



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 346 DEL
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

Tesis, previa a la obtención
del Título de Abogado

AUTOR:

Jorge Horacio Bravo Mendoza.

DIRECTOR:

Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.

Loja – Ecuador

2017

CERTIFICACIÓN

Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS.

CERTIFICA:

Haber dirigido, asesorado y revisado detenida y minuciosamente durante todo su desarrollo de la tesis titulada **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 346 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**. realizada por el Sr. Jorge Horacio Bravo Mendoza.; previo a la obtención del título de Abogado; y, que en razón de considerar que el mencionado trabajo cumple con los requisitos de fondo y forma establecidos en los reglamentos correspondientes, autorizo su presentación para que pase al estudio del honorable Tribunal de Grado.

Loja, Junio del 2017



Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Jorge Horacio Bravo Mendoza, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Jorge Horacio Bravo Mendoza.

Firma:  _____

Cédula: 1303901472

Fecha: Loja, Junio del 2017

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Jorge Horacio Bravo Mendoza declaro ser autor de la tesis titulada **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 346 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**, como requisito para optar al título de ABOGADO; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 20 días del mes de Junio del dos mil diecisiete, firma el autor.

Firma: Jorge Bravo M

Autor: Jorge Horacio Bravo Mendoza.

Cédula: 1303901472

Dirección: Portoviejo, ciudadela municipal, Calles Cristóbal Azúay y Eduardo Izaguirre.

Correo electrónico: jorgehoracio2010@hotmail.com

Teléfono: (05) 2581344

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Müller

Tribunal de Grado:

Dr. Mg. Darwin Quiroz Castro Presidente

Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda Vocal

Dr. Mg. Marcelo Costa Cevallos Vocal

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación previo al Grado de la obtención del Título de Abogado lo dedico en primer lugar a Dios, Ser Supremo, quién me ha guiado con su sabiduría, a fin de concluir una meta más en mi vida, a mi querida esposa Zoila Georgina, porque ella me supo tener la suficiente paciencia y comprensión.

A mis queridos hijos Gema Cecilia, Cinthya Paola y mi hijo Bill Kent por estar a mi lado, apoyándome incondicionalmente, y darme la fuerza necesaria para lograr el objetivo de ser una mejor persona.

Gracias a todos los que creyeron en mí.

JORGE HORACIO

AGRADECIMIENTO

Mis más sinceros agradecimientos a la Universidad Nacional de Loja, a la Modalidad de Estudios a Distancia, a la Carrera de Derecho, en la cual transcurrió un considerable tiempo de mi vida, a sus autoridades y docentes de los cuales guardo el aprendizaje y su amistad.

Al Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Müller, respetable Docente de la Carrera de Derecho, quien en la dirección del presente trabajo de tesis compartió sus altos conocimientos con dedicación y paciencia.

EL AUTOR

1. TITULO

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 346 DEL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL”**

2. RESUMEN

El Ecuador tiene una historia de lucha social importante desde la época de la colonia para liberarnos del yugo español, hasta nuestros días por conseguir la liberación social y nacional, en este marco, vemos como en la actualidad subsisten los problemas en el ámbito legal, pues a conocer, las leyes siempre fueron impuestas para beneficio de pocos, que son los que han venido sucediéndose en el poder; en el transcurso del tiempo siempre han persistido hechos de judicialización, persecución, denigración y encarcelación de dirigentes sociales y líderes políticos que defienden causas públicas, configurándose una suerte de criminalización de la lucha social, producto de la ambigüedad de nuestra legislación sobre tipos penales que fueron impuestos por gobiernos dictatoriales en épocas pasadas y que se mantienen en el Código Orgánico Integral Penal. Esta legislación penal incongruente, no se ha adecuado al garantismo que ofrece nuestra Constitución, por lo tanto, la normatividad penal, es utilizada y aplicada por el poder del Estado a través de la función judicial que ha claudicado su autonomía para servicio del gobierno de turno que interviene groseramente en la justicia ordinaria imponiendo términos de cómo se debe juzgar la legitimidad de los actos de defensa del pueblo, encarcelando la libertad y acallando la protesta social que se encuentra protegida por la Constitución de la República como derecho a la resistencia. Bajo este discernimiento, podemos afirmar que en el Ecuador cuyo principio fundamental lo ubica como Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, se vulneran los derechos humanos, lo que

distancia al Estado del cumplimiento de los tratados y convenios internacionales suscritos, ya que la tutela efectiva de los derechos y garantías, así como la justicia, se han convertido en una mera enunciación en el papel.

ABSTRACT

Ecuador has a history of important social struggle since the colonial period to free us from the Spanish yoke, until today to achieve social and national liberation, in this context, we see how currently problems remain in the legal field, because To know, laws were always imposed for the benefit of the few, who have been succeeded in power; In the course of time there have always been acts of prosecution, persecution, denigration and imprisonment of social leaders and political leaders who defend public causes, forming a sort of criminalization of social struggle, resulting from the ambiguity of our legislation on criminal types that were Imposed by dictatorial governments in the past and which are maintained in the Integrated Criminal Code. This incongruous criminal legislation has not been adapted to the guaranty offered by our Constitution, therefore, criminal law is used and applied by the power of the State through the judicial function that has crippled its autonomy to serve the government on duty Who intervene grossly in ordinary justice by imposing terms on how to judge the legitimacy of the acts of defense of the people, imprisoning freedom and silencing the social protest that is protected by the Constitution of the Republic as a right to resistance. Under this discernment, we can affirm that in Ecuador whose fundamental principle places it as a Constitutional State of Rights and Justice, human rights are violated, which distance the State from compliance with the international treaties and agreements signed, since effective protection Of rights and guarantees, as well as justice, have become a mere enunciation on paper.

3. INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis está estructurado en el marco de las disposiciones legales del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja:

Este trabajo investigativo es fruto de mi interés por la defensa al derecho a la vida como un derecho innato inherente a todo ser humano; ya que es de trascendental importancia para la defensa de la democracia constitucional: el derecho a la resistencia y una de sus principales expresiones la protesta social, entendido como una garantía social de última ratio que lejos de significar un instrumento de desestabilización del estado de derecho, más bien permite al pueblo, al soberano, o a los ciudadanos disputar el poder, con el único objeto de hacer respetar sus derechos sean éstos individuales o colectivos a través de la interpelación al poder público o privado por acciones u omisiones ilegítimas

Frente a ello se presenta el tema “NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 346 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL”, más allá del aspecto social, enfoca el aspecto jurídico, factor motivante para seleccionarlo, ya que apunta a la búsqueda incesante de una sociedad más justa y equitativa, y así contribuir a garantizar el cumplimiento de los derechos además trata de establecer que existe violación y vulneración de los derechos humanos

fundamentales en esta normativa legal recientemente aprobada, ya que su aplicación que data desde el mes de agosto del 2014, ha producido hechos de judicialización, persecución, denigración y encarcelación de dirigentes sociales y políticos, existiendo en la práctica una criminalización de la protesta social, cuyos sustentos se encuentran “convenientemente” instituidos en esta legislación penal incongruente con el Estado Constitucional de Derechos y de Justicia.

La revisión de la literatura se inicia con el Marco Conceptual en donde se realizó una importante selección de los conceptos de los más destacados tratadistas y diccionario en esta materia. Así se ha incluido en esta parte las conceptualizaciones del Diccionario de Guillermo Cabanellas; Sabiaga, Esteban; Dávila y Miño; León, M; Zaffaroni; Henry Thoreau.

Todos los tratadistas y diccionarios citados en este trabajo coinciden sobre la Criminalización de la Protesta Social acarrear graves vulneraciones en los derechos fundamentales de las y los ecuatorianos.

La presente tesis en su parte medular trata sobre la vulneraciones en los derechos fundamentales de las y los ecuatorianos y las consecuencias cada vez más graves, y todo esto a causa de la Criminalización de la Protesta Social, el mismo que de acuerdo al estudio social y jurídico realizado, es inequitativo, ya que al ser estudiado se llegó a establecer que existen perjuicios sociales, económicos y psicológicos en las y los ecuatorianos siempre han persistido hechos de judicialización, persecución,

denigración y encarcelación de dirigentes sociales y líderes políticos que defienden causas públicas.

Además se realizó la correspondiente verificación de los objetivos planteados tanto generales como específicos; así como la contrastación de la hipótesis planteada al inicio del proyecto.

Con toda esta compilación de criterios establezco conclusiones del trabajo realizado, para posteriormente hacer las recomendaciones jurídicas necesarias a los distintos entes relacionados con la justicia en el Ecuador.

Se concluye con una propuesta jurídica a través de la cual se intenta incluir disposiciones que ayuden a mejorar el régimen jurídico de protección a las y los ecuatorianos, y los mecanismos de protección necesarios, para enfrentar un problema que está incidiendo directamente en los grupos más vulnerables que son parte fundamental de una sociedad en desarrollo, es necesario que el Estado tome las medidas de protección urgentes para que se evite la expansión de tanta judicialización, persecución, denigración y encarcelación de dirigentes sociales y líderes políticos que defienden causas públicas.

Por último hago una recopilación de bibliografía empleada en la presente tesis.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. PROTESTA SOCIAL

El derecho de protesta no solo existe sino que está expresamente reconocido por la Constitución... y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18, Declaración Universal de Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (art. 19) y en la libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20). Estos dispositivos imponen a todos los Estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos y, por supuesto, no solo a reservarlos en el fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y reclamos”¹.

Massimo Pavarini, criminólogo italiano, señala a la Criminología como “una ciencia burguesa, nacida con la aparición del sistema capitalista de producción”, marcando que es dicha sociedad burguesa la que demanda orden y disciplina social; partiendo de una única y principal preocupación: “cómo educar a los no propietarios a aceptar como natural su propio estado de proletarios; cómo disciplinar a estas masas para que no sean más potenciales atentadores contra la propiedad y al mismo tiempo, cómo garantizar que en la sociedad civil se realicen las esferas de libertad y autonomía, que son las condiciones necesarias para el libre autorregularse del mercado”. Es decir, cómo hacer que los excluidos de la propiedad acepten las reglas del juego como naturales. En este sentido, la criminología surge en el marco de un proyecto político que va creando y recreando la política de control social según las condiciones que la sociedad capitalista impone.

¹ Zaffaroni, 2012, p. 18

La criminología, entonces, viene a contribuir como “ciencia indicativa, para individualizar a los potenciales atentadores contra la propiedad, los socialmente peligrosos; se ofrecerá como saber práctico necesario a la política de prevención y represión de la criminalidad y será, a distintos niveles, utilizada tanto por el juez como por las fuerzas de policías”. Así, se erige como herramienta clave con la que contará la clase dominante para mantener los niveles tolerables de conflictividad social, pues actúa caracterizando y estereotipando a los potenciales delincuentes.

Sin embargo, hay algunas características que constituyen a las acciones en delictivas. En tal caso, las diferencias entre escuelas van a reflejarse en la significación y el contenido que cada una de ellas, con principios y valores filosóficos determinados, le otorgue a tales características, conformando de tal modo la Teoría del Delito. “Siendo que el derecho penal se ocupa del delito y de su legal consecuencia que es la pena, adviene como necesario poseer de él un claro y preciso concepto con indicación de los principios de que parte, análisis de los elementos con que se maneja en su integración y su destino en la ley.

Todo ello es lo que comporta la Teoría del Delito. Se comprende así, que no puede existir ninguna escuela de derecho penal que no tenga su propia Teoría del Delito; es decir, qué es lo que para ella es el delito”

Derecho a resistir el Derecho: “Es que debe el ciudadano resignar su conciencia frente a la legislación, aunque sea por un momento, o de un modo acotado? ¿Cuál debe ser entonces la razón de que cada hombre tenga conciencia? Pienso que deberíamos ser hombres en primer lugar, y recién luego sujetos. No es deseable que cultivemos el respeto hacia la ley, tanto como el respeto hacia lo que es correcto. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en todo momento lo que considero correcto”².

² Henry Thoreau (COLECCIÓN NUEVO FORO DEMOCRÁTICO, pág. 133)

Objeción de Conciencia: “Para nosotros, la objeción de conciencia es un acto de una persona humana, individual, íntimo, no violento, basado en la libertad de rehusar que contradice cierta normatividad jurídica, por fidelidad a unos principios culturales, acto que se reconoce en el derecho positivo porque no busca su cambio ni modificación. En otros términos, hay objeción de conciencia cuando un individuo en ejercicio de un derecho se niega a cumplir pacíficamente un precepto jurídico, cuya observancia le prohíbe su íntimo convencimiento”³.

Thomas Jefferson: “¿Qué país puede conservar sus libertades si sus gobernantes no reciben de vez en cuando la advertencia de que el pueblo conserva el espíritu de resistencia? El árbol de la libertad ha de refrescarse de vez en cuando con la sangre de los patriotas y de los tiranos”⁴.

Sobre la Resistencia: “Si la filosofía del derecho quiere ser honesta consigo misma algún día, tendrá que reconocer que el derecho de resistencia históricamente, antes que instrumento de desorden y anarquía ha sido la vanguardia de la afirmación y el progreso de los derechos humanos”⁵.

El profesor Elías Díaz, sobre la justificación ética del Derecho y el Estado: “Radica en la defensa y realización de una serie de derechos humanos básicos, considerados totalmente imprescindibles y que no deben sacrificarse a otras instancias diferentes alegadas como superiores.

Derecho: “Consiste en regular las conductas de los hombres que viven en sociedad, con el fin de obtener una convivencia pacífica, donde reine la

³ MONOGRAFÍAS JURÍDICAS, 1998, pág. 62 y 63

⁴ Torres, 2000, pág. 31

⁵ Ibídem

seguridad, y de lograr, en la medida de lo posible, que la justicia presida las relaciones que se produzcan entre este grupo de personas”⁶.

Resistir: “Resistir es oponer una fuerza a la acción de otra que tiende a deformar, vulnerar o destruir”⁷.

Resistencia: “Resistencia, por consiguiente, es acción y efecto de resistir o resistirse, acción de fuerza que se opone a otra dinámicamente, poder defensivo de un organismo frente a los agentes que le son perjudiciales”⁸.

Objeción de conciencia: “Es una forma de desobediencia al derecho positivo, fundada en la libertad de rehusar determinada normatividad por motivos jurídicos, morales o políticos del individuo concreto. Peces-Barba dice que la objeción de conciencia es una desobediencia regulada por el derecho, con lo cual deja de ser desobediencia”⁹.

Obediencia al derecho: “La obligación de obedecer el derecho se presenta como una correspondencia lógica del propio existir del Derecho, pues, ciertamente, un Derecho que no exigiese obediencia es una contradicción lógica”¹⁰.

Desobediencia Civil: “Es un tipo especial de negación de ciertos contenidos de la legalidad, que alcanza su máxima expresión en sociedades

⁶ López, 2004

⁷ Torres, 2000, pág. 246

⁸ Torres, 2000, pág. 246

⁹ Terán, 2012, pág. 26 y 27

¹⁰ López, 2004

democráticas, por parte de ciudadanos o de grupos de ciudadanos, siendo tal legalidad, en principio, merecedora de la más estricta obediencia”¹¹.

Error de Derecho: “Se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica”¹².

Artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789- “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.

Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”¹³.

En la Constitución de la República del Ecuador de 2008: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren sus derechos constitucionales y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”¹⁴.

4.1.2. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

La criminalización de la protesta es una estrategia política que presenta ante la sociedad a la lucha por los derechos sociales como delitos y a los sectores que las promueven como delincuentes.

La protesta por lograr conquistas favorables a diferentes sectores populares, es un derecho que no requiere permiso ni acepta censura. A lo

¹¹ Alvarado, 2016

¹² Terán, 2012, pág. 25

¹³ Art.2 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO, 1789

¹⁴ Art. 98 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

largo de nuestra historia, nuestro pueblo se ha manifestado en las calles, se ha organizado de diversas maneras para hacer escuchar su voz y defender sus reclamos.

La criminalización de las luchas es una de las formas que asume la represión para inmovilizar a las organizaciones populares y amedrentar a todos aquellos que se hacen cargo del legítimo derecho de organizarse y exigir la resolución de sus necesidades. En algunos casos es utilizada como paso previo a la represión abierta, directa, y en otros, articuladamente con ésta. Son diferentes mecanismos con el mismo fin de dominación y control social.

La criminalización de las luchas es un instrumento que ha sido utilizado con diferentes intensidades por todos los gobiernos de turno y que hoy aplican gobierno como el de Cristina Fernández de Kirchner y el Gobierno de Rafael Correa para intentar disciplinar y amedrentar a todos aquellos que cuestionan la miseria y la opresión, y para frenar la organización y las luchas desplegadas por los trabajadores y por los diferentes movimientos populares.

Con la criminalización de la protesta el Estado apunta a varios objetivos al mismo tiempo. Por un lado, frenar el conflicto social, acallando, disciplinando, atomizando y domesticando las disidencias. Por otro, correr el eje de la injusticia denunciada por diferentes sectores movilizados hasta plantear que lo que está sucediendo es un “delito”, una “amenaza para el orden legal”, una “violación a la ley”, deslegitimando la lucha. Esa operación mediática y política sobre la opinión pública es más intensa cuanto más lejos se está de querer resolver la situación que dio origen a la protesta.

En los últimos años existe una tendencia a agravar las imputaciones utilizando figuras penales gravísimas que penden como una amenaza sobre

la libertad de dirigentes y luchadores, cuestionando derechos como el derecho a la huelga y a la movilización popular. El Gobierno Nacional impulsa esta política de criminalización como lo demuestran las declaraciones de sus funcionarios.

4.1.3. DERECHO A LA RESISTENCIA

“La facultad concedida a los ciudadanos por medio de la cual se les permite a estos ejercer medidas de oposición con el fin de garantizar el respeto y ejercicio de sus Derechos Humanos que se crean vulnerados, o el reconocimiento de nuevos derechos, cuando por otros medios institucionales, por ejemplo, una acción judicial, no se lo ha conseguido”¹⁵.

El Derecho a la resistencia es un derecho legítimo, legal que se expone ante y contra un poder estatal ilegítimo, a ante políticas públicas que puedan afectar de manera directa o indirecta los derechos fundamentales de las personas, manifestada como desobediencia civil ante las normas, políticas o lineamientos de un gobierno o a su vez de un representante del poder público, en ejercicio legítimo de su poder.

El derecho a la resistencia debería ser uno de los derechos más protegidos por el ordenamiento jurídico dada la siguiente interpretación “El hombre es un ciudadano, ósea un sujeto de derecho, no es un súbdito, sometido a la voluntad del gobernante: Ser sujeto de derechos supone Gozar de una voluntad libre, estando exento de cualquier obediencia o servidumbre o dependencia; puesto que la dependencia es signo de sujeción hacia la tiranía.” Más aún cuando dentro de un estado de democracia el pueblo es el mandante y el gobernante un mero cumplidor de la voluntad popular.

