítima⁷⁹, 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,[...] ⁸⁰.

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 hacer uso de la fuerza⁸¹.

En relación a la Policía Nacional, el Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público⁸² habla sobre las funciones de esta institución estatal, y menciona que una de ellas es hacer “uso legítimo, progresivo y proporcionado de la fuerza”⁸³. Específicamente, el artículo 120 numeral 27 establece como falta grave hacer uso excesivo de la fuerza⁸⁴. Consecuentemente, se puede observar que este cuerpo normativo hace alusión al uso de la fuerza de manera general, dado que solamente contiene estas disposiciones al respecto 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

⁷⁸ “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

⁷⁹ Se debe recalcar que esta institución es parte de las FFAA

⁸⁰ Código de Policía Marítima, Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960, Artículo 2.

⁸¹ “Ver”, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

⁸² “Ver”, La Ley Orgánica la Policía Nacional fue Derogada por el Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público

⁸³ Artículo 120, Código Orgánica de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, Registro Oficial Suplemento 19,21 de junio de 2017. Artículo 59.

⁸⁴ “Id”.

de los ciudadanos”⁸⁵, y para que se pueda llevar acabo esta disposición es necesario tener reglas claras y concisas. Empero, se puede encontrar 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 Fuerza⁸⁶, 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.

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”⁸⁷. 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”⁸⁸. 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.

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 esté acuerdo este conforme con la Constitución, el DIDH, los principios de Legalidad, Proporcionalidad y Necesidad. En el Caso No.29-20.IN se dispuso aceptar la demanda de inconstitucionalidad y también se suspendió la vigencia del mismo⁸⁹. 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 podía dar paso a una errónea interpretación al momento de su aplicación que podía causar que se usen reglas pertenecientes al DIH⁹⁰, que como se explicó con anterioridad se aplican

⁸⁵ Art 158, Constitución de la República del Ecuador , 2008.

⁸⁶ “Ver”, Principios 18, 19y 20, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

⁸⁷ Artículo 45, Ley de Seguridad Pública y del Estado,(2009).

⁸⁸ “Id”.

⁸⁹ “Ver”, Caso No.29-20.IN, Corte Constitucional, Sala de Admisión de la Corte Constitucional, 2 de julio de 2020, párr. 18.

⁹⁰ “Ver”, Acuerdo Ministerial 179, Art 3.

exclusivamente a conflictos armados. Por un lado, se establecían métodos y medios⁹¹ 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 sé explicaba que se considera uno, dando como resultado posibles confusiones en 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”⁹². Adicionalmente, prescribe cuáles son las atribuciones y deberes de las FFAA ⁹³. Es importante resaltar, que en ninguno de sus 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, 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”⁹⁴, asimismo en su numeral 2 dice: “las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”⁹⁵. 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

⁹¹ “Ver”, Art 4, Acuerdo Ministerial 179.

⁹² Artículo 2, Ley Orgánica de Defensa Nacional, 2007.

⁹³ “Ver”, Artículo 16, Ley Orgánica de Defensa Nacional, 2007.

⁹⁴ Artículo 133 numeral 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁵ Artículo 133 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

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. 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 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 416⁹⁶ 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 “[l]as que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución”⁹⁷ y “[l]as que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.⁹⁸ 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 regulan las “estructura[s] y el funcionamiento de las entidades del Estado”⁹⁹. 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

⁹⁶ “Ver”, Art 416 Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁹⁷ Art 133 ,numeral 1 .Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁹⁸ Art 133 ,numeral 2 .Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁹⁹ Constitución Política del Perú. Fecha de Promulgación de 29 de Diciembre de 1993, Artículo 106

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”¹⁰⁰.

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 una jerarquía “intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria”¹⁰¹. 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 cual es el orden de la 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”¹⁰².

Por otro lado, se puede definir a acuerdo ministerial como: “acto administrativo, unilateral, expedido por la autoridad competente o autoridad nominadora que contiene decisiones de carácter general”¹⁰³. 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.

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 de la misma debe ser aceptada¹⁰⁴, pasar varios debates¹⁰⁵ para que la misma sea promulgada y publicada. Los acuerdos ministeriales son emitidos por la función administrativa, sin necesariamente pasar por todos los filtros que una ley debe pasar.

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

¹⁰⁰ Carlos, Hakansson, *Curso de Derecho Constitucional*, La jerarquía constitucional de los componentes del “bloque” (Lima: Palestra Editores 2020) .186

¹⁰¹ Luz Bulnes Aldunate, *La Ley Orgánica Constitucional*, Revista Chilena de Derecho 11, núm. 2/3 (1984): 230.

¹⁰² Artículo 145 .Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰³ Reglamento para aprobación, reformas Acuerdo Ministerial del Deporte, Acuerdo Ministerial 1850, Ministerio del Deporte, Registro Oficial 137, 15 de octubre de 2013. Artículo 1.