En el Ecuador el Derecho a la Resistencia está siendo vulnerado, por medio de intimidación, en el COIP, se ha aumentado la pena en cuanto a

¹⁵ Guaranga, 2009, p. 144

terrorismo y sabotaje se refiere, con la finalidad de desmovilizar a los dirigentes de grupos que se sienten perjudicados en sus derechos.

El Derecho a Resistirse es un derecho a la opresión y a la injusticia. Este Derecho a Resistirse contra la dictadura, ha sido reconocido, desde la más lejana antigüedad hasta nuestros días, por hombres de todas las doctrinas, de todas las ideas y todas las creencias religiosas y políticas. El desobediente civil viola la norma generalmente aceptada como medio de apelación a la mayoría para que ésta rectifique, aunque siempre recurriendo, en la expresión de la protesta, a los mismos principios constitucionales a los que la mayoría recurre para legitimarse.

En los pueblos con falta de democracia, la desobediencia constituye el derecho de resistencia. Un gesto de “desobediencia civil”, de quiebra consciente de la legalidad, de insumisión, de rechazo público, pacífico y notorio contra un Decreto o una Ley que no tiene coerción por su ilegalidad. Se ejerce éste derecho, ante un Gobierno controlador, capaz de responder con armas a las discrepancias de ideales, políticos, civiles y religiosos de trabajadores, estudiantes, obreros de todo un pueblo que se siente amenazado por un gobierno autoritario. Cabe la desobediencia civil de quienes promueven una sociedad solidaria contra las leyes y normas que combaten la crisis.

4.1.4. HUELGA

Dentro de la presente clasificación encontramos un mecanismo particular de resistencia, “*La Huelga*”, la cual es una figura legal en materia laboral, que si bien es cierto constituye un derecho general no significa que pueda ser accionada por todos los ciudadanos.

Su limitación al ejercicio radica en la calidad de sujeto activo y pasivo, pues esta se reserva exclusivamente para los trabajadores y el empleador.

El derecho de huelga *“ha sido el instrumento que ha permitido a los trabajadores negociar de igual a igual frente a sus empleadores”*¹⁶, lo que constituye un logro histórico revestido de garantía, no solo para el trabajador, sino también para el empleador, pues permite resolver las controversias a través de un mecanismo legal y diplomático con sujeción a la ley.

4.1.5. HUELGA DE HAMBRE

Si bien es cierto la huelga constituye un mecanismo de resistencia pacífica en el campo laboral, la materia de estudio del presente acápite hace alusión a una acción de naturaleza jurídica independiente y conceptualización especial, la huelga de hambre.

Constituye *“una herramienta de denuncia y protesta que emerge con fuerza cuando las demandas sociales colisionan con un Estado que ve agotada su capacidad de respuesta”*¹⁷, es decir constituye un mecanismo alternativo a la vía constitucional, judicial o administrativa, que busca en su accionar una plena tutela efectiva derechos.

Este tipo de mecanismo de *no violencia activa*, tiene características particulares, pues *“es una forma de protesta social pacífica y extrema al mismo tiempo, en la que se tensionan valores centrales del individuo, como la vida y la libertad”*¹⁸, lo cual pone en conflictos la tutela efectiva del Estado hacia la vida y la libertad, pues el auto-infringirse dolor y daño por parte del ciudadano alerta a la administración pública sobre su obligación objetiva de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales.

¹⁶ Contreras, 2013, pág. 106

¹⁷ Pizarro, 2013, pág. 334

¹⁸ Pizarro, 2013, pág. 335

Su ejercicio no constituye una autoflagelación con fines autodestructivos, así tampoco puede ser concebida como una *“conducta suicida, porque quienes reclaman por medio de esta vía extrema no buscan la muerte, por el contrario, racionalmente aman su vida o la vida libre de su pueblo, pero asumen el riesgo vital en la búsqueda de un bien que legítimamente han definido como prioritario”*¹⁹.

La naturaleza misma de este mecanismo de resistencia emana de un fin justo y real, al existir una situación dañina, conflicto o inaplicabilidad del derecho que coaliciona la utopía de justicia con la violación de derechos. Es ahí cuando la huelga de hambre constituye un recurso social expedito para buscar la realización de la justicia en plenitud del derecho.

El sacrificio realizado por quienes lo ejecutan genera en los colectivos sociales y administraciones públicas una señal de alerta urgente, pues es *“un medio de reclamo, tanto de orden personal, como un repertorio de protesta social”*²⁰, lo que significa que si bien el daño puede producirse de forma directa sobre el huelguista, los efectos de este acto de resistencia puede generar efectos colectivos, que eviten la vulneración sistemática de derechos.

4.1.6. REBELIÓN

La rebelión no es entendida como un mecanismo de participación ciudadana, es más, se configura como un tipo penal, es decir su ejercicio constituye una trasgresión del orden constitucional establecido con una inminente afección de los derechos fundamentales.

¹⁹ Pizarro, 2013, pág. 336

²⁰ Peñafiel, 2014, pág. 140

Eusebio Gómez concibe a la rebelión como *“el alzamiento en armas, en abierta hostilidad ante lo cual la ley reprime la destrucción de la Constitución o arrancar alguna medida o concesión a uno de los Poderes del Gobierno”*²¹, es decir el objeto de tipificar esta conducta como delito es precisamente limitar un incorrecto uso de los derechos de participación, pues no se puede alegar la exclusión de la antijuridicidad del uso de armas por un supuesto bien común tutelado.

Al respecto en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano se tipifica esta conducta de la siguiente manera *“La persona que alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”* (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014), por consiguiente en la tipología se plasma la doctrina de concepción de la rebelión, estableciendo un límite directo a las acciones contra la Constitución o el gobierno de turno, sin embargo se entiende de forma más estricta su ejecución al contemplar agravantes constitutivos del tipo penal, como es el uso de armas, impedir reunión de la asamblea, impedir las elecciones, promover, ayudar o sostener un movimiento armado para alterar la paz del Estado, en donde la pena será mayor, de siete a diez años.

El objetivo como he mencionado radica en una doble función, por un lado preservar el orden jurídico establecido y por otro establecer un límite al incorrecto uso de los derechos de participación.

²¹ Torres, 2006, pág. 57

4.1.7. OBJECIÓN DE CONCIENCIA

El razonamiento como logro de la evolución en beneficio del hombre implica múltiples consecuencias, entre ellas la “OBJECIÓN DE CONCIENCIA” dentro de la cual se ve manifestado la convicción, los valores y los principios humanos.

Hernán Ortiz Rivas al respecto manifiesta que *“la objeción de conciencia es una forma de desobediencia al derecho positivo, fundada en la libertad de rehusar determinada normatividad por motivos jurídicos, morales o políticos del individuo concreto”*²². Para el autor la objeción de conciencia se manifiesta contra la norma escrita y vigente, lo que llamamos en términos jurídicos “derecho positivo”, accionada por la potestad del ciudadano de acatar o no las disposiciones que se consideran adversas a lo moralmente correcto.

Dicha potestad se encuentra garantizada en nuestra Constitución como un derecho de libertad, en el artículo 66.12, en donde textualmente se expresa:

“El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza”

Esta disposición constitucional efectivamente consagra a la objeción de conciencia como un derecho, el cual se encuentra garantizado de forma fundamental, sin embargo también prevé límites a su accionar, pues no se puede pretender creer que la objeción puede accionarse en cualquier momento y bajo cualquier situación, ya que acarrearía más trasgresiones de derecho que reivindicación de los mismos.

²² Terán, 2012, pág. 27

La limitación de la objeción en *no menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o naturaleza* pone un cerrojo a su ejercicio, y a la vez una protección jurídica del vasto catálogo de derechos garantizados en la ley de leyes, pues *“la libertad de uno termina donde empieza la de los demás”*²³.

Otra aproximación conceptual es la que pone en la mesa jurídica el Prof. Prieto Sanchis, el cual la entiende así:

*“El incumplimiento de una obligación de naturaleza personal cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o, si se prefiere, de sus principios de moralidad”*²⁴.

Su conceptualización aborda predominantemente una corriente del derecho natural, que pondera la moral y la conciencia sobre la obediencia al derecho, efectivamente, ello resulta la principal característica de la objeción de conciencia.

En el derecho ecuatoriano su consagración constitucional sin duda marca un precedente importante, sin embargo no deja de generar muchas interrogantes, como ¿Cuánto puede hacerse efectiva realmente? ¿Bajo qué circunstancias? ¿Su acción es un mero principio para accionar reclamos por la vía constitucional, administrativa o judicial? o ¿Es acaso que entraña una patente de curso que pondera la moral sobre la legalidad?

Dejando la subjetividad a un lado y haciendo una valoración objetiva encontramos ciertamente la “objeción de conciencia” ha obtenido una

²³ Baquero, 2008, pág. 249

²⁴ Torres, 2006, pág. 326

evolución positiva en la Constitución, al ser consagrada bajo la calidad de derecho. Sin embargo a pesar de ser un mecanismo de acción de resistencia pacífica consagrar sus límites resulta inminentemente necesario, por lo que la Constitución de manera correcta pone un candado a su accionar, con lo que su proceder se debe enmarcar en el respeto al goce efectivo de los derechos fundamentales de las demás personas.

Su acción no excluye la responsabilidad civil, administrativa, penal o constitucional que se pueda generar por la acción u omisión de una obligación legal objetiva, pues eso contravendría el principio de legalidad, sin embargo su aplicación ha resultado una herramienta de suma importancia para el reconocimiento, debida aplicación, garantías y protección de derechos en las naciones, luchas sociales que han generado progresos comunes y cambios positivos en la tutela efectiva de los Estados.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO A LA RESISTENCIA

Aunque resulte novedosa su positivización en nuestro orden constitucional, sin duda alguna este derecho ha estado presente a lo largo de la historia desde el inicio mismo de la razón humana, su ejercicio guarda armonía contra actos u omisiones del poder público causadas por arbitrariedad, tiranía u opresión.

Platón y Aristóteles desarrollaron directrices de entendimiento de la tiranía, como contraria a la libertad del hombre y su ideal de materialización de la república. Por otro lado *Santo Tomás de Aquino* desarrolló parámetros ante los cuales los Gobernantes estarían limitados en el ejercicio del poder, guardando especial atención a la corriente lus Naturalista (Pavón, 1992, págs. 683-707).

En el siglo XVI el teórico *Tomas Hobbes* en su obra “Leviatán” con un pensamiento lus Naturalista expresó que “*el derecho natural es la libertad que tiene cada hombre de usar su propio poder según le plazca para la preservación de su naturaleza*” (Hobbes, 2009, pág. 119), por consiguiente resultaría ser una lucha por alcanzar la plenitud del derecho como medio de supervivencia social, y a la vez materializar la objeción de conciencia frente a las acciones u omisiones que aunque puedan ser generados por mecanismos legales, pueden constituir un grave deterioro de los derechos naturales inherentes al hombre, sin embargo mencionar que el derecho natural “*es la libertad que tiene cada hombre de usar su propio poder según le plazca*” traza una delgada línea entre lo justo y el abuso, lo cual con creciente facilidad daría lugar a violaciones sistemáticas de derechos humanos y acción de mecanismos violentos inmediatos sin agotar los pacíficos previamente.

Antes del siglo IV es escrita la *Antígona de Sófocles*, que retrató la enérgica oposición de la ley divina con la norma positiva, en donde se dio una fuerte resistencia por parte de los religiosos a acatar y reconocer a la ley humana por sobre la celestial, dichas disputas se generaban con gran carga de influencia subjetiva, por lo que no es hasta el siglo IV que tras haber reconocido el cristianismo como religión oficial se trazan los límites de obediencia al derecho humano, es decir el debido y correcto acatamiento de la ley humana solo cuando guarde armonía con la ley divina.

Es en 1789, tras la aprobación de la Asamblea Nacional Constituyente francesa que se da uno de los hitos más importantes de la historia del derecho “LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO”, en donde por primera vez se plasma en el ámbito positivo el derecho a la resistencia, y es exclusivamente el artículo dos el que menciona que “*la finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión*” (DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 1789). Es notable la importancia que se le dio a este derecho al catalogarlo como uno de los cuatro ejes principales de garantía social, pues su ejercicio constituía una articulación central de los demás derechos. La promulgación de la declaración constituyó una victoria de un pueblo afligido por la arbitrariedad, tiranía y opresión de los grupos de poder, por lo que plasmar la “resistencia a la opresión” como una garantía positivizada constituyó un cambio histórico de rumbo, en beneficio de la democracia y goce efectivo de los derechos naturales que corresponden al ser humano.

Al ser plasmado en el ordenamiento jurídico positivo, se permitió que en contados años se lo consagre en la primera Constitución francesa de 1793, la cual establecía que “*La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre*” (CONSTITUCIÓN FRANCESA, 1793),

es decir su consagración constituyó una medida de protección y tutela al extenso abanico de derechos humanos cuando estos se vean agredidos, por otro lado el mismo cuerpo legal señalaba *“hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros está oprimido”* (CONSTITUCIÓN FRANCESA, 1793), es decir al hablar del sujeto pasivo de la opresión se tuvo claramente establecido que este sería el individuo o el colectivo, y por consiguiente el acto de resistencia se podía manifestar de las dos maneras, la Constitución igualmente afirmaba que *“cuando un gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada sector del pueblo el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes”* (CONSTITUCIÓN FRANCESA, 1793), por ende su ejercicio constituía un derecho, pero a su vez se investía de obligación moral, pues la participación ciudadana se catalogaba como pilar fundamental de la democracia y desarrollo del pueblo. Al hacer un señalamiento concreto del “gobierno” como sujeto activo de la violación de derechos se marcó un hito, pues acababan de surgir de un momento histórico en donde el poder total radicaba en la monarquía, ante la cual no existía vía expedita para accionar recursos legales y efectivos.

En 1949 surge en Alemania la Ley Fundamental de Bonn, la cual en su artículo 20.4 nos señala: *“Contra cualquier que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”* (LEY FUNDAMENTAL DE BONN, 1949), es entonces que su ejercicio era catalogado de ultima ratio o residual y a su vez no nos señala sujeto activo de la afeción, por ende daría a notar que su ejercicio se daría en derecho público y privado.

En Portugal para el año 1976 surge la resistencia en materia constitucional en su artículo 21, el cual textualmente dice *“Todos tendrán derecho a resistir, cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no fuere posible*

acudir a la autoridad pública” (CONSTITUCIÓN DE PORTUGAL , 1976). Este precepto llega a estar cerca de la delgada línea entre la objeción de conciencia y el desequilibrio social por el uso de la fuerza.

Es en el año 2008 cuando el Estado ecuatoriano positiviza por primera vez en su normativa interna el derecho a la resistencia, precepto que nació con la idea de extender el abanico de derechos constitucionales, y crear un mecanismo de acción social contra el resquebrajamiento de la naturaleza misma del derecho, sin embargo la falta de legislación adjetiva y una escasa legislación sustantiva hacen que su positivización constitucional de a lugar interpretaciones diversas y alcances sumamente opuestos. La tarea del legislador debe ser no dar lugar a la imaginación de los administrados respecto a una ley o una norma, proporcionando en las diversas actuaciones seguridad jurídica integral, mediante la cual no se trace solamente el fin, sino también el camino, pues, un ocaso sin sendero es una utopía irreal.

El Derecho a la Resistencia en la equidad de género La lucha social de la mujer por alcanzar una igualdad real de derechos frente al hombre, en el sistema de gobierno, las políticas públicas, tutela del Estado y acceso a servicios públicos ha estado latente a lo largo de la historia, por lo que conviene recordar momentos trascendentes de la evolución histórica del derecho a la resistencia para alcanzar la equidad de género.

En la antigua Grecia se dio la lucha de Lisistrata, quien revolucionó la concepción de huelga a través de una “resistencia sexual” contra los hombres de la época para dar por terminada una vez por todas la guerra, por otro lado para el año de 1789 en la Revolución francesa existieron múltiples marchas de las mujeres parisienses en Versalles, con el objetivo de alcanzar una verdadera igualdad, libertad y fraternidad en el ejercicio del sufragio femenino.

En el año 1910 la Internacional Socialista reunió a 100 mujeres de 17 países en Copenhague, con el objetivo de alcanzar el sufragio universal de la mujer y a su vez proclamar el Día de la Mujer, un año más tarde se celebra por primera vez un 19 de marzo el Día Internacional de la Mujer en países como Alemania, Australia, Dinamarca y Suiza, en donde más de un millón de personas entre hombres y mujeres alzaron su voz de protesta para que los Estados adopten medidas legislativas eficaces para alcanzar una verdadera igualdad en el acceso al voto, cargos públicos, derecho al trabajo, derecho a una formación académica profesional, haciendo un especial recalcó en la no discriminación en el acceso al trabajo público y privado.

Para el año 1914 se da una fuerte crisis en Europa al desarrollarse la “Primera Guerra Mundial”, en donde el papel de la mujer fue protagónico en búsqueda de la paz, en múltiples países de Europa las mujeres llevaron a cabo mítines el 8 de marzo al llevarse al conmemorarse el Día Internacional de la Mujer con el objetivo de expresar su voluntad manifiesta del cese a la guerra y solidaridad con las mujeres víctimas de violaciones de derechos humanos en las zonas afectadas.

En Rusia tres años más tarde en 1917 la guerra ya había devastado la mayoría de hogares, pues el conflicto cesó la vida de 2 millones de soldados rusos, por lo que las mujeres rusas tomaron la firme convicción de oponerse a la situación caótica a través de la resistencia y demanda de pan y paz, la acogida fue tan amplia y el efecto fue tan trascendente que el Zar no tuvo otra salida que renunciar definitivamente de sus funciones, por lo que el nuevo Gobierno provisional a los cuatro días reivindicó en parte la trasgresión de derechos a las mujeres rusas a través del reconocimiento del derecho al voto (Unidas, 2016). Las múltiples luchas y victorias de la mujer en la historia hicieron que para el año 1975 las Naciones Unidas celebraran por primera vez el Día Internacional de la Mujer un 8 de marzo.

En el año 1995 al conmemorarse el cincuentenario de la fundación de las Naciones Unidas se lleva a cabo en Beijing la “Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer”, con el objetivo de promover la igualdad, desarrollo y paz para todas las mujeres en el mundo, lo que permitió la creación de la Declaración de Beijing, que tuvo la ratificación de 180 países (UNIDAS,1995).

Al llegar a las raíces históricas del Estado ecuatoriano en el ejercicio del derecho a la resistencia, es prudente y honroso hablar de una mujer que lo hizo efectivo de manera individual y cambió el rumbo del derecho, la Lojana Matilde Hidalgo de Prócel, quien se resistió a someterse a las condiciones desequilibradas de la época en razón de género, pues, al querer acceder a sus estudios secundarios se encontró con la novedad de que no existía un solo colegio mixto o femenino en su natal Loja, sin embargo ella se opuso a truncar su ideal y actuó en contra del sistema educativo del Gobierno de la época, solicitando se le permita continuar su educación en el actual “Colegio del Milenio, Bernardo Valdivieso”, y al haber una prohibición de carácter social y no de carácter legal fue aceptada.

Tras su decisión logró graduarse de secundaria en el año 1913, y en 1914 solicita al Rector de la Universidad Central de Quito se le permita matricularse en la Facultad de Medicina, petición que fue negada, a lo que insistió en la Universidad del Azuay, en donde fue aceptada y logró ser la primera la mujer que se graduó de médico, así como la primera que mujer en votar en una elección popular. Por otro lado llegó a ser la primera mujer electa para el Congreso (Clark, 2005, págs. 87, 97 y 98).

Sin duda alguna su perseverancia accionada a través de la resistencia al sistema desigualitario de derechos de la época en razón del género constituyó un abanico de progresos sociales en la cosmovisión del derecho

en todas sus formas de expresión, pues, gracias a la desobediencia de Matilde se puede reconocer nuevos derechos al género femenino de la nación, y con ello caminar cerca del ideal de la igualdad como principio constitucional.

4.2.2. LIMITACIONES AL DERECHO A LA RESISTENCIA

El objeto de las leyes no ha sido solo el de otorgar derechos a los ciudadanos, pues también el de generar obligaciones, tal como lo prevé el artículo 83 de la Constitución, el cual en su inciso quinto señala que es deber de los ecuatorianos el “*respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento*”²⁵, es decir, el ejercicio de los derechos propios debe de ir acompañado del respeto hacia el derechos al de los demás, pero ¿qué determina cuál es ese respeto?, y es esa obligación se encuentra positivizada en las leyes de la república, pero quien determina si existió ese irrespeto es la autoridad judicial competente, el cual se sujeta a la norma para decidir.

Las autoridades judiciales competentes tienen sobre sus hombros dos potestades otorgadas mediante la ley, la potestad reglada y la potestad discrecional. Siendo la potestad reglada la que se determina por “*la ley en forma precisa y completa de todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de manera que cree un supuesto legal concreto y una potestad aplicable al mismo, también definida en todas sus términos y consecuencias*”²⁶, es decir a través de ella se plasma en los pronunciamientos el contenido inexcusable de la Ley, bajo el principio de que nadie se encuentra por sobre la norma, en consecuencia constituye no

²⁵ Art. 83 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

²⁶ Acuña, 2009

solo una potestad sino un deber de los administradores de justicia el ejecutar lo determinado en la Ley.

Por otro lado tenemos la potestad discrecional, la cual se remite a la *“estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones ya sea en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, o en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, o bien de ambos elementos”*²⁷, es decir la responsabilidad valorativa que tiene el Juzgador al momento de tomar una decisión frente a un hecho que supuestamente se contrapone a una norma.

Ahora bien, ya tenemos claro cuáles son las potestades que ejerce el Juzgador al momento de tomar una decisión frente a un hecho que supuestamente se contrapone a una norma, ello nos permitirá tener más claro el panorama de cómo se limita y restringe al Derecho de Resistencia, y saber entender bajo qué parámetros que sujetan los Jueces al momento de decidir un fallo a favor o en contra.

Para abordar los límites al derecho a la resistencia debemos partir desde la Constitución, la cual en su artículo 83 señala entre otros que los deberes de los ecuatorianos son:

- ✓ *“Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente”*²⁸.

Obligación que ya constituye un límite al ejercicio del Derecho a la Resistencia, y a su vez resulta una contradicción de rango Constitucional, pues el artículo 98 señala que tenemos el derecho de resistirnos frente a

²⁷ Acuña, 2009

²⁸ Art. 83 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

*“acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”*²⁹, es decir por un lado la Constitución prevé el deber a los ciudadanos de respetar los pronunciamientos de una autoridad competente y por otro lado nos otorga el derecho a resistirnos a dichas decisiones cuando las consideremos que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales, y es que dicha contradicción nos pone en un escenario difícil de comprender, pero al que debemos dar respuesta. Parecería ser que el espíritu del artículo se relacionaría más con la desobediencia civil, pues a través de ella uno efectivamente se niega a acatar la decisión interpuesta en su contra, pero así mismo asume las responsabilidades ulteriores que se generaran a raíz del desacato.

✓ *“Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”*³⁰.

Este límite se reviste de coherencia y sentido, pues los humanos debemos respetar el ejercicio de los derechos de las demás personas, tenemos libertades claro está, convenios que los amparan, Constituciones que las propugnan y legislaciones que las defienden, pero en ninguna de ellas vamos a encontrar una patente de corso que nos permita actuar deliberadamente, a excepción claro está de las acciones de exclusión de la antijuridicidad que encontramos en los códigos penales, por ejemplo la legítima defensa.

Dentro de los derechos de libertad encontramos al derecho a la Objeción de Consciencia, en el cual señala que *“no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o naturaleza”*³¹. Ello resulta un límite válido y

²⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

³⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

³¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

concordante con lo anteriormente señalado, en consecuencia, no se podrá actuar de forma deliberada cuando ello implique una afección de derechos a las demás personas y de la naturaleza, la cual es sujeta de derechos según el artículo 71 de la carta magna.

Otra limitación Constitucional es la prevista en el artículo 159, referente a las fuerzas Armadas y la Policía Nacional quienes deberán ser “obedientes y no deliberantes”³², ello quiere decir que su derecho a la objeción de conciencia y derecho de resistencia se ven restringidos a la voluntad de las autoridades competentes. Un artículo de la Constitución de análisis sine qua non es el 11, el cual en su número cuatro entrelaza otra contraposición fuerte de disposiciones legales, pues determina “*que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”³³, sin embargo observamos que disposiciones del Código Orgánico Integral Penal efectivamente restringen claramente el derecho a la resistencia, el cual tiene un rango Constitucional. El más claro resulta ser la disposición del artículo 282 del COIP, en el cual se determina que se sancionará con una pena de uno a tres años a “*la persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales*”³⁴. Ello resulta un límite total al ejercicio del derecho a la resistencia, pues por un lado nos otorgan el derecho constitucional de resistirnos a las acciones u omisiones Estatales que vulneren nuestro derecho y por otro lado la misma acción es tipificada como delito, lo cual evidentemente genera incertidumbre y contraviene el artículo 82 de la Seguridad Jurídica en la Constitución.

Otra restricción al ejercicio del derecho de resistencia es la tipificada en el artículo 336 del COIP, dentro del cual se señala que “*La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno*

³² Art. 159 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

³³ Art. 11 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

³⁴ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014

*legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años*³⁵, lo cual evidentemente tiene su lógica ya que no se puede excluir la antijuridicidad de la acción violenta cuando esta atente contra el orden constitucional establecido, sin embargo la legitimidad de la restricción a la acción de resistencia se dará en medida de que se hayan analizado todos los elementos de convicción y se determine que evidentemente si existió una acción violenta que contravino derechos. Por otro lado, ¿qué sucede cuando el orden Constitucional es arbitrario o ejercido con arbitrariedad?, pues en situaciones como esas la Resistencia ha resultado ser el único medio para caminar a la utopía de la justicia e igualdad de derechos, pero ¿quién determina la arbitrariedad?, cuando no lo hace objetivamente la función judicial el pueblo se convierte en juzgador, claro, todo eso no puede ser encontrado en un norma adjetiva, sin embargo luchas sociales como esas han permitido el reconocimiento de nuevos derechos, tal como lo desarrollé en el capítulo segundo de los antecedentes históricos del derecho a la resistencia.

En el Código Orgánico Integral Penal se contempla en el artículo 283 el delito de ataque o resistencia, el cual señala que *“la persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depósitos o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la precepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a las guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública, serán sancionados con pena privativa de libertad de seis meses a dos años*³⁶, es decir, el derecho a la resistencia será restringido cuando se lo ejerza con violencia o amenazas, ello significa que se permitiría el ejercicio de este derecho cuando se realice solo en el marco del respeto a los derechos de

³⁵ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014

³⁶ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014

las demás personas, de la naturaleza y del orden Constitucional establecido.

4.2.3. CONSECUENCIAS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La criminalización de la actividad de defensores y defensoras de derechos humanos constituye una práctica encaminada a impedir su labor y restarles credibilidad en la sociedad. En su informe sobre defensoras y defensores de derechos humanos de 2006, la CIDH expresa su preocupación por la práctica de campañas de desprestigio e iniciación de acciones penales que menoscaban el trabajo de defensoras y defensores de derechos humanos, la cual describe de la siguiente manera:

Otro aspecto de la mayor preocupación es la utilización de acciones legales contra las defensoras y defensores, tales como investigaciones o acciones penales o administrativas, cuando son instruidas con el objeto de acosarlos y desprestigiarlos. En algunos casos, los Estados utilizan tipos penales que restringen, limitan o coartan los medios utilizados por las defensoras y defensores para realizar sus actividades. La Comisión nota que algunos países de la región han promulgado leyes o han recuperado tipos penales ya en desuso, como los delitos que atentan contra la forma de gobierno o los delitos de desacato, tipificación penal cuya eliminación la Comisión reiteradas veces ha sugerido a los Estados³⁷.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, p. 51.

En su segundo informe, de 2011, la CIDH acoge la denominación con que la sociedad civil de varios países americanos había catalogado esta práctica, "la criminalización de defensores y defensores de derechos humanos"³⁸. Esto implica un salto importante, de considerar que los estados tienen la práctica de iniciar juicios penales en contra de defensas y defensores, a decir que la actividad "defensa de los derechos humanos" es una actividad perseguida por el estado.

Las defensoras y los defensores de derechos humanos procuran conseguir el mayor impacto mediante sus acciones, de manera que los derechos de las personas o colectivos que defienden sean tomadas en cuenta en los ámbitos de toma de decisiones. Su trabajo es importante para las personas cuyos derechos defienden, ya que son grupos que no tienen peso político en una democracia electoral. Las medidas judiciales, los reclamos administrativos y, finalmente, las medidas de hecho son los mecanismos con los que cuentan para ser tomados en cuenta e influir en el diseño de la política estatal.

Los actos de protesta muchas veces van en contra de las disposiciones legales y reglamentarias como la prohibición del uso de espacios públicos, la prohibición del cierre de vías y carreteras o la suspensión de actividades que son consideradas estratégicas a nivel nacional. Sin embargo para muchas víctimas de violaciones de derechos humanos, son la última opción de ser escuchados dentro de un ámbito nacional que cada vez más les cierra más las puertas"³⁹. Como ya se dejó de manifiesto, el discurso del gobierno ecuatoriano es que quienes perdieron las elecciones no pueden imponer su punto de vista a la sociedad"⁴⁰.

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, p. 30.

³⁹ Michael Randle, *Resistencia Civil*, Buenos Aires, Paidós, 1998, p. 65-112.

⁴⁰ Rafael Correa Delgado, "Discurso Inaugural de su Tercer Mandato".

Se ha tratado de evitar la movilización es así que se realizaron trámites administrativos solicitando documentación pero lastimosamente nunca nos dieron. La documentación que debe ser información pública nunca ha sido otorgada, se ha logrado obtener a través de la Defensoría del Pueblo. Y solo cuando el presidente Correa conformó una comisión por dos grandes paros que hicimos bloqueo de vías de 8 días cada uno de ellos decide conformar la comisión tripartita pero dichos datos son secreto de estado. Además los compañeros de Girón presentaron un amparo constitucional pero no es posible batallar con las multinacionales que dominan a los estados nacionales y a la justicia. El único camino, y que se ha demostrado a nivel mundial las luchas históricas en los países es la movilización. Estado en la vía judicial es desperdiciar energías de lo que se ha hecho. [...] Es nuestro derecho a ejercer la resistencia y defender el derecho a la agüita. La población estaba consciente que la única forma de exigir el respeto de nuestra Pachamama es a través de la resistencia”⁴¹.

Quizá en este sentido, el caso más dramático es el de los pueblos y nacionalidades indígenas, cuyos derechos recogidos en la Constitución y en tratados internacionales incluyen el principio de autodeterminación”⁴². Este principio da cuenta del derecho que tienen estos colectivos de escoger su modelo de desarrollo, de que se respete su derecho al territorio y a mantener su cultura, pero sobre todo implica que debe existir una conexión entre el gobierno central y los pueblos y nacionalidades indígenas que permita un dialogo legítimo entre las dos partes con el fin, sobre todo, de proteger esta autodeterminación. Este espacio es la consulta previa libre e informada contenida en el Convenio 169 de la OIT”⁴³.

⁴¹ 173 Carlos Pérez, "Entrevista concedida al autor", Kimsacocho, 28 de abril de 2013.

⁴² James Anaya, Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Madrid, Trotta, 2005, p. 135-174.

⁴³ Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 169.

En actual Constitución del 2008, para estos pueblos la no existencia de la consulta previa constituye una violación a sus derechos y al pacto social sui generis que se firma entre las nacionalidades que conforman el Estado Plurinacional y que hace que las nacionalidades indígenas reconozcan la autoridad del Estado sobre sus territorios.

Los pueblos y nacionalidades indígenas de la Amazonía, tienen una idea de pertenencia de un territorio que han ocupado ancestralmente, en el cual a pesar de que existan órdenes judiciales o administrativas que permitan el ingreso a personas ajenas a la comunidad en base a sus costumbres y derecho propio. Este ejercicio del derecho a la resistencia se basa en su convicción de que su territorio no puede ser tocado sin causar un daño irreparable a su cultura, a su supervivencia y a su vida espiritual.

La criminalización de la defensa de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas es la más intensa en el contexto actual. Esto debido a los planes de implementar proyectos extractivos en sus territorios, situación que no ha sido, ni será, tolerada por gran parte de estos colectivos. La identificación de estas defensoras y defensores como enemigos de la sociedad se basa no sólo en el desafío a la autoridad, sino porque en el discurso gubernamental las prestaciones sociales de la población en general dependerían de que se pueda explotar minerales e hidrocarburos de estas zonas”⁴⁴.

La pena en el derecho penal tiene una función simbólica. Ninguna sociedad puede pretender que la aplicación del derecho penal sea absoluta, de manera que toda persona que viole una norma penal vaya a sufrir el castigo que se le adjudica en el tipo penal. Lo que sí se espera es que los castigos que se infrinjan a las personas que hayan violado la ley sean suficientemente ejemplares o que se difundan de tal manera que otra

⁴⁴ Fernando Santi, "Entrevista concedida al autor", Puyo, 1 de mayo de 2013.

persona que pretenda en algún momento cometer los mismos delitos se vea por la dureza que muestra el sistema penal o la efectividad de los órganos judiciales y de investigación que logran capturar enjuiciar y sancionar a los infractores de la Ley”⁴⁵.

Esta función simbólica de la sanción es lo que realmente se busca con la tipificación de los delitos dentro de las sociedades.

Pero esta criminalización funciona en dos vías, ya que no sólo busca disuadir a las personas de que cometan ciertos delitos, sino que la norma penal funciona como normalización de la sociedad en función de ciertos valores. También consigue crear un paradigma de lo que es un ciudadano respetuoso de la ley y como toda persona que sale de ese parámetro es, no sólo un infractor de la ley, sino hasta enemigo de sociedad. La sociedad tiene formas propias de coerción para conducir el comportamiento de sus miembros que son incluso más efectivas que de las medidas penales.

Tradicionalmente la norma penal ha conseguido efectivamente esta función simbólica al criminalizar la homosexualidad, la vagancia, el adulterio, la falta de obediencia a los padres o al marido, el aborto, etc. La función simbólica de la criminalización en cuanto a los defensores y defensoras de derechos humanos busca, en primer lugar, identificar como criminales a quienes ejercen actividades de defensa de derechos humanos. En segundo lugar, busca disuadir a nuevas personas que puedan pretender tomar parte activa de defensa de los derechos humanos.

En este acápite se analizará los efectos de la criminalización en las defensoras y defensores de derechos humanos, en lo personal, familiar y social.

⁴⁵ Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, p. 62

Cuando se usa en sentido crítico del concepto de Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. Más adelante podrá hacerse alguna consideración acerca de otras funciones latentes del Derecho penal simbólico, manifestadas en su descendiente, el Derecho penal del enemigo”⁴⁶.

4.2.4. EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN LA EQUIDAD DE GÉNERO

La lucha social de la mujer por alcanzar una igualdad real de derechos frente al hombre, en el sistema de gobierno, las políticas públicas, tutela del Estado y acceso a servicios públicos ha estado latente a lo largo de la historia, por lo que conviene recordar momentos trascendentes de la evolución histórica del derecho a la resistencia para alcanzar la equidad de género.

En la antigua Grecia se dio la lucha de Lisistrata, quien revolucionó la concepción de huelga a través de una “resistencia sexual” contra los hombres de la época para dar por terminada una vez por todas la guerra, por otro lado para el año de 1789 en la Revolución francesa existieron múltiples marchas de las mujeres parisienses en Versalles, con el objetivo de alcanzar una verdadera igualdad, libertad y fraternidad en el ejercicio del sufragio femenino.

⁴⁶ Manuel Cancio Meliá, "¿Derecho Penal del Enemigo?", en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 68.

En el año 1910 la Internacional Socialista reunió a 100 mujeres de 17 países en Copenhague, con el objetivo de alcanzar el sufragio universal de la mujer y a su vez proclamar el Día de la Mujer, un año más tarde se celebra por primera vez un 19 de marzo el Día Internacional de la Mujer en países como Alemania, Australia, Dinamarca y Suiza, en donde más de un millón de personas entre hombres y mujeres alzaron su voz de protesta para que los Estados adopten medidas legislativas eficaces para alcanzar una verdadera igualdad en el acceso al voto, cargos públicos, derecho al trabajo, derecho a una formación académica profesional, haciendo un especial recalcó en la no discriminación en el acceso al trabajo público y privado.

Para el año 1914 se da una fuerte crisis en Europa al desarrollarse la

“Primera Guerra Mundial”, en donde el papel de la mujer fue protagónico en búsqueda de la paz, en múltiples países de Europa las mujeres llevaron a cabo mítines el 8 de marzo al llevarse al conmemorarse el Día Internacional de la Mujer con el objetivo de expresar su voluntad manifiesta del cese a la guerra y solidaridad con las mujeres víctimas de violaciones de derechos humanos en las zonas afectadas.

En Rusia tres años más tarde en 1917 la guerra ya había devastado la mayoría de hogares, pues el conflicto cesó la vida de 2 millones de soldados rusos, por lo que las mujeres rusas tomaron la firme convicción de oponerse a la situación caótica a través de la resistencia y demanda de pan y paz, la acogida fue tan amplia y el efecto fue tan trascendente que el Zar no tuvo otra salida que renunciar definitivamente de sus funciones, por lo que el nuevo Gobierno provisional a los cuatro días reivindicó en parte la trasgresión de derechos a las mujeres rusas a través del reconocimiento del derecho al voto (Unidas, 2016). Las múltiples luchas y victorias de la mujer

en la historia hicieron que para el año 1975 las Naciones Unidas celebraran por primera vez el Día Internacional de la Mujer un 8 de marzo.