¹⁰⁴ “Ver”, Artículo 134 , Constitución de la República del Ecuador.2008

¹⁰⁵ “Ver”, Artículo 137 , Constitución de la República del Ecuador.2008

invadir dicho campo”¹⁰⁶. Así se puede reafirmar que el uso de la fuerza debe estar regulado por ley orgánica, dado que el contenido que abarca este tipo de ley y el nivel jerárquico es el adecuado. 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 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 Ecuador¹⁰⁷ 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 constitución¹⁰⁸. 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 usan el uso de la fuerza, entonces debería estar legislado por ley orgánica. Se debe agregar que el uso de la fuerza es desempeñado por esas instituciones que tiene 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 preguntar si es que la promulgación de una ley con el contenido que se propone, sería contrario 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 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”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Rafael Oyarte, “Las leyes orgánicas en Ecuador: un estudio comparado”, UNAM, (1998) ,398.

¹⁰⁷ “Ver”, Artículo 158 , Constitución de la República del Ecuador.2008.

¹⁰⁸“Ver”, Artículo 133 numeral 1 , Constitución de la República del Ecuador.2008.

¹⁰⁹ Principio 1, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

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, si no que a protegerlos y asegurar su libre ejercicio. Pero 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 “[I]as que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”¹¹⁰. Aunque se mencionó que los FEHCL tienen y deben proteger derechos como la vida y la huelga, pueden suscitarse eventos como los de octubre del 2019 o las huelgas del verano del 2015, por ende se puede inferir que en el ejercicio del uso fuerza los FEHCL podrían limitar derechos. Por lo tanto, se puede observar que se está bajo la hipótesis del artículo 133 numeral 2, de modo que esta es otra razón para que el uso de la fuerza sea legislado por 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”¹¹¹ y que la misma sea respetada, a continuación dice que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”¹¹². La Convención también reconoce el derecho a la reunión pacífica y sin armas¹¹³. 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)¹¹⁴.

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”¹¹⁵. 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

¹¹⁰ Artículo 133 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹¹¹ 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.

¹¹² Artículo 4 numeral 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹³ “Ver”, Artículo 15, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹⁴ “Ver”, Artículo 66 numeral 1 y 13, Constitución de La Republica del Ecuador, 2008.

¹¹⁵ Artículo 32 numeral 2, Convención Americana de Derechos Humanos, 2008

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 presiones 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 Humanos ¹¹⁶ 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 si 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”¹¹⁷. 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.

Es preciso mencionar que los principios básicos, recogen lo establecido por los instrumentos normativos mencionados en el anterior párrafo, pues reconoce el derecho a manifestar 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 tal y como lo manda el Pacto de San José en su artículo 27¹¹⁸ numeral 2 al enlistar aquellos derechos cuya suspensión no están autorizados. De igual manera, valga la redundancia, el artículo 4 del Pacto¹¹⁹, 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 Humanos¹²⁰, establecen que bajo ninguna circunstancia se puede privar la vida de manera arbitraria.

¹¹⁶ “Ver”, Declaración Universal de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, Artículo 20 numeral 1.

¹¹⁷ Caso Maldonado Ordoñez Vs Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 3 de Mayo de 2016, Parr 64.

¹¹⁸ “Ver”, Artículo 27 numeral, Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹⁹ “Ver”, Artículo 4 numeral, Convención Americana de Derechos Humanos.

¹²⁰ “Ver”, Declaración Universal de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, Artículo 3.

Es por esto, que en el 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 tercero¹²¹, siempre y cuando 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. En 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 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.

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.

¹²¹“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.

5.1 Colombia

Colombia tiene la Ley 1801¹²² 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 caber 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”¹²³. Además reconoce en su Constitución que la fuerza pública¹²⁴ está conformada tanto por la Policía Nacional como por Fuerzas Militares¹²⁵.

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”¹²⁶. Así que se puede afirmar que la norma colombiana, prevé que puedan existir situaciones en donde se aplique el uso de la fuerza bajo DIDH y que en ocasiones se tenga que usar el uso de la fuerza regulado por DIH.

5.2 Perú

Perú tiene una normativa muy especial, en 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 norma con rango y fuerza de ley que son emanados por el poder ejecutivo, facultad que se le es otorgada a este poder

¹²² “Ver”, Ley 1801 del 2016 por la Cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadanía, del 29 de julio de 2016.

¹²³ Artículo 170, Ley 1801 de 2016.

¹²⁴ “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.

¹²⁵ “Ver”, Constitución Política de la Republica de Colombia de 1991, actualizada hasta el Decreto 2576 del 27 de julio de 2005., Artículo 216.

¹²⁶ Artículo 214, Constitución Política de la Republica de Colombia de 1991, 2005.

del estado por el Congreso¹²⁷. El Decreto Legislativo No.1186 regula el uso de la fuerza para los policías y el Decreto Legislativo No. 1095 que 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 éste, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario”.¹²⁸ 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”¹²⁹. 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. 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 este 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 reguladas como lo manda la Constitución del Ecuador en su artículo 133.

¹²⁷ “Ver”, “Normatividad”, consultado el 3 de octubre de 2020, <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-1449>.

¹²⁸ 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 .

¹²⁹ Artículo 3 literal k, Decreto Legislativo No.1095, 2010.

Se debe tener en cuenta que, actualmente, solo existen dos acuerdos ministeriales que regulan esta institución, de los cuales uno de ellos su vigencia 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 legisle la fuerza. 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 desprende sus efectos, por lo tanto actualmente no hay una regulación vigente en cuanto a 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.