En el año 1995 al conmemorarse el cincuentenario de la fundación de las Naciones Unidas se lleva a cabo en Beijing la “Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer”, con el objetivo de promover la igualdad, desarrollo y paz para todas las mujeres en el mundo, lo que permitió la creación de la Declaración de Beijing, que tuvo la ratificación de 180 países.

Al llegar a las raíces históricas del Estado ecuatoriano en el ejercicio del derecho a la resistencia, es prudente y honroso hablar de una mujer que lo hizo efectivo de manera individual y cambio el rumbo del derecho, la Lojana Matilde Hidalgo de Prócel, quien se resistió a someterse a las condiciones desequilibradas de la época en razón de género, pues, al querer acceder a sus estudios secundarios se encontró con la novedad de que no existía un solo colegio mixto o femenino en su natal Loja, sin embargo ella se opuso a truncar su ideal y actuó en contra del sistema educativo del Gobierno de la época, solicitando se le permita continuar su educación en el actual “Colegio del Milenio, Bernardo Valdivieso”, y al haber una prohibición de carácter social y no de carácter legal fue aceptada.

Tras su decisión logró graduarse de secundaria en el año 1913, y en 1914 solicita al Rector de la Universidad Central de Quito se le permita matricularse en la Facultad de Medicina, petición que fue negada, a lo que insistió en la Universidad del Azuay, en donde fue aceptada y logró ser la primera la mujer que se graduó de médico, así como la primera que mujer en votar en una elección popular. Por otro lado llegó a ser la primera mujer electa para el Congreso.

Sin duda alguna su perseverancia accionada a través de la resistencia al sistema desigualitario de derechos de la época en razón del género constituyó un abanico de progresos sociales en la cosmovisión del derecho en todas sus formas de expresión, pues, gracias a la desobediencia de Matilde se pudo reconocer nuevos derechos al género femenino de la nación, y con ello caminar cerca del ideal de la igualdad como principio constitucional.

4.2.5. EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA RESISTENCIA.

Para abordar las teorías sobre el derecho a la resistencia es menester retomar cronológicamente los fundamentos que sobre este instituto arguyen quienes lo han estudiado, resultando vital discernir cómo a través del pensamiento político se conceptuaban las categorías poder, justicia, derechos, democracia y su relación con el *ius resistendi*; así se empezará por señalar que en la tradición aristotélica “se consagra una visión organicista del poder, se concibe al Estado como un cuerpo vivo con partes u órganos interdependientes”⁴⁷. Aristóteles en su obra La Política señala que el organismo es el todo y anterior a la parte, es decir el Estado es anterior y superior al individuo. Como se puede apreciar en esta concepción del poder, el individuo es una parte del Estado sin derechos, pero sí con deberes. Concepción que inspirará al gobierno monárquico del siglo XVI, en el que el príncipe gobernaba como el padre en una estructura familiar, desde luego para esta forma de gobierno no le era desconocida la idea de límite al poder del Estado, impuesto por el *ius naturale* que le obligaba al respeto de algunos principios morales, pero en todo caso “se trataba de un *ius imperfectum* al no existir el derecho correlativo de los súbditos a exigir el cumplimiento de tales reglas morales de conducta. La única responsabilidad del soberano era ante Dios y no ante el pueblo. En otros términos, no había ninguna justificación para la

⁴⁷ Aristóteles 350 y 330

desobediencia y prevalencia lógica de deber hacia la comunidad y el soberano”⁴⁸.

Serán los monarcómacos, en el contexto de los conflictos religiosos, quienes generen una ruptura con la tradición aristotélica, al reivindicar el *ius resistendi* ante el soberano que irrespeta la ley natural, retomando la idea medieval del consentimiento del pueblo al gobierno: “el pueblo puede negarse a someter a la autoridad y derrocar al monarca cuando deja de gobernar en beneficio de sus sujetos. Se justificaba la muerte del tirano como base en la violación del *ius naturale* y como consecuencia de la ruptura del pacto que planteaba la obediencia de los súbditos a cambio de un gobierno justo”⁴⁹.

Para los siglos XVII y XVIII se va a desarrollar la corriente del pensamiento jurídico político denominada *ius naturalismo* moderno y aparecerán autores como Hobbes, Locke, Kant y Rousseau quienes buscarán explicar la realidad y el poder a través del método racional y los principios universales del comportamiento humano. Tomas Hobbes con su obra el Leviatán (1651) hablará del *estado de naturaleza* caracterizado por la violencia y del *estado civil* como su antagónico, caracterizado por el predominio de la razón en la organización de los individuos, este segundo primará sobre el primero, siendo el contrato social, el instrumento que permitiría salir del estado de naturaleza e ir al estado civil, o lo que es lo mismo, transferir su libertad natural y someterse al soberano, quien está obligado con su poder a mantener la paz y el orden. “En tal contexto, toda resistencia al orden y a su derecho es ilegítima, independientemente del contenido del mandato imperativo. Sólo cuando el Estado peca de debilidad, es decir, cuando pierde su legitimidad al no hacer cesar el estado de naturaleza, existe una brecha para la resistencia”⁵⁰.

⁴⁸ Capdevielle, p. 157

⁴⁹ Vitale, 2010, p. 39.

⁵⁰ Bobbio y Bobero, p.119.

Locke en su obra el “Tratado sobre el gobierno civil” (1689), plantea en síntesis la limitación del poder, ubicando al individuo y sus derechos naturales como primer supuesto de la legitimidad del Estado, cambiando radicalmente la visión tradicional que se tenía en la Edad Media de un individuo obligado frente a la colectividad. Locke retoma el estado de naturaleza de Hobbes, pero a diferencia de éste no lo va a considerar como un generador de violencia, sino como imperfecto, no constituyendo la entrada en sociedad, el ingreso a otro Estado, sino perfeccionar el Estado de Naturaleza garantizando los derechos naturales y resolviendo los conflictos mediante una ley escrita y un juez imparcial.

En el pensamiento lockeano, “la única función legítima del poder es el reconocimiento y la protección de los derechos naturales; cuando se vuelve opresivo, la obligación de obedecer desaparece, dando paso, en última instancia, a un legítimo derecho de resistencia. La ‘apelación a los cielos’ de Locke se presenta pues como un llamado al juicio del pueblo”⁵¹.

Kant, el filósofo de la razón, plantea un principio universal de justicia, al que debe subordinarse toda legalidad. Y siendo un deber del individuo obedecer la legalidad, éste también debe participar en su formación, lo que le permitiría poder expresarse libre y públicamente sobre su legitimidad, sin dejar de obedecer su mandato, todo lo cual deja sin piso al *ius resistendi*.

El desarrollo industrial de los siglos XIX y XX y las relaciones sociales que se derivan, implican el apareamiento de un Estado fuerte en el que iusnaturalismo empieza a resquebrajarse, dando lugar al iuspositivismo o positivismo jurídico, en el que el Derecho es un producto del Estado, no existiendo fuera de él, desechándose toda idea de un derecho natural anterior a la colectividad. El positivismo jurídico es otra de las mega teorías

⁵¹ Capdevielle, 160.

del Derecho que según Prieto ofrece respuesta a cuatro grandes temas: “el carácter de la norma jurídica, el sistema jurídico, las fuentes del Derecho y la interpretación...Básicamente, la norma es concebida como mandato, el sistema, como pleno y coherente, las fuentes, bajo la absoluta hegemonía de la ley, y la interpretación, dominada sucesivamente por el mecanismo o deductivismo y por la discrecionalidad”⁵².

Lo descrito se relaciona con el modelo hegeliano que “busca una mejor teorización de las sociedades modernas y de las relaciones entre el individuo y el Estado... con base a nuevas herramientas metodológicas que excluyen la acción de estado de naturaleza y su individualismo, para buscar una justificación racional del Estado”⁵³. El fundamento hegeliano se centra en la existencia de una sociedad civil, si bien consolidada, escindida en individualidades; y, por otra parte la presencia de un Estado político, ambas dimensiones de lo colectivo pero con roles diferentes; así, mientras en la sociedad civil colisionan los intereses de los individuos sin poder superarlos, en el Estado Político se busca superar la dialéctica individuo-sociedad arribando a un colectivo cualitativamente superior a esas individualidades.

Lo manifestado justifica que se hable de la racionalidad del Estado en el que el Derecho es uno de sus productos, obra de la comunidad y que debe ser obedecido, no existiendo espacio para la resistencia, de ahí que Capdevielle, al que se le ha venido siguiendo, señale:

Se entiende fácilmente que en tal contexto, no exista espacio para la resistencia al Derecho. Puesto que el Estado encuentra su legitimidad en su superioridad ética y organizativa, el sistema de derechos engloba tanto el ser como el deber ser y el individuo no tiene más derechos que los que les conceden la colectividad. No se trata de negar que pueda existir inconformidad, sino simplemente constatar que la desobediencia al Derecho

⁵² Capdevielle, p. 162

⁵³ Bobbio y Bovero, 1986, p. 175.

injusto no es teóricamente sostenible en el marco de un Estado ético, fuente de todos los derechos y de todas las libertades. Frente al paradigma, el individuo puede resistir pero exponiéndose al castigo, cueste lo que cueste (p. 163).

George Jellinek y Hermann Heller, dos de los más connotados juristas alemanes apoyarán la concepción de un Derecho estatal, entiéndase dentro de la línea del iuspositivismo, el primero de los cuales según Dalla (2006) manifestando que el Derecho se despliega a través de poder coactivo del Estado, aceptará que no se trata de un poder absoluto, pues éste se “autolimita otorgando derechos a los individuos... ya no con base de un orden moral superior, sino en su actuar como sujeto ético respetuoso de la voluntad general”. Bajo estas consideraciones la obediencia al Derecho se halla justificada en la racionalidad del Estado fundada en la voluntad general, de ahí que no quepa en estas circunstancias el *ius resistendi*. El segundo jurista, esto es Heller bajo similar concepción, esto es el individuo en sociedad como fundamento del Estado, buscará bajo el cobijo de este organismo supra-ordenador una garantía de convivencia con sus semejantes, jugando el Derecho un papel de dador de certeza jurídica dentro de ese Estado ordenador, de ahí que el *ius resistendi*, aunque esté frente a un derecho injusto, no tenga un campo abonado, lo contrario daría pie a la presencia de la anarquía.

Continuando con el pensamiento jurídico-político de la justificación del *ius resistendi*, el surgimiento de las democracias constitucionales inspiradas en la corriente filosófico-jurídica del Neo-constitucionalismo, luego de la Segunda Guerra Mundial en Europa, dará origen a un modelo de Estado constitucional de Derecho, como un estado superior al modelo iuspositivista del Estado Legislativo de Derecho o Estado legal antes referido.

Lo anteriormente manifestado torna indispensable establecer con claridad que se entiende por democracia constitucional, neo-constitucionalismo y Estado constitucional.

Para Salazar la democracia constitucional:

Es un modelo de organización político-jurídica en el que confluyen diversas tradiciones del pensamiento político moderno y que persiguen en un solo momento dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos. Detrás de esta doble finalidad reposan los derechos fundamentales -de libertad, políticos y sociales- de los individuos que integran la colectividad política.

Está visto que se está frente a un concepto en el que se recogen tanto la tradición del liberalismo revolucionario, cuando se hace alusión a que la democracia como una forma de gobierno *limita el poder*, por una parte, pero además fundamentada en iusnaturalismo moderno, *garantiza la vigencia de los derechos fundamentales*. Concepto de democracia sustancial que, obviamente, va más allá de la definición formal o procedimental o también mínima a la que se refiere Bobbio cuando señala que es: “un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quien* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*”

Esta definición formal o procedimental de democracia como las califica también Ferrajoli:

Identifica a la democracia simplemente conforme a las *formas y procedimientos* idóneos justo para garantizar que las decisiones producidas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La

identifica, en una palabra, por el *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* (la regla de mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, es decir, del *qué* viene decidido. Incluso un sistema en el que se permitiera decidir por mayoría la reducción de los derechos de las minorías sería, de acuerdo con este criterio, democrático.

De lo expuesto por el profesor y ex magistrado italiano, se concluye que la democracia para que sea tal debe responder no sólo al *quien* y al *cómo*, sino fundamentalmente al *qué*, esto al *qué se decide*, obviamente el contenido no podrá ser violatorio de los derechos humanos. Al respecto puntualiza Ferrajoli, una democracia puede quebrar aún sin golpes de estado en sentido propio, si sus principios son de hecho violados o contestados sin que sus violaciones susciten rebelión o, al menos, disenso.

De lo expuesto, se ve con claridad que este nuevo paradigma denominado neo-constitucionalismo, que se alimenta de las categorías que se ha visto: democracia y Estado constitucional de derecho, es una corriente que atribuye a la Constitución ya no sólo la facultad de limitar el poder, sino y fundamentalmente de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales. En otros términos la función de la Constitución “consiste en limitar el poder político con la finalidad de proteger los derechos fundamentales individuales”⁵⁴.

Desde la visión del *ius resistenti*, el constitucionalismo es un paso cualitativo en el reconocimiento de los derechos, pues significa “la representación moderna y acabada del ideal que condujo a la positivización de los derechos naturales que habían sido afirmados por el pensamiento contractualista en el siglo XVIII” (Salazar, 2006, p. 72). Esos derechos naturales anteriores al Estado e inherentes al ser humano por su status

⁵⁴ Salazar, 2006, p 72.

de persona, hoy componen un corpus con reconocimiento internacional”⁵⁵, caracterizándose por su universalidad, inalienabilidad, interdependencia, indivisibilidad, igualdad e incondicionalidad.

Un paso adicional en materia de derechos humanos va a consistir en dotar a los mismos de un conjunto de medios que permitan su cumplimiento, su eficacia, esto es dotarlos de garantías. Bobbio se referirá a esto, pero además hará hincapié en el consenso como un mecanismo de fundamentación de esos derechos; por su parte Ferrajoli los valorará en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles. Desde un punto de vista *formal* son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas y desde un punto de vista *material* constituyen el elemento sustancial de la democracia, es decir el *qué*: “qué no debe decidirse es decir la lesión de los derechos de libertad; esto es los límites y, por el contrario, qué debe decidirse es decir, la satisfacción de los derechos sociales; esto es los vínculos. Vínculos y límites que deben quedar fuera del alcance del mercado y las mayorías.

Los derechos humanos, en consecuencia, son la materia misma el *sustratum* del que se nutre el contrato social el que se formaliza a través de la Constitución, la que a su vez constituye la fuente de legitimidad del poder, por lo que a de entenderse la violación de los derechos fundamentales como un rompimiento del pacto, lo que viabiliza la aplicación del derecho a la resistencia como así, incluso, lo reconoce la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos en su preámbulo: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de

⁵⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Resulta por demás ilustrativo el desarrollo del iusnaturalismo moderno como fundamento del *ius resistendi*, en el que el valor de la justicia se ha convertido en el paradigma que cobija al Estado contemporáneo, en el que el derecho y la moral se han complementado. Así cabe acotar que:

En las democracias constitucionales actuales, se considera al ser humano importante en sí, valor que ni siquiera el bienestar de la colectividad puede atropellar. En este enfoque, las teorías de la obediencia han evolucionado hacia la necesidad de respetar la autonomía moral de los individuos frente al Estado en algunas circunstancias, especialmente, cuando se pone en tela de juicio la legitimidad y validez de una norma o de una política en el contexto de una sociedad por lo demás razonablemente justa.

Rawls al referirse al tema de la justicia plantea dos principios: igualdad en la repartición de los deberes y legitimidad de las discriminaciones cuando producen beneficios para todos, pero además se refiere al principio de la obediencia al derecho, el cual es un deber moral en una sociedad razonablemente justa, independientemente del contenido del mandato. Pero ¿qué hacer cuando existen violaciones graves a los principios de la Justicia, en un ordenamiento democrático y justo?: Capdevielle parafraseando a Rawls señalará: “La desobediencia civil aparece como una forma legítima de protesta en cuanto busca llamar la atención de la mayoría sobre la injusticia de una ley o una política. De esta manera, la resistencia al Derecho puede presentarse como un mecanismo oportuno para proteger una sociedad de sus propias derivas”⁵⁶. Claro está que deberá referirse a casos ciertamente injustos, de última ratio, y ser proporcionales a la situación que se pretende evitar.

⁵⁶ Rawls

4.2.6. FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA RESISTENCIA

El *bellum omnium contra omnes* ha pretendido ser evitado a través del Derecho y las autoridades legítimas de un Estado; no obstante, para los ciudadanos surge la interrogante respecto al límite de obediencia al Derecho cuando, en determinados supuestos, su fiel cumplimiento pudiese generar una afectación a sus derechos, lo cual, a su vez, pudiese llevar a una alteración del orden social. Ante ello, se ha dicho que tal incumplimiento estaría justificado bajo la figura del derecho de resistencia dirigido contra una autoridad (ilegítima o legítima) que abusa de su posición o de la cual emanan disposiciones injustas, o contra otro particular que afecta derechos de otros individuos, de lo cual se desprenden los fundamentos para ejercer el referido derecho⁵⁷.

Si bien se ha dicho que “frente al derecho válido no es posible realizar resistencia; puede sólo estar justificado moralmente”⁵⁸, es necesario considerar que la validez de una disposición jurídica puede, para unos (iusnaturalistas), depender directamente de si ésta es considerada justa; mientras que, para otros (positivistas), la norma es válida sólo por el hecho de existir jurídicamente, es decir, por haberse promulgado por autoridad competente, por no haber sido derogada y por no ser incompatible con el ordenamiento jurídico⁵⁹. Para los segundos, la resistencia no procede porque la norma es válida; sin embargo, para los primeros, aun cuando la norma exista jurídicamente, sí se podría resistirla porque nos encontramos ante un problema de justicia que, conforme lo establece Bobbio, es aquel que se presenta al no haber “correspondencia entre la norma y los valores

⁵⁷ Luis López. Algunas consideraciones sobre el derecho de resistencia: insurrección, resistencia y desobediencia civil.

⁵⁸ Arthur Kaufmann. “La validez del derecho. Derecho de Resistencia. Desobediencia civil”. Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁵⁹ Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2007, p.23.

superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico”⁶⁰. Por lo tanto, la resistencia a una disposición legal incidiría en su eficacia ya que, de acuerdo al autor antes citado, “el problema de la eficacia es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige”⁶¹; por lo que la resistencia contra normas injustas o inválidas, haría de dichas normas ineficaces. Esto, ya que si bien “hay un Derecho positivo. Este Derecho es injusto la resistencia es el hecho que intenta volver las cosas al natural ámbito de justicia”⁶², por lo que de esta forma se justifica la pertinencia del incumplimiento a tal Derecho a través del ejercicio de resistencia que, conforme se ha explicado, cumple un fin específico.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede ahora a analizar los principales fundamentos que la doctrina ha reconocido para que el ejercicio del derecho de resistencia sea procedente, fundamentos que reflejan situaciones en que el Derecho se ha vuelto injusto o inválido debido a un abuso de poder por parte de una autoridad o debido a una limitación a ciertos derechos de los individuos.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ *Id.* p.22.

⁶² Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. Buenos Aires: Driskill, 1986, p. 785

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1 LA PROTESTA SOCIAL SEGUN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Durante el proceso constituyente de 2008 los movimientos sociales del Ecuador lograron posicionar la garantía de derechos como un requisito imprescindible para la transformación hacia formas más justas.

La nueva Constitución recoge avances significativos tales como reconocer al agua como derecho humano fundamental, la prelación en su uso y la prohibición expresa de privatizarla; los derechos a la naturaleza; la posibilidad de construir el Sumak Kawsay; o el derecho a la Resistencia, éste último que establece: Art. 98.- “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”(Asamblea Nacional, 2008)⁴¹.

Coherente con estos mandatos, la Asamblea Constituyente emitió dos resoluciones de amnistías (14 de marzo y 22 de julio de 2008) a favor de cientos personas investigadas y enjuiciadas por defender sus territorios y espacios de vida, reconociendo la legitimidad de sus acciones en defensa de la naturaleza.

Sin embargo de estos logros en materia de derechos, después del 2008 se ha venido dando una criminalización de la protesta social que afecta a líderes y dirigentes sociales, maestros, estudiantes, trabajadores públicos, periodistas, indígenas y campesinos. Entre ellos, casi doscientos hombres y mujeres se encuentran involucrados en procesos de judicialización por sus acciones de protesta, rechazo o movilización ante proyectos u operaciones de alto impacto ambiental y social, principalmente proyectos extractivos como es la minería a gran escala o por salir a las

calles a protestar; por el carácter excluyente del régimen al limitar la construcción del estado plurinacional; o por su oposición a proyectos de ley que violentan derechos establecidos en la Constitución.

También nuestra Carta Magna, recogiendo los postulados de tratados internacionales sobre derechos humanos, garantiza la libertad de Asociación y o expresa en el Capítulo Sexto, que habla sobre los Derechos de libertad,

Art. 66.- que dice: “Se reconoce y garantizará a las personas:” numeral 13.

“El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.”

Pero también nuestra Constitución ampara el derecho a la organización colectiva mediante los artículos 96 y 96 que estipulan:

“Art. 96.- Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos.

Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas.

Art. 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley;

actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir. Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.”

La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos-INREDH, registra que entre 2008 y 2010 se produjeron en el Ecuador más de veinte casos penales contra defensores y defensoras de la naturaleza, Y más de 50 casos por marchas y libertad de expresión que muestran varios aspectos significativos:

Las víctimas de la criminalización de los casos registrados se infiere que las casi 200 víctimas de la criminalización son personas y colectivos poblacionales; líderes y dirigentes sociales y autoridades públicas locales (representantes de juntas parroquiales, cantonales y provinciales); organizaciones sociales (indígenas, campesinas, ecologistas y otras). En unos casos son sujetos de investigación administrativa o denuncia incluso operadores de justicia que han emitido fallos a favor de personas opuestas a megaproyectos; ejemplo reciente es la acción impulsada por el Ministro de Justicia, José Serrano, orientada a iniciar un proceso penal y disciplinario contra la jueza María Cristina Narváez, quien aceptó la petición de habeas corpus en favor de tres líderes shuar enjuiciados bajo el cargo de terrorismo por su participación en movilizaciones de rechazo al proyecto oficial de Ley de Recursos Hídricos y que fueron apresados en forma ilegal el 1 de febrero de 2011.

Además, entre estas personas víctimas de la criminalización por su defensa de la naturaleza se incluyen algunas que fueron beneficiadas por las amnistías del 2008, a causa del mismo conflicto y similares acciones de

resistencia cuya legitimidad fue reconocida por la Asamblea Constituyente. Ámbitos en los que se manifiesta esta criminalización: Judicial, los casos revelan procesos judiciales de tipo penal. Algunas denuncias han quedado en la etapa indagatoria, otras han incluido la detención provisional, otros procesos han llegado a obtener fallos judiciales, algunas causas han sido sobreeséidas.

En uno de los casos descritos la sentencia consiste en la reclusión de las personas procesadas durante 8 años. Las denuncias y procesos han comportado imputación de delitos como sabotaje de servicios públicos, destrucción de edificios, obstrucción de vías, terrorismo organizado, atentado contra la propiedad privada y por asociación ilícita. El delito de terrorismo no está definido en la legislación ecuatoriana por lo que su ambigüedad permite al Estado obrar a discreción calificando cualquier acto de terrorismo, además de usar el argumento de “irse contra intereses del Estado”, con base en el decreto ejecutivo 982. Administrativo, así como el sistema penal ha sido instrumentalizado para criminalizar a defensoras y defensores de derechos humanos y de la naturaleza, tal y como lo reconoció la Asamblea Constituyente durante el proceso de Amnistías de 2008, lo administrativo también ha sido utilizado para debilitar o eliminar la resistencia.

Otra de las denuncias busca someter “disciplinariamente” a jueces que han fallado a favor de personas que se oponen a megaproyectos, y presionar la revisión de sus actuaciones. Legal, en julio de 2010, el Gobierno Nacional remitió a la Asamblea Nacional, un proyecto de ley que contiene reformas legales, entre ellas el aumento de prisión de hasta 5 años, en casos de cierre de vías públicas. Se mantiene vigente el marco legal por el cual se regula la conformación, vigilancia y disolución de organismos de derecho privado que incorporan criterios altamente subjetivos para permitir o terminar la existencia jurídica de las organizaciones y que se traducen en

un mecanismo eficaz de censura de la actividad de defensa de los derechos humanos.

El Código Civil otorga al Presidente de la República la potestad de desaprobado la conformación de corporaciones y fundaciones y de disponer su disolución, en caso de que constate que ellas no desarrollan “el objeto” para el que fueron creadas o si considera que sus estatutos atentan contra el “orden público”, “las buenas costumbres”; si su existencia puede “irrogar perjuicios a terceros” o “si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado”. Mediante Decreto Ejecutivo del 30 de agosto de 2002 se adoptó el Reglamento para la aprobación, control y extinción de personas jurídicas de derecho privado, con finalidad social y sin fines de lucro, que entre otros, dispuso como causal de disolución “comprometer la seguridad del Estado”.

El 25 de marzo de 2008 mediante el Decreto Ejecutivo 982 fue ampliado este Reglamento, estableciendo como causal de disolución que las organizaciones atenten no sólo contra la seguridad del Estado sino también contra sus “intereses”. Es de especial preocupación que este Decreto 982 de 2008, autoriza a los diferentes ministerios el acceso a las sedes de las organizaciones con el fin de realizar verificaciones físicas, lo que tratándose de organizaciones que manejan información sensible en materia de derechos humanos, resulta desproporcionadamente invasivo y de producirse una exposición o registro de información privilegiada de sujetos o poblaciones que depositan su confianza en las ONG que les acompañan y que son víctimas de violaciones a sus derechos -en las que funcionarios del estado puedan estar comprometidos, pone en alto riesgo su integridad y la capacidad de desarrollar mecanismos de protección.

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional, página 70, publicada en el Registro Oficial 449. Quito, 2008.

4.3.2. DERECHOS COLATERALES QUE TUTELA EL DERECHO DE RESISTENCIA

La resistencia constituye un sendero ius naturalista y positivista a la vez, que exige el reconocimiento de un derecho o la aplicación de la tutela efectiva del Estado, cuando la vía judicial no logra materializar la paz, plenitud del derecho y justicia.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no reconoce expresamente en su Convención el derecho de resistencia, sin embargo es clara en señalar en su preámbulo que *“solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos”*⁶³, lo que evidentemente traza una obligación a los Estados de establecer en sus marcos jurídicos normas que tutelen la esencia misma del derecho, y cuando esta obligación objetiva no es ejercida por el Estado el pueblo puede accionar el supremo recurso de la rebelión ante la tiranía y la opresión. He sido claro en señalar que la resistencia no está contemplada expresamente en la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo no se puede concebir que sea la única forma de resistir, ya que a la luz del derecho de resistencia se han visto efectivizados intrínsecamente otros derechos, pues no es posible la acción de resistencia sin la coalición de otros derechos consanguíneos. La misma corte ha señalado en su jurisprudencia, en el caso Cepeda Vargas VS Colombia que *“si bien cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, en ciertas ocasiones, por circunstancias particulares del caso o por la necesaria interrelación que guardan, se hace necesario analizarlos en conjunto para dimensionar apropiadamente las posibles violaciones y sus consecuencias”*⁶⁴, es decir es jurídicamente posible hacer una valoración integral de derechos que guarden armonía entre sí, y en este caso vemos

⁶³ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ).

⁶⁴ Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia.

como la resistencia se hace efectiva a través de los derechos reconocidos en la Convención.

La resistencia se ha visto materializada no siempre como un derecho específico, ya que ha trascendido también a través otros derechos, como los siguientes, contemplados en la legislación interna del Estado ecuatoriano y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Libertad de pensamiento y expresión: Se ve coalicionado el derecho a la resistencia con este derecho porque a través de él se hace efectiva la objeción de conciencia, contra actos u omisiones del poder público o de personas naturales o jurídicas no estatales que trasgredan los derechos fundamentales positivos o naturales.

Derecho de Reunión: El derecho a la resistencia puede ser accionado de forma individual o colectiva. Cuando sea ejercido de forma colectiva inminentemente se va a necesitar la “reunión” de todos los que compartan el mismo pensamiento, malestar y daño sobre una determinada acción u omisión de poder público o personas naturales o jurídicas no estatales.

Sin embargo para que la reunión se encuentre dentro de los márgenes de la legalidad es necesario que cada uno de los actores no trasgreda los límites a su ejercicio, pues no solo basta contar con un fin legítimo, sino también revestir el camino de justicia en apego a lo correcto y la plenitud del derecho.

Libertad de asociación: Aunque guarda similitud con el “derecho de reunión”, la libertad de asociación constituye un derecho vital para el desarrollo colectivo de corrientes políticas, religiosas, económicas, laborales, sociales, culturales deportivas, étnicas, etc.; que pueden llegar a ser accionadas como mecanismos de resistencia a violaciones de sus

derechos individuales o colectivos, a su vez permite alcanzar ideales y fines comunes en asuntos inherentes a todos sus miembros.

Libertad de Conciencia y de Religión: Toda persona tiene derecho a elegir su religión o creencia de acuerdo a sus convicciones, es decir nadie puede ser obligado por parte del Estado o personas naturales o jurídicas no estatales, a obedecer los mandatos, directrices, sanciones u objeciones de corrientes filosóficas o creencias contrarias a nuestra cosmovisión.

A la luz de este derecho podemos resistirnos a cualquier acción u omisión que tienda a menoscabar nuestra libertad de elegir nuestra manera de ver el mundo, siempre y cuando esta no trasgreda los límites del derecho, caso contrario la resistencia será objeto de restricciones.

Derecho de participación: Evidentemente la participación es un medio fundamental para accionar la resistencia, ya que los ciudadanos tienen el derecho de participar directamente en la dirección de los asuntos públicos, a través de los múltiples mecanismos pacíficos señalados con anterioridad

4.3.3. ANALISIS AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

La Judicialización de la protesta social alcanza variadas formas: por un lado, la represión desproporcionada de los manifestantes, la pesquisa y seguimiento penal de los movimientos sociales, especialmente dirigida hacia sus dirigentes; y, por otro lado, el desprestigio que realizan las autoridades censurando como criminales a los movimientos que protestan. La criminalización, también implica la creación de sanciones administrativas (disolución de organizaciones sociales que defienden los derechos humanos, menosprecios, agravios públicos, etc.) que facilitan el acoso penal de grupos sociales y dirigentes populares.

La judicialización de la lucha social, es aplicada por los gobiernos autoritarios como única respuesta a los movimientos sociales que

pronuncian sus reclamos por medio de la protesta social. La judicialización, conocida como criminalización es un fenómeno amplio que incluye desde la legislación penal que tipifica como delitos acciones históricamente usadas por los inconformes como formas de lucha y resistencia; hasta la persecución y descalificación de la protesta y sus actores sociales por parte de los detentadores del poder y medios de comunicación que estos manejan.

La criminalización de la lucha social, modifica el derecho penal para transformarlo en medio de control social y es clara expresión de la positivización del iuspuniendi como forma de administración del Estado. El poder punitivo del Estado es habilitado para resolver el conflicto social.

La judicialización de la lucha social es un proceso legal, mediático y social en la que el Gobierno recurre a acciones opresivas y utiliza para ello la legislación penal contra los actores de la sociedad civil.

También existe otra forma de criminalizar la lucha social, no en el ámbito penal pero sí para tratar de deslegitimar la organización y la resistencia, y lo hacen a través de las alocuciones de los dueños del poder político y económico, quienes utilizando los grandes medios de comunicación colectiva y otros espacios estatales tildan públicamente a los dirigentes de los movimientos sociales de terroristas, fundamentalistas y otras expresiones que lesionan el derecho a la honra, a la buena reputación y a la dignidad humana de los luchadores populares.

El presente título, tiene como objetivo analizar la coherencia del Código Orgánico Integral Penal, COIP, con respecto a la garantía de derechos establecidos en la Constitución de Montecristi, que tiene como eje central el discurso de avalar los derechos, permitiendo de esta manera la apertura de cauces, el establecimiento de mecanismos, y la concreción de exigencias para garantizar el cumplimiento de dichos derechos.

Este paradigma constitucional desarrolla los derechos fundamentales, más allá del concepto individualista kantiano de la dignidad humana, abarcando a las comunidades, pueblos y nacionalidades; la defensa de la naturaleza para conseguir el SumakKawsay.

El derecho penal, acorde a nuestra Constitución, debe establecer un minimalismo punitivo y garantizar los derechos del procesado y la víctima, asumiendo de esta forma una doble función de los derechos humanos: como límite de la intervención penal y como objeto de protección de los mismos, de esta manera, la lógica del derecho penal tradicional tendría un cambio en su visión, se convertiría en instrumento de contención del poder punitivo del Estado, de disuasor de la venganza privada; la pena dejaría de ser vista como retribucionista del daño y sería asumida como último mecanismo de solución al conflicto, se establecerían mecanismos alternativos a los instrumentos tradicionales de la justicia penal, a la vez que se establecerían mecanismos de reparación integral a la víctima.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) los llama delitos contra la estructura del Estado Constitucional. En 29 artículos, tipifica las acciones que puedan atentar “contra la seguridad pública”, con penas que ascienden hasta 13 años de cárcel para los más graves. La nueva normativa contrasta con la anterior, que tipificaba 13 conductas como sabotaje y terrorismo (tiene un aparte en el COIP). La diferencia entre ambos códigos es clara, pues la nueva Ley penal incluye como delitos una serie de conductas que no estaban incluidas en la anterior, como la rebelión, la usurpación y retención ilegal de mando, la destrucción de registros o la incitación a discordia entre ciudadanos. La tipificación de estos nuevos delitos es clave. El capítulo de sabotaje y el terrorismo ha sido utilizado ampliamente por el Régimen para iniciar procesos en casos que han generado polémica, como la rebelión policial del 30 de septiembre del 2010, el caso de los estudiantes del Central Técnico de Quito, de los estudiantes del Colegio Mejía, el caso conocido como “Los diez de

Luluncoto” el caso de la profesora Mery Zamora, Los siete de Cotopaxi; Klever Jiménez; así como, en contra de defensores de los derechos humanos y de la naturaleza. Con esta normativa, se vulneran principios contemplados en la Carta Magna, como el derecho a la resistencia. Esto obedece a un proceso sistemático y progresivo de punitividad en el Ecuador, ya que el endurecimiento y la acumulación de penas son el pan de cada día, ya que el articulado del COIP que guarda relación a sabotaje y terrorismo padecen de “vaguedad e indeterminación suficientes como para hacer de ellas un uso arbitrario en la persecución penal”, sobre todo en lo que se refiere a la judicialización de la protesta social. La tipificación determinada en el COIP ha modificado en alguna medida el régimen normativo utilizado para reprimir la disidencia, la protesta social y el derecho a la resistencia, que está siendo utilizada por jueces temerosos del poder político, como los enunciados en líneas anteriores.

Para mayor comprensión, es importante analizar los artículos más polémicos de esta ley, que se encuentran esparcidos en todo el texto legal, pero principalmente se expresan en el Libro primero capítulo sexto titulado “DELITOS CONTRA LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL” Bajo este membrete se encubre varios tipos penales que criminalizan la protesta social, como los podremos ver:

Artículo 336.- Rebelión: “La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

1. Se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones.
2. Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva.

3. Impida las elecciones convocadas.
4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.

Este artículo es lo suficientemente general, como para que cualquier acción pueda ser calificada de rebelión. Pensemos en cosas menores, incidentes que no han causado conmoción social ni ha estado destinados a subvertir el orden constitucional, las protestas afuera del Colegio Central Técnico podrían perfectamente calzar en la descripción típica del delito de rebelión, o alternatively, en la de delito de sabotaje porque hubo puertas metálicas averiadas, llantas quemadas, obstrucción de vías, y esto bajo la descripción típica actual del C.O.I.P., que es bastante más genérica que la anterior, da lugar a una pena de cinco a siete años. También se lo puede entender a este artículo que protege el “derecho legítimo a la resistencia” contra la tiranía. Empero, los artículos siguientes consignan entre 10 y 13 años de prisión a individuos que cometan “actividades hostiles contra el Estado,” entre uno y tres años a aquellos que paralicen servicios públicos; a más de ello, para qué hacen constar en este artículo el derecho a la resistencia si a fin de cuentas ya ninguna persona podrá realizar ningún tipo de acción para tratar de expresar su disconformidad con lo que haga el gobierno, lo cual deslegitima el poder de control y participación ciudadana que nos han dado.

Artículo 345.- Sabotaje: “La persona que con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público, destruya instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios públicos o privados, depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a producción o al consumo nacional, vías u obras destinadas a la comunicación o interrumpa u obstaculice la labor de los equipos de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de

cinco a siete años. La pena será privativa de libertad de siete a diez años si se destruye infraestructura de los sectores estratégicos.

En el tipo penal de Sabotaje, en concreto tiene una finalidad es boicotear, hacer caer, derrumbar un gobierno estatuido, y así debería interpretárselo en sentido legal del artículo; no obstante, el poder punitivo del Estado lo relacionan directamente con la protesta social, que no tiene como binderrocar un gobierno, sino que simplemente es la reacción que se tiene contra la vulneración de un derecho. Es una diferencia muy sutil ¿pero quién establece esa diferencia? son los jueces que hoy son manejados por el ejecutivo. Esa es la realidad del Ecuador, desde esa Función del Estado, se viene implementando la criminalización de la protesta social. Por esa razón es que en los gobiernos autoritarios como el que tenemos ahora, la tipificación de los delitos penales debe ser rigurosamente taxativa, rígidamente determinada, no dejar margen para manipulación o doble sentido.

Este articulado, se refiere al delito de sabotaje a servicios públicos y privados, entendiéndose que quiere protegerse un bien jurídico que es la seguridad interna del Estado contra casos extremos de violencia; sin embargo, se hace constar como un componente taxativo de este delito, la interrupción o paralización servicios públicos y privados, que incuestionablemente es parte consustancial de la protesta social, ya que los movimientos sociales suelen adoptar medidas de hecho de toma simbólica de instituciones estatales y particulares para llamar la atención de los gobernantes para que atienda las necesidades sociales de las personas y precisamente lo hacen manifestando su inconformidad a fin de obtener reivindicaciones sociales; ejemplo de ello es lo sucedido en la provincia de Cotopaxi en el año 2010, cuando una muchedumbre de manifestantes se tomaron pacíficamente la gobernación de la provincia y por ello fueron criminalizados autoridades, profesores y dirigentes estudiantiles de la Universidad de Cotopaxi, que luego de la judicialización de su protesta,

pagaron con cárcel por este hecho. Estos actos no constituyen ni pueden constituir delito de sabotaje, puramente es la aplicación del derecho a la libertad de expresión.

Art. 346.- Paralización de un servicio público.- La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Este tipo penal, limita el derecho a la libertad de expresión y de movilización popular realizado a través de acciones pacíficas de retención simbólica de productos que realizan figuradamente los movimientos sociales para hacer escuchar los reclamos y pedir atención a los problemas que apremian a los sectores desprotegidos. En este tipo penal, se encuentran tipificadas varias conductas tradicionales de la protesta social en el Ecuador, como son el cierre de una vía de comunicación o la toma de una dependencia pública; así mismo, los términos que son usados son tan ambiguos como el vocablo violencia que puede abarcar un contexto tan amplio que va desde la quema de unas llantas hasta la confrontación directa con las fuerzas del orden.

Art. 348.- Incitación a discordia entre ciudadanos.- La persona que promueva la discordia entre los ciudadanos, armando o incitando a armarse unos contra otros, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Este artículo establece como elemento fundamental, busca claramente perseguir a los dirigentes sociales y políticos, que por la búsqueda de solución a los más acuciantes problemas del pueblo, llaman e incitan a la protestar ya que es un derecho de resistencia contra las políticas gubernamentales inhumanas; por ello, bajo ese ropaje legal, se intenta

justificar el aumento del poder punitivo del Estado en contra de los luchadores sociales, hace ver al dirigente popular un enemigo social al que se lo debe perseguir sin contemplaciones, pudiendo llegar incluso a justificar desapariciones o ejecuciones a pretexto de luchar por la seguridad ciudadana.

Art. 366.- Terrorismo.- La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, en especial si:

1. La persona que, respecto de un transporte terrestre, una nave o aeronave, plataformas fijas marinas, se apodere de ella, ejerza control sobre la misma por medios tecnológicos, violentos, amenaza o intimidación; derribe, destruya, cause daños, coloque o haga colocar un artefacto o sustancia capaz de destruirlo o causar daños que le incapaciten para su transportación.

2. La persona que destruya por cualquier medio, edificación pública o privada, plataforma fija marina, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales, así como de las instalaciones o servicios de transportación terrestre, navegación aérea o marítima, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de la transportación terrestre, de las aeronaves o naves, como de la seguridad de las plataformas y demás edificaciones.

3. La persona que realice actos de violencia que por su naturaleza, causen o puedan causar lesiones o constituyan un peligro para la seguridad de estos o sus ocupantes, en un transporte terrestre, a bordo de una aeronave, nave, en una plataforma fija marina, en puertos, aeropuertos, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales o ambiente.

4. La persona que comunique, difunda o transmita informes falsos poniendo con ello en peligro la seguridad de un transporte terrestre, de una nave o aeronave.
5. La persona que, irrumpa los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de las personas internacionalmente protegidas.
6. La persona que realice por sí misma o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras económicas, con el objeto de dar apariencia de licitud para desarrollar actividades terroristas tipificadas en este Código.
7. La persona que hurte, robe, malverse, obtenga mediante fraude o extraiga mediante amenazas, uso de la violencia o intimidación materiales nucleares.
8. La persona que reciba, posea, use, transfiera, altere, evacúe o disperse materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa lesiones graves a una persona o grupo de personas o daños materiales sustanciales.
9. La persona que entregue, coloque, arroje o detone un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura, con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales a las personas o con el fin de causar una destrucción material significativa.
10. Cuando por la realización de estos actos se produzca la muerte de una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Este tipo penal fue tipificado en nuestra legislación Penal en diciembre de 1974, mediante un Decreto del General Guillermo Rodríguez Lara, figuró también en el derogado Código Penal.

El Terrorismo, habla simplemente de las conductas que podrían ser entre otras producto de terrorismo, me pregunto ¿ese vacío con que se llena?, nosotros como estudiosos de los derechos humanos podemos afirmar que ese vacío se complementa con los convenios internacionales que hay

desde Naciones Unidas sobre el terrorismo, donde se tipifican las conductas terroristas tengan o no finalidad política, eso no interesa en sí, lo que interesa es el resultado, es un delito de resultados en los cuales la sociedad cuando se le crea el pánico, el terror, la zozobra por un grupo organizado o individualmente cometiendo delitos comunes se configura el delito de terrorismo, pero eso va con parámetros internacionales se tiene que estandarizar a nivel legislativo.

Lo que se trata de crear casuísticamente conductas propias que tendrán que ser juzgadas por los jueces, en lo que se llama una especie de control de la intencionalidad, esto es, tiene que ajustarse a los parámetros internacionales. Un ejemplo: en el caso del presidente Fujimori en el Perú, creó leyes antiterroristas que después la CIDH, sancionó severamente a los jueces que impusieron las penas a dirigentes que formaron conductas de protesta política normal, de reclamo social, y los jueces las convirtieron a acciones terroristas que no estaban en los estándares internacionales dichas leyes. Entonces la pregunta que hay que hacerse es ¿si el artículo del código orgánico integral penal ecuatoriano que tipifica el terrorismo está sometido a los estándares internacionales?, la respuesta es no; entonces, porqué debe imponerse penas no sometidas a los estándares internacionales a los luchadores sociales. La conducta de los jueces serán sancionadas por los organismos internacionales de derechos humanos del cual nuestro país es suscriptor y, liberados los que fueron condenados con base a este tipo penal.

El estándar internacional para la determinación, para hacer taxativa la conducta terrorista, es siempre una causa política, un motivo político, una finalidad política para lo cual se cometen delitos que constituyen delitos comunes pero que se engloban contra la humanidad, contra la sociedad, contra las personas, no es contra el Estado.

En el presente artículo se tiende a penalizar la protesta social, ya que el legislador de manera intencionada o equivocada hace constar un componente que nada tiene que ver con terrorismo organizado, pues el hecho de que personas invadan o ingresen a colegios, escuelas, institutos, hospitales y clínicas no constituye una conducta típica, sino que este tipo de acciones son utilizadas por los movimientos sociales como una medida de presión para que se atiendan las necesidades de estos sectores. Este tipo penal, ha sido utilizado para aplacar la lucha social, ya que no puede interpretarse como terrorismo organizado, la toma simbólica de un establecimiento educativo por parte de los padres de familia que reclaman mejor educación para sus hijos. La aplicación de este artículo de ley constituye una evidente acción represiva ilógica, incoherente e irracional que en definitiva afecta a la sociedad, pues ninguna acción social pacífica debe aparecer como un acto de terrorismo, por el contrario, debe ser tomado como una medida de presión que no genera violencia, terrorismo ni alarma social, simplemente busca la reivindicación de derechos inculcados.

4.3.4. DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, VINCULANTES AL DERECHO DE RESISTENCIA

Efectivamente la libertad de expresión constituye un derecho que guarda armonía directa con el derecho de resistencia, sin embargo no se puede pretender creer que en ejercicio de estos derechos siempre será ligado, es decir que uno dependa del otro para ser accionado, pues cada uno tiene características específicas, naturales, estructurales, socialmente, definidas y propias.

Sin embargo, por el tiempo, lugar y características sobre las cuales se haya violado el derecho pueden estos dos converger y ser tutelados en su conjunto, y en este caso hablando de jurisdicción supra-nacional el derecho a la resistencia puede ser entendido como subjetivo o medio, tutelado a la luz de otros derechos.

Con lo dicho es viable mencionar que no todos los casos analizados por la Comisión sobre supuestas violaciones del derecho a la libertad de expresión deban, o hayan guardado armonía con el derecho a la resistencia, por lo que menciono un caso relevante, a través de los cual ha convergido el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la resistencia (entendido como derecho subjetivo-medio).

El 26 de abril de 1999 el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público solicitan medidas cautelares en contra del Estado Chileno a favor de 30 personas, por una supuesta violación de su derecho a recibir información, ya que se había incautado un libro publicado ese mismo día titulado “El Libro Negro de la Justicia Chilena”

Cuatro días más tarde, el 30 de junio de 1999 la autora del libro en mención Alejandra Matus Acuña solicita también medidas cautelares ante la Comisión Interamericana en contra del Estado Chileno, por haberse censurado e incautado su obra. En el año 2005 la Comisión se pronunció al respecto y determinó que Alejandra Matus si fue objeto de censura e incautación por orden judicial y estuvieron fuera de circulación por más de dos años, por lo que recomendó al Estado Chileno “*reparar adecuadamente a Alejandra Marcela Matus por las consecuencias de las violaciones a los derecho de libertad de expresión y de propiedad, en perjuicio de la periodista*”⁶⁵.

Efectivamente a través de este caso encontramos una convergencia entre el derecho a la resistencia y la libertad de expresión, debido a que a través del libro se ejercía la resistencia, por la denuncia, crítica y postura frente a los actos de arbitrariedad por parte del Estado Chileno, resistencia ejercida a la luz del derecho de libertad de expresión, el cual fue censurado y coartado, por ende una afección directa de ambos derechos.

⁶⁵ Comisión IDH. Caso12.142 Alejandra Matus y otros VS Chile.

El 22 de septiembre de 2003 y el 9 de octubre del mismo año la Comisión recibió dos peticiones sobre un mismo caso, por supuestas violaciones de entre otros al derecho de asociación y el derecho de reunión, por un lado el peticionario Cuban American Bar Association y por otro el Directorio Democrático Cubano.

Al tratarse de peticiones relacionadas a los mismos hechos la Comisión decidió acumular y tramitar a ambas en el mismo expediente. Los peticionarios señalaron que en el año 2003 en el mes de marzo el Estado

Cubano habría actuado represivamente en contra de activistas de derechos humanos y periodistas independientes, dando como resultado que “*varios disidentes y opositores al gobierno de Cuba habrían sido detenidos y arrestados*”⁶⁶.

Los activistas de derechos humanos y periodistas habrían sido detenidos por haber desarrollado acciones subversivas contra-revolucionarias y en contra del Estado, por lo que fueron sentenciados a cumplir penas de prisión de entre los 6 meses hasta los 28 años. Los peticionarios señalan que el trasfondo de las penas versa en que se publicaron múltiples artículos de opinión, sobre asuntos económicos y sociales en Cuba, por participación en grupos considerados como contra-revolucionarios o por tener contacto con individuos catalogados como hostiles por parte del Gobierno cubano.

La Comisión luego de los análisis de las pruebas presentadas por los partes llegó a la conclusión que Cuba efectivamente violó entre otros, los derechos de libertad de asociación y expresión, así como el derecho a la reunión.

Con las conclusiones desglosadas, la Comisión recomendó a Cuba que libere inmediatamente a las víctimas de este caso, declarando la

⁶⁶ Comisión IDH. Caso 12.476, Oscar Elías Biscet y otros VS Cuba.

nulidad de las condenas por cuanto las leyes bajo las cuales se actuó no guardan armonía con la esencia misma de los derechos humanos.

Con el presente caso se identifica claramente que los peticionarios actuaban en contra de la cosmovisión del Gobierno, no de lo justo ni del derecho, sino del Gobierno. Ciertamente las acciones de reunión, asociación y expresión fueron las armas de paz, a través de la cual los individuos y colectivos buscaron alcanzar la plenitud del derecho de su pueblo, sin embargo la restricción desmedida, innecesaria e improporcional del Gobierno causó que se coarten derechos fundamentales del pueblo cubano, a través de los cuales se ejerce el derecho de resistencia.

El 7 de agosto de 1998 el Centro de Recursos Legales Indígenas y el Consejo Cultural Maya de Toledo realizaron una petición ante la Comisión, en contra del Estado de Belice, los peticionarios señalaron que el Estado de Belice es responsable de la violación de sus derechos, entre otros el de libertad de conciencia y religión, al haber otorgado concesiones madereras y petroleras en extensiones territoriales usadas y ocupadas ancestralmente por el pueblo Maya.

Los peticionarios afirmaron que *“las prácticas de uso de la tierra del pueblo maya contienen a la vez elementos de subsistencia y cultural que forman los cimientos de la vida y la continuidad de las comunidades mayas”*⁶⁷.

Es decir, el pueblo Maya guarda una relación con su territorio no solo material, sino espiritual que conlleva un vínculo ancestral y religioso del pueblo con su tierra.

Con todos los insumos, pruebas y argumentos de las partes la Comisión concluyó que el Estado era responsable de la violación de derechos de la Convención Americana, por lo que recomendó que se haga una *“reparación*

⁶⁷ Comisión IDH. Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice VS Estado de Belice.

*efectiva, que incluya el reconocimiento del derecho a la propiedad comunal de las tierras que han ocupado y usado tradicionalmente*⁶⁸, las comunidades recurrentes.

En este caso se ve afectado el derecho de libertad de religión y pensamiento porque el pueblo maya guarda una relación armónica, de vida y espiritual con su territorio, y al momento de coartar esa convergencia inminentemente se está afectado su vida en plenitud.

El derecho a la resistencia llegó a relacionarse con la libertad de conciencia y religión, debido a que cuando el colectivo maya vio rezagado el uso efectivo de sus derechos, al no poder hacer uso y goce de su territorio ancestral, por lo que inmediatamente surgió la resistencia a estos actos contrarios a su vida armónica.

Para entender de mejor manera la convergencia entre el derecho a la resistencia y la libertad de conciencia y religión voy a abordar otro pronunciamiento de la Comisión sobre una supuesta violación de este derecho, por lo que me remonto al año 1999, año en el cual la Comisión recibió una petición por parte del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, la Corporación de Derechos del Pueblo, y el Grupo Chileno de Objeción de Conciencia Ni casco ni uniforme, en contra del Estado chileno.

En la denuncia presentada se alegaba que el Estado violó los derechos de las supuestas víctimas al *“no haber adecuado la legislación interna a las normas de la Convención en perjuicio de los peticionarios, los cuales habiendo cumplido 18 años de edad, se encontraron frente a la obligación de cumplir con el servicio militar obligatorio, y quienes expresaron su total y completa objeción de conciencia al servicio y a su participación en éste*⁶⁹, por lo que el Estado sería responsable por la violación del derecho a la objeción de conciencia afectando directamente su libertad de

⁶⁸ Comisión IDH. Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice VS Estado de Belice.

⁶⁹ Comisión IDH. Caso 12.219, Cristián Daniel Sahli Vera y otros VS Chile.

conciencia y religión, la vida privada de las supuestas víctimas, incumpliendo además la obligación de respetar y garantizar los derechos establecidos en la Convención.

Por otro lado los peticionarios señalaron que aunque presentaron solicitudes a las autoridades competentes sobre su negativa a participar en el servicio militar, nunca recibieron respuesta y arbitrariamente fueron incluidos en el llamamiento ordinario y obligatorio de rendir el servicio militar.

Por su parte el Estado chileno se pronunció mediante un escrito con fecha 16 de abril de 2003, a través del cual manifestó que el sistema de servicio militar se encuentra en un proceso de reforma, que prevé términos en donde prime la voluntad, pudiendo llegar a quebrantarse solo cuando no se alcance a cubrir el mínimo de cupos y se deba recurrir a un sorteo.

Con los argumentos de las partes la Comisión se pronunció concluyendo que no existe una violación del derecho a la libertad de conciencia y pensamiento, debido a que no existe interferencia arbitraria en la vida privada, debido a que el servicio militar es obligatorio, se hace de acuerdo a las leyes, conocidas por todos los jóvenes. La comisión también señaló que el servicio militar no está prohibido por la Convención y que el artículo 6.3.b. prevé el servicio militar en los países que no reconocen a los objetores de conciencia.

Efectivamente a través de la petición presentada ante la Comisión se buscó alegar una violación al derecho a la libertad de conciencia y religión a través de la objeción de conciencia (*mecanismo pacífico para accionar el derecho a la resistencia*). Esta utilización de la objeción de conciencia como derecho medio permitió a los peticionarios direccionar su argumentación en torno al derecho tutelado en la Convención.

4.3.5. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS COMO INSTRUMENTOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA RESISTENCIA.

En el Título II, Capítulo primero titulado “DERECHOS” de la Constitución ecuatoriana nos habla específicamente de los “Principios de aplicación de los derechos”, empezando por el Art. 10 donde distingue la titularidad la reconoce a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos y que los mismos gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Por otro lado en este mismo artículo otorga la titularidad a la naturaleza para aquellos derechos que son reconocidos por la Constitución, este nuevo titular será explicado más adelante, en el capítulo de “Nuevos Derechos”.

Continuando con el mismo cuerpo normativo en el Art. 11 se enumera los principios; los mismos que serán analizados en concordancia con el derecho a la resistencia.

El numeral uno explica que “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”. En este caso se ve claramente que el derecho a la resistencia si entra dentro de este inciso ya que el mismo de igual forma se lo puede ejercer de forma individual o colectiva. La pregunta en este punto sería cual es la autoridad competente para acudir en ejercicio de este derecho.

El inciso segundo enuncia que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, que nadie podrá ser discriminado. Elabora el legislador una larga lista de razones por las

cuales no podrá existir discriminación, como por ejemplo la etnia, edad, sexo, identidad de género, religión, ideología entre otras. Y en el siguiente párrafo del mismo inciso expone, que el Estado deberá adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad, es decir, acciones encaminadas a la reducción de la discriminación en la sociedad. Con respecto al derecho a la resistencia, todos los ciudadanos ya sea de forma individual o colectiva se pueden resistir sin discriminación de ninguna índole, la igualdad ante la ley, es un principio que se debe invocar al resistirse ante el atropello de algún derecho; es más, la persona se puede resistir a un acto o hecho público cuando no se ha demostrado la igualdad entre las partes, o que hubo clara discriminación de alguna índole. Es decir, todos los ciudadanos se pueden resistir sin que exista para ello algún tipo de discriminación, no hay distinciones entre las personas para que puedan invocar al derecho a la resistencia si sus derechos fueron vulnerados.

El inciso tercero se habla que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y que no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. Según la Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación define a la justiciabilidad como “la posibilidad de exigir a través de un mecanismo jurídico el cumplimiento o restitución de un derecho. La exigibilidad jurídica está condicionada por la existencia de una legislación que garantice el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de un derecho. Estas garantías se refieren a la posibilidad de interponer una denuncia o cualquier otro recurso jurídico frente a los tribunales cuando el contenido del derecho ha sido violado. Para garantizar, respetar y proteger el cumplimiento de los derechos se necesitan leyes que creen mecanismos de reparaciones en caso de violaciones del derecho”. Por lo contrario nuestra Constitución especifica que no podrá alegarse falta de

norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento. Con respecto al tema que concierne se puede alegar o decir que no existe norma jurídica concreta que reconozca el derecho a la resistencia, que analice el proceso propio para su evocación, el trato a darse, cuando se regulen en una normativa infra constitucional no debe exigir condiciones no contempladas en la Constitución, menos aún restringir. Mas se debe atener al principio de que aunque no existan normas legislativas desarrolladas en base a este derecho, no es consecuencia que el mismo sea desconocido. Ya que es la Constitución como norma primordial de un Estado que lo reconoció.

El numeral cuarto explica que ninguna norma jurídica expedida por un órgano competente podrá restringir el contenido de los derechos o garantías constitucionales. Ante este enunciado, se debe tener en cuenta que los órganos competentes en el Ecuador se encuentran reflejados en el poder estatal, así tenemos a el Ejecutivo, Legislativo y Judicial quienes todos desde su postura deben de respetar, regular y garantizar el derecho a la resistencia, cabe preguntarse entonces, que papel cumple por ejemplo el presidente de la República, los asambleístas y los jueces cada uno en su ámbito para que se actúe de la forma más amplia en el amparo de este derecho, y no llegue a restringirlo.

En el numeral quinto es garantista respecto que, los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma e interpretarla en pro de los ciudadanos y se aplicará la que más favorezcan su efectiva vigencia. En este caso el Derecho a la Resistencia podría ocasionar un conflicto al servidor quien tiene que asegurar el respeto del mismo, es por ello que, en caso de duda se debe de dar paso a la evocación del derecho, y como es correcto de no corresponder negarlo, es de esta forma, que si hay una mínima duda el servidor debe de dar paso al derecho, apegándose al principio pro- ser humano, el mismo que enuncia

que en caso de tratarse de reconocimiento de derechos se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva.

En el numeral sexto explica literalmente “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”, este es un principio básico para todos los derechos de los ciudadanos, el Derecho a la Resistencia se podría encasillar específicamente en la interdependencia, es decir, este derecho depende de otros para poder invocarlo, debería existir un derecho vulnerado para que entre en acción el ejercicio del derecho a la resistencia; concretando Se hace valer otros derechos por medio del derecho a la resistencia.

El numeral séptimo explica que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos a más de la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no serán de ningún modo excluyentes de otros derechos que se deriven de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. Como se ve en este inciso, el mismo reconoce formalmente en un principio a los instrumentos internacionales, y la aplicabilidad directa, de igual forma lo hacia la constitución de 1998 “Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”, y da la puerta abierta a la aparición que aunque no estén formalmente escritos, se deriven de la dignidad humana favoreciendo a los titulares del inciso primero de este mismo artículo. Concluyendo que la aplicabilidad directa en el derecho a la resistencia es potestativa hacia un juez, los mismos poseen la competencia de estos casos, es decir, no es directamente aplicable ante cualquier autoridad, ya que no posee la competencia necesaria.

En el numeral octavo explica que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva y específica que esto se dará a través de normas, jurisprudencia y las políticas públicas. Es decir, el derecho a la resistencia ya fue reconocido a un nivel constitucional, la protección al mismo debe de mantener a través del tiempo, en el caso de algún cambio lo que se debería de hacer es superar el nivel de protección, pero de ninguna manera se puede retroceder al reconocimiento que ya se le dio en esta nueva constitución.

Y por último en el numeral noveno menciona: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, es decir existe el deber de no hacer, abstenerse por parte del Estado a infringir de alguna manera el derecho a la resistencia, sino que, asegurar el pleno ejercicio por parte de la ciudadanía del derecho. Por ejemplo con el tema de los Estados, en la doctrina alemana, el derecho de resistencia ha sido calificado como un “fragmento importante del estado de necesidad del Estado”, por ello, es necesario analizar los elementos principales para su aplicación, los que podemos citar los siguientes:

Garantías Normativas: Se encuentran explicadas en el Art.84 de la Constitución ecuatoriana, donde enuncia que la Asamblea Nacional y todo órgano de potestad normativa tiene la obligación de adecuar formal y materialmente leyes y normas jurídicas para los derechos constitucionales y derechos de los tratados internacionales, y que de esta manera, se garantice la dignidad humana.

Políticas Públicas: se refiere a la formulación, ejecución, evaluación y control para garantizar los derechos reconocidos por la Constitución, bajo la regulación de disposiciones expresas de la propia Constitución, como por ejemplo que estas políticas se prestarán para el buen vivir de los

ciudadanos, en el caso de que se vulneren o amenacen derechos constitucionales se deberá adoptar medidas alternativas para conciliar los derechos en conflicto, y por último, la garantía por parte del Estado con respecto a la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de estas políticas públicas.

Garantías Jurisdiccionales: se pretende realizar un breve resumen a cerca de las Garantías Jurisdiccionales reconocidas por el Estado ecuatoriano, en la Constitución promulgada en el año 2008, disponibles en el Capítulo Tercero del Título III de “Garantías Constitucionales”. Es importante connotar las características inherentes de las garantías que de igual forma se encuentran reconocidas dentro de este cuerpo normativo. Como por ejemplo en las disposiciones se encuentran que es beneficiaria de estas acciones cualquier persona o grupo de ellas, la competencia del juez para conocer dichas acciones y el procedimiento abreviado que las mismas implican.

ACCIÓN DE PROTECCIÓN:

Se encuentra reconocida en el Art. 88 de la Constitución de la República y en el Capítulo II de la Sección Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se desarrolla es esta normativa que la Acción de Protección tiene como objeto la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados internacionales, es decir, si existe vulneración de tales derechos se podrá interponer dicha acción, se especifica que será en contra de políticas públicas, violación de un derecho constitucional, acción u omisión de autoridad pública no judicial, inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial o acto u omisión de personas del sector privado de acuerdo a circunstancias específicas enumerados en el Art. 41 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en general todo acto

discriminatorio; en esta misma ley en su Art. 42 especifica cuando esta acción es improcedente.

ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS:

Se encuentra reconocida en el Art. 89 de la Constitución de la República y en el Capítulo IV de la Sección Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La misma tiene por objeto proteger la vida, la libertad, la integridad física y otros derechos de una persona, cuando la misma se encuentra privada o restringida de la libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima por orden de autoridad pública o de cualquier persona de acuerdo al artículo anteriormente nombrado de la Constitución y el Art. 43 de la LOGJCC, es en este último cuerpo normativo se especifica el trámite a darse en caso de presentar esta acción y la duración del mismo en pro de precautelar los derechos del ciudadano.

ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA:

Se encuentra reconocida en el Art. 91 de la Constitución de la República y en el Capítulo V de la Sección Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El objeto de dicha acción es garantizar el acceso de los ciudadanos a la información pública, es decir, toda aquella información que sea emanada por el sector público o entidades privadas que posean información que tengan que ver con el Estado, en el caso de que este acceso fuese denegado, o en el caso de que la información proporcionada se pueda suponer que estuviese incompleta o alterada el ciudadano puede hacer uso de esta acción. Existe excepcionalidad en la información pública que tenga carácter confidencial o reservado.

ACCIÓN DE HÁBEAS DATA:

Reconocida en el Art. 92 de la Constitución de la República y en el Capítulo VI de la Sección Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta acción garantiza a toda persona natural o jurídica el conocimiento de la información de documentos, datos, bancos, archivos, informes personales, ya sea sobre sí mismo o sobre sus bienes que estén en poder de entidades públicas o privadas. Igualmente la persona podrá acceder a la información del uso que se haga de los documentos antes mencionados como lo señala el Art. 49 de la LOGJCC. La excepción en esta acción es la información de “datos sensibles” los mismos que previo conocimiento de la persona, se deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular.

ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO:

Esta acción se encuentra en el Art. 93 de la Constitución de la República y en el Capítulo VII de la Sección Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La misma tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas del sistema jurídico, el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Dicha acción procederá en contra de autoridades públicas, personas naturales o jurídicas o particulares. Para poder ejercer esta acción es necesario imponer un reclamo previo como lo señala el Art. 54 de la LOGJCC para que se dé cumplimiento a la obligación, y en el caso de seguir con el incumplimiento se procederá a la Acción por Incumplimiento. El órgano competente para el conocimiento de esta acción es la Corte Constitucional

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN:

Esta acción se encuentra en el Art. 94 de la Constitución de la República y en el Capítulo VIII de la Sección Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dicha acción puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas, procede en contra de sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia en los que se haya violado derechos constitucionalmente reconocidos. Este recurso procede cuando se haya agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios. En la LOGJCC se especifica el trámite a darse y que el órgano competente es la Corte Constitucional.

Tómese en cuenta la breve explicación de la Acción de Protección dentro de este subcapítulo, ya que, en el Capítulo IV, se detallará el procedimiento de esta acción en el caso de la invocación del Derecho a la Resistencia. De igual forma, tómese en cuenta la Acción de Incumplimiento para un mayor entendimiento en el último subcapítulo del Capítulo IV con respecto a la Propuesta de Desarrollo Legislativo.

4.4. DERECHO COMPARADO

LEGISLACIÓN ARGENTINA

El código penal argentino en su artículo 213 señala que solo podrá considerarse autor del delito de terrorismo al que: "...tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional, a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúne las siguientes características:

- a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político;
- b) Estar organizado en redes operativas internacionales;
- c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos, o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas."

Según esta legislación, terrorismo es el uso indiscriminado de la violencia, para amedrentar a la sociedad e infundir el miedo con prácticas aberrantes.

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Ley 1453 de 2011 (Ley de Seguridad Ciudadana). Esta ley, además de crear una gran cantidad de nuevos delitos, agrava las penas para los existentes y restringen las posibilidades de beneficios de libertad provisional para una gran cantidad de conductas penalizadas.

La aplicación en estos dos años de estas normas se ha constituido en uno de los principales causantes de la crisis de hacinamiento carcelario que vive el país, habiendo llegado a una cifra record de 150.000 personas detenidas. Un número creciente de personas judicializadas bajo el sistema penal en los últimos meses lo están siendo bajo la aplicación

generalizada de estas normas que restringen la protesta social y penalizan su ejercicio.

En efecto, el artículo 44 de dicha Ley 1453 añade un nuevo artículo al Código Penal (Ley 599 de 2000) del siguiente tenor: —Artículo 353 A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Ahora, dado que por definición las movilizaciones o manifestaciones ciudadanas solo pueden escenificarse en los espacios o las vías públicas, y dada la ambigüedad e indeterminación de lo que pueda significar que las obstrucciones a la vía pública sean “selectivas” o “generales”, prácticamente todas las congregaciones ciudadanas para el ejercicio de protestas colectivas, ofrecen a los organismos de seguridad, a partir de estas normas, la justificación para considerar que dichas protestas constituyen infracciones a la ley penal, configurando por lo mismo amplias y discrecionales facultades para impedir las, obstaculizar las, reprimirlas o disolverlas por la fuerza, procediendo de este modo a la detención en masa de los manifestantes, y casi siempre en medio de golpizas y uso abusivo de la fuerza.

Esto constituye una enorme involución en la consagración constitucional de los derechos fundamentales y el regreso a la normatividad que regía antes de la Constitución de 1991. Efectivamente, la Asamblea Nacional Constituyente de ese año decidió consagrar amplias garantías para el

ejercicio de los derechos de reunión y movilización en los espacios públicos y para ello consideró necesario abolir el artículo 46 de la anterior Constitución Política de 1886, que consagraba que Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degenerare en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas.

La norma establece como excepción —las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, aunque este criterio de la autorización previa de la autoridad del Ejecutivo para la realizar manifestaciones públicas estaba ya puesta en el Código Nacional de Policía, es abiertamente contraria a la disposición del artículo 37 de la Constitución Nacional que no solamente no somete el derecho a la movilización al régimen del permiso previo de autoridad gubernamental sino que expresamente establece como excepciones las limitaciones a este derecho al disponer que solamente la ley podrá consagrar los casos en que de manera expresa puedan establecerse dichas limitaciones.

LEGISLACIÓN VENEZOLANA

LEY ORGÁNICA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO

Artículo 4. A los efectos de esta Ley, se entiende por:

1. **Acto terrorista:** es aquel acto intencionado que por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el ordenamiento jurídico venezolano, cometido con el fin de intimidar gravemente a una población;

obligar indebidamente a los gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Serán considerados actos terroristas los que se realicen o ejecuten a través de los siguientes medios: (...) d.- causar destrucciones masivas a un gobierno o a instalaciones públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas de información, plataformas fijas o flotantes emplazadas en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico...

En esta ley, existen se viola unos 20 artículos de la Constitución venezolana, entre los que se encuentran el derecho a la participación, asociación, reunión y debido proceso, y la convierte a la ley como una normativa del delator. También, se incorporan 25 artículos y se modifican otros 30 para consolidar una ley de 97 puntos que atropellan a la legalidad, ya que en la ley se prevén "medidas especiales" para interceptar comunicaciones personales, correos electrónicos y movilizaciones bancarias en determinados casos, y se deja fuera al "tutor de la actividad penal" como es el Ministerio Público.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

MATERIALES:

Los materiales y métodos empleados utilizados durante el desarrollo del presente proyecto, se detalla a continuación:

- Materiales de escritorio.
- Pen-drive.
- Computadoras.
- Esferos.
- Hojas.
- Bibliografía.
- Levantamiento y Reproducción de textos.
- Internet.

MÉTODOS:

Método inductivo: Para el análisis de los resultados se utilizó el referente teórico partiendo de lo general hasta llegar a lo particular del objeto de estudio en mención.

Método deductivo: Parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares.

Método Analítico- sintético: Se utilizó este método en el análisis de toda la bibliografía relacionada con el campo y objetivo de la investigación, para analizar críticamente las diferentes teorías relacionadas con el tema propuesto.

Permitió analizar cada una de las nociones y categorías abordadas en el problema investigado y a su vez permitió una explicación concreta, para formular las conclusiones y recomendaciones obtenidas de la presente investigación.

Método Estadístico: Sirvió para una mejor interpretación de los datos, que se recopilan en el trabajo de campo. Además se utilizó para representar gráficamente la información obtenida de las encuestas.

5.1. PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS

Las técnicas empleadas para la recolección de la información fueron las encuestas a treinta Profesionales de Derecho en libre ejercicio de la Ciudad de Manabí, los mismo que me ayudaron a encontrar una propuesta de solución al problema de investigación.

6. RESULTADOS:

6.1. Resultados de la aplicación de las encuestas

En la perspectiva de conocer de manera directa el problema jurídico investigativo y así obtener criterios relevantes, dentro de la metodología propuesta en el presente trabajo se aplicó la técnica de la encuesta, por lo que se ha elaborado un instrumento para su debida aplicación.

1. ¿Conoce Usted, si la Constitución ecuatoriana contempla los derechos a la protesta social y resistencia?

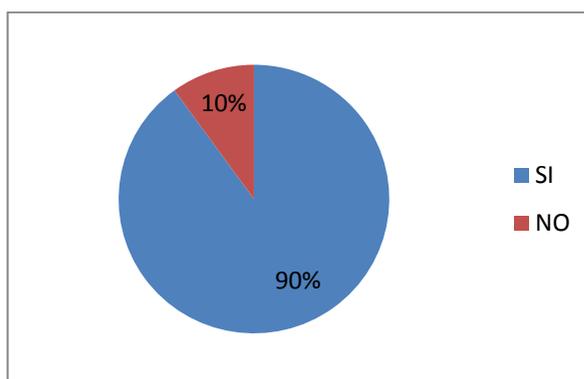
Cuadro N° 1

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho de la Ciudad de Manabí

Autor: Jorge Horacio Bravo Mendoza.

Gráfico N° 1



INTERPRETACION.

De los 30 encuestados que responden a la pregunta N°1, se observa que 27 personas que corresponde al 90% manifiesta que si conocen que nuestra Constitución ecuatoriana contempla los derechos a la protesta social y

resistencia, mientras que 3 personas que corresponde al 10% contestan que no conocen si se contempla en nuestra Constitución.

ANALISIS:

De lo analizado se puede indicar que los investigados en un porcentaje mayoritario aseveran que si conocen que nuestra Constitución ecuatoriana contempla los derechos a la protesta social y resistencia.

2. ¿Considera Usted, que el Código Orgánico Integral Penal contiene disposiciones que limitan el derecho a la protesta y el derecho a la resistencia?

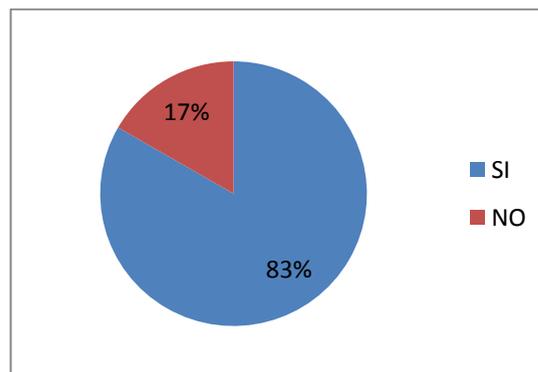
Cuadro N° 2

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho de la Ciudad de Manabí

Autor: Jorge Horacio Bravo Mendoza.

Gráfico N° 2



INTERPRETACION.

De la interrogante N°2 planteada a 30 encuestados, responden 25 personas que corresponde al 83% han manifestado que el Código Orgánico Integral Penal contiene disposiciones que limitan el derecho a la protesta y el derecho a la resistencia y 5 personas que corresponde al 17% dicen que no existen disposiciones que limiten a la protesta social.

ANALISIS:

Pues sin duda alguna son muchas las limitaciones que trae consigo el COIP, ya que no se puede salir a ninguna protesta social donde se puede exigir el cumplimiento de nuestros derechos porque enseguida lo acusan de terrorismo, con el único afán de callar y hacer que el derecho a la protesta social y el derecho a la resistencia cada día se pierda.

3. ¿Considera Usted, que para eliminar o neutralizar el derecho a la resistencia se ha recurrido a la criminalización de la protesta?

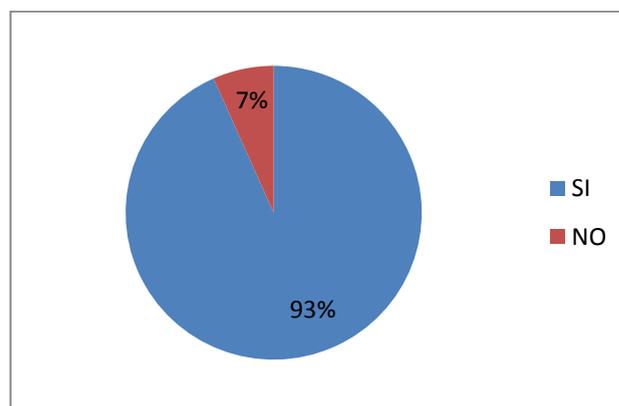
Cuadro Nº 3

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho de la Ciudad de Manabí

Autor: Jorge Horacio Bravo Mendoza.

Gráfico Nº 3



INTERPRETACION.

Con respecto a esta pregunta los encuestados respondieron lo siguiente: 28 personas que corresponden al 93% manifiestan que con el fin de eliminar o neutralizar el derecho a la resistencia se ha recurrido a la criminalización de la protesta; y, 2 personas que corresponden al 7% contestan que no.

ANALISIS:

La opinión mayoritaria obtenida indica que los encuestados están inconformes, ya que no se respeta todos los derechos y garantías que se tiene los ecuatorianos de realizar el derecho a la resistencia y a la protesta social.

4. ¿Considera Usted, que los casos de criminalización de la protesta constituyen potenciales casos de violación a los derechos humanos?

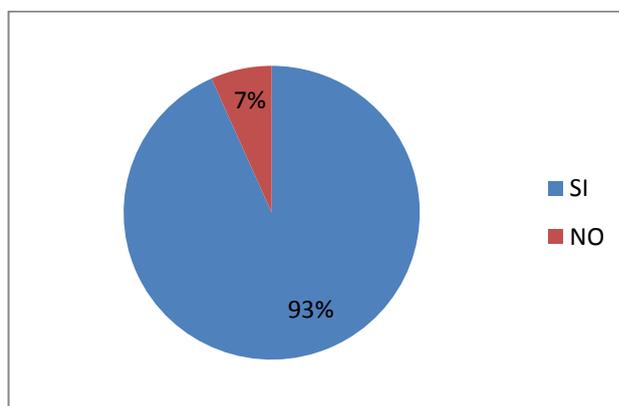
Cuadro Nº 4

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho de la Ciudad de Manabí

Autor: Jorge Horacio Bravo Mendoza.

Gráfico Nº 4



INTERPRETACION.

En esta pregunta los encuestados respondieron lo siguiente: 28 personas que corresponden el 93% manifiestan que los casos de criminalización de la protesta social constituyen potenciales casos de violación a los derechos humanos, y 2 personas que corresponden al 7% se manifiestan negativamente.

ANALISIS:

La opinión mayoritaria obtenida indica que los casos de criminalización de la protesta social constituyen potenciales casos de violación a los derechos humanos.

5. ¿Cree Usted, que es necesario una reforma de Ley, a fin de que se respete el legítimo derecho a la resistencia?

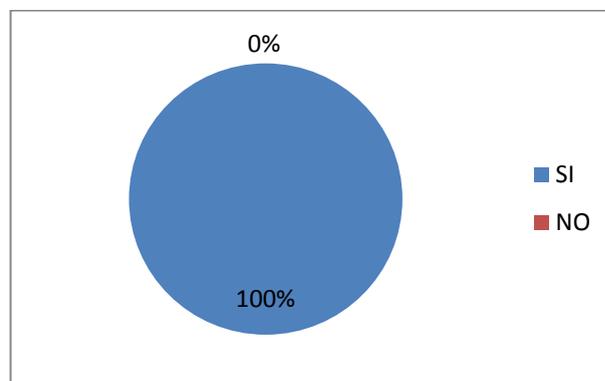
Cuadro Nº 5

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho de la Ciudad de Manabí

Autor: Jorge Horacio Bravo Mendoza.

Gráfico Nº 5



INTERPRETACION.

De los resultados obtenidos, el 100% de la población encuestada considera que si es necesaria una reforma de ley, a fin de que se respete el legítimo derecho a la resistencia.

ANALISIS:

Esto se debe a que el actual Código Orgánico Integral Penal está atentando contra el derecho constitucional a la resistencia y protesta social.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

Objetivo general

- ❖ Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario respecto de la Criminalización de la Protesta Social en el Código Integral Penal, la vulneración y contradicciones de los derechos y libertades Constitucionales

Este objetivo general lo verifique en el desarrollo de la investigación bibliográfica, especialmente en el marco conceptual, doctrinario y jurídico, en especial, lo que tiene que ver con el análisis del Código Orgánico Integral Penal.

Objetivos específicos

- ➔ Puntualizar las incongruencias existentes entre la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal sobre la Criminalización de la Protesta Social acarrear graves vulneraciones en los derechos fundamentales de las y los ecuatorianos.

Este objetivo lo verifique en el desarrollo de la investigación de campo, específicamente al momento de realizar las encuestas y las entrevistas.

- ➔ Determinar las causas y efectos que ocasiona la Criminalización de la Protesta Social.

Este objetivo lo verifique en el desarrollo de la investigación de campo, al momento de tabular los resultados de las entrevistas y encuestas.

- ➔ Realizar una propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico

Integral Penal, a fin de reformar el Art. 346 que estarían atentando contra el derecho constitucional a la resistencia y protesta social.

Este último objetivo lo verifique al momento de plantear la propuesta de reforma jurídica.

7.2. Contrastación de la hipótesis

La Hipótesis de mi proyecto de tesis es la siguiente:

“La protesta social es un elemento transformador de la democracia que el Código Integral penal ha establecido dentro en un estado punitivo criminalizando una de las formas que tienen las y los ciudadanos de ejercer y exigir sus derechos ante el Estado”.

La hipótesis fue contrastada tanto en el desarrollo bibliográfico como en la investigación de campo, en especial, cuando investigue sobre la Criminalización de la Protesta Social acarrear graves vulneraciones en los derechos fundamentales de las y los ecuatorianos.

7.3. Fundamentación jurídica para el proyecto de reforma.

La Constitución de la República del Ecuador, ofrece una plétora de derechos y garantías que amparan a las ciudadanas y ciudadanos.

Dentro de este contexto, consta el Derecho a la Resistencia, que puede ser esgrimido frente a acciones u omisiones de la autoridad que mediante sus actos infrinjan los derechos de las personas.

De la descripción de esta investigación, se ha establecido que este derecho no puede ejercerse plenamente por los sectores sociales para hacer vales

sus derechos que no son atendidos, ya que de por medio esta la libertad de las personas, especialmente dirigentes, a quienes se los acusa de actos de sabotaje y terrorismo.

No obstante de la supremacía de la Constitución, que garantiza el derecho a la resistencia, se ha implementado a través de leyes ordinarias, formas de amedrentamiento de la lucha social. Precisamente, esto sucede con el Código Orgánico Integral Penal, el cual mantiene instituciones que tipifican los delitos de sabotaje y terrorismo que limitan y restringen al derecho constitucional de resistencia, siendo esta un arma de represión utilizada por el poder político en contra de quien pretende ejecutarlo, lo cual es preocupante para el pleno ejercicio de los derechos individuales.

Esto nos conlleva a manifestar que el derecho de resistencia no puede ser ni afirmado ni ejercido por la sociedad, tanto en cuanto preexistan límites o antagonismos jurídicos sobre su pleno ejercicio.

Por lo expuesto consideramos que el Derecho a la Resistencia al estar solo descrito en un articulado de nuestra constitución, este no es viable, por lo que la legalización democrática de este derecho en forma más amplia, es el camino para que sea un derecho plenamente ejercido y ejecutable y a la vez se convierta en una garantía protegida por el Estado.

8. CONCLUSIONES

- ❖ El derecho a la resistencia es un derecho, es una garantía y es un poder, que se lo ejerce contra una acción u omisión concreta, no implicando el desconocimiento del sistema político, pero si la posibilidad de encausarlo.
- ❖ El derecho a la resistencia supone la concurrencia de dos presupuestos la violación o la amenaza a un derecho fundamental; que el Estado, mediante sus instituciones no de respuestas efectivas ante este hecho.
- ❖ Frente al *ius resistendi* los poderes estatales han opuesto lo que se conoce como la penalización de la protesta en su afán de controlar y disciplinar a los ciudadanos, desalentando cualquier brote de resistencia.
- ❖ El derecho a la resistencia en la Constitución del 2008 es suficiente para poder aplicarlo, desde luego, en un estado democrático en el que se respeten los derechos humanos y el Estado esté convencido que su principal deber es hacerlos respetar.
- ❖ El desarrollo de procedimiento puede ser planificado o no planificado espontáneo, y se traduce en acciones como: marchas, plantones, huelgas, paros.
- ❖ El derecho a la protesta pacífica no es un derecho que se encuentre auténticamente garantizado en Ecuador. A pesar del marco normativo constitucional garantista, el derecho a la protesta resulta vulnerado por la existencia de tipos penales que tienen por efecto restringir las manifestaciones pacíficas; por el abuso de las facultades jurisdiccionales con el fin de sancionar la protesta social a

través de tipos penales por la forma en que se ha permitido a la fuerza pública impedir y prohibir que se realicen manifestaciones, inclusive pacíficas; así como por el uso continuo de amenazas vertidas desde el poder ejecutivo contra quienes ejercen su derecho a realizar manifestaciones. Es claro que no nos encontramos frente a casos aislados de criminalización, sino que se trata de una política estatal dirigida a silenciar a los manifestantes.

9. RECOMENDACIONES

- ❖ El Estado debe encontrar un equilibrio entre la necesidad de sancionar los excesos o los actos ilegítimos que hayan ocurrido y la necesidad de garantizar las expresiones públicas de los ciudadanos en un régimen democrático. El solo sometimiento a un proceso penal que no se ajuste al principio de proporcionalidad constituye una restricción ilegítima del derecho a resistencia y la protesta.
- ❖ Es imperativo que se implementen las medidas necesarias para garantizar efectivamente el derecho a la resistencia y su expresión la protesta social como ejercicio de la libertad de expresión y defensa de los derechos humanos y condición indispensable para la democracia.
- ❖ En Ecuador resulta urgente modificar la legislación con miras a asegurar que las normas penales se ajusten a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, estableciendo de manera precisa y razonable los criterios necesarios para poder aplicar legítimamente el derecho penal.
- ❖ Se necesita además que se establezcan sanciones contra las autoridades públicas, incluyendo los integrantes del poder judicial, que utilicen arbitrariamente el poder penal para sancionar la expresión disidente.
- ❖ El Estado debe reconocer que la criminalización de la legítima movilización y protesta social, sea a través de represión directa a los manifestantes, o a través de la iniciación de procesos judiciales, es incompatible con una sociedad democrática donde las personas tienen el derecho de manifestar su opinión y de resistirse a la transgresión de sus derechos.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL.

CONSIDERANDO.

Que, es obligación de la Honorable Asamblea Nacional y de sus integrantes brindar al pueblo ecuatoriano garantías en lo esencial a la sociedad civil, con principios e igualdad de derechos, deberes y obligaciones, es imperativo proporcionar una eficaz y adecuada protección que permita una verdadera equidad y justicia.

Que, el numeral nueve del artículo once de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el registro oficial No.- 449 del 20 de Octubre del 2008 determina que El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el Artículo, establece que “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”..

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el Artículo 416 numeral 8 a propósito de las relaciones internacionales del Ecuador dispone la: “Condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión”

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 417 dispone: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros

instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 11.3. Dispone que: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 172 dispone: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 169 dispone: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”

Que, el debido proceso es una “Institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones justificadas oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho.

Que, es deber del Estado ofrecer la protección jurídica adecuada, otorgando normas claras y precisas que protejan los intereses de la sociedad respetando el debido proceso, consagrando en la Constitución de la República del Ecuador.

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 120, numeral 6 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

E X P I D E:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL

Artículo. 346.- Paralización de un servicio público.- La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público con violencia o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, **sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.**

Si las paralizaciones responden a acciones de protesta social pacífica no constituirán delito alguno.

DISPOSICION FINAL

Artículo Final.-Esta reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los 01 días del mes de Febrero del 2017.

.....
Presidente de la Asamblea Nacional

.....
Secretaria General

10. BIBLIOGRAFIA

- ✓ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.
- ✓ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.
- ✓ CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario Jurídico Elemental. Ed. Omega. 2010.
- ✓ Sabiaga, Esteban M. (2007); "Criminalización de la protesta social. Un enfoque de los contextos de justificación", Derecho Penal Online.
- ✓ Argentina: recrudescimiento de la criminalización de la protesta social, FIDH, 28 de septiembre de 2004.
- ✓ Nadra, Yamilé (2004), Informes especiales: Argentina, entre el drama social y el debate jurídico-político. La criminalización de la protesta social (I), Argenpress, 1 de noviembre de 2004.
- ✓ Acevedo, A. (s.f.). *El proceso de la entrevista*. Limusa, Noriega Editores.
- ✓ Alvarado, E. (04 de 05 de 2016). DICCIONARIO CRÍTICO DE CIENCIAS SOCIALES. Madrid, España.
- ✓ COLECCIÓN NUEVO FORO DEMOCRÁTICO. (s.f.). Buenos Aires: Ciepp. Miño y Dávila Editores.
- ✓ Dávila, M. y. (s.f.). *Colección Nuevo Foro Democrático*. Buenos Aires: Ciepp. Miño y Dávila Editores.
- ✓ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO. (1789).
- ✓ Izquierdo, A. E. (s.f.). *INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA*. Loja-Ecuador. Editorial Cosmos.
- ✓ León, M. (6 de Junio de 2016).
- ✓ López, P. (04 de Mayo de 2004). LA OBEDIENCIA AL DERECHO: APROXIMACIÓN METODOLÓGICA. Madrid, España.

11. Anexos.

11.1. Proyecto



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 346 DEL
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

Proyecto de tesis, previo a la
obtención del Título de
Abogado

AUTOR:

Jorge Horacio Bravo Mendoza.

Loja – Ecuador
2016

1. TEMA

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 346 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”

2. PROBLEMATICA

El Derecho a la Resistencia es como se ha dicho un derecho consagrado en la Constitución Ecuatoriana del 2008, pudiendo ejercerlo los ciudadanos y colectivos para resistirse y manifestar su inconformidad ante las decisiones políticas de los gobernantes o actuaciones de otros sujetos privados que afecten los derechos fundamentales de aquellos.

Este derecho a la resistir expresado generalmente a través de las protestas sociales es una constante que se da en los países que presentan mayores desigualdades socioeconómicas y gobiernos con capacidad limitada para manejar conflictos.

El problema y las dificultades aparecen cuando este derecho es violentado por el mismo garantista del derecho que es el Estado, a través del poder público ejercido por sus funcionarios, siendo la función ejecutiva la que con mayor frecuencia se hallaría inmersa en esta suerte de “abuso del poder” por sí o por medio de su influencia –caso de regímenes hiper-presidencialistas en otras instancia del poder como la justicia, ejerciendo un control a través de los jueces como medio de coacción e intimidación para frenar el descontento ciudadano y las manifestaciones de la oposición, con la amenaza de ser enjuiciados y encarcelados, quien contradiga ese poder, acusados de delitos de rebelión, sabotaje y terrorismo, iniciándoseles procesos penales en su contra.

Resulta contradictorio por una parte que el más alto deber del Estado sea respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, y, por otra, se violente o desconozca por parte de ese mismo Estado uno de los derechos amparados por esa garantía social: el derecho a la resistencia. Acaso esto significa que se deba ¿Resistir al derecho? tomado en cuenta la

prerrogativa de legalidad que envuelve a los actos de una autoridad. ¿Es entonces legítima y democrática una resistencia autorizada constitucionalmente?, ¿Qué debe entenderse en el marco de Estado constitucional, por derecho a la resistencia?, ¿Cómo y cuándo ejercerlo?

La criminalización de la Protesta Social no es más que la forma más drástica a la que han acudido los gobiernos actuales para limitar a los grupos sociales y a sus reclamos sobre sus exigencias como el agua, la libertad de expresión, mejoras salariales, acceso a la educación, derechos acallados con rigurosidad impidiendo que sean las calles y las personas quienes con sus voces clamantes exijan el cumplimiento y respeto a estos derechos.

En base a este breve análisis de la situación jurídica actual de ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos ya ante la prohibición y criminalización de una de las herramientas históricas de las luchas sociales es que se dirige la presente investigación social y jurídica ya que tiene la finalidad de analizar el tema de la criminalización de la protesta social, sus características históricas, su presencia, evolución y sus consecuencias negativas que se han evidenciado a lo largo de la historia en nuestro País.

3. JUSTIFICACIÓN.

Es importante el derecho a la resistencia y su expresión la protesta social porque pueden los ciudadanos a través de su ejercicio reclamar los derechos, sea en forma individual o colectiva cuando los mismos han sido vulnerados ya sea por una o varias autoridades públicas o por personas naturales o jurídicas.

Es factible y novedoso el estudio de los derechos a la protesta social y resistencia, puesto que se considera una temática presente en la realidad ecuatoriana, que hay necesidad de dar a conocer a la sociedad, para que los ciudadanos puedan a través del ejercicio de los mismos defender otros derechos humanos sustantivos. Derechos aquellos a los que se los podría calificar de derechos adjetivos, verdaderos instrumentos de respuesta de la sociedad civil frente al abuso del poder y que se encuentran consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Constitución de la República del Ecuador.

El presente estudio es conveniente, pues permitirá precisar el alcance y efectos del derecho a la protesta social y la resistencia desde la doctrina, así como desentrañar posibles situaciones de arbitrariedad a la que puede dar paso y como debería ser interpretado por los operadores de justicia y ejercido por los ciudadanos.

La Relevancia social del tratamiento del derecho a la resistencia y protesta social, estriba en que el ciudadano y la población en general cuenten con un mecanismo de defensa como el que representa este derecho, frente a la eventualidad de un irrespeto de sus derechos, y que permitan garantizar el buen vivir.

Las implicaciones prácticas de abordar el tema del derecho a la protesta social y resistencia se traducen en una mejor y adecuada aplicación de este derecho.

El valor teórico está en que la información que se obtenga contribuirá al debate doctrinario sobre la pertinencia de contar con un derecho constitucional excepcional a través del cual incluso se podrían adquirir otros derechos a los ya consagrados.

La utilidad metodológica de la presente investigación consiste en que permitirá definir con claridad los conceptos de obediencia y desobediencia civil, cuándo y cómo operar estas categorías jurídico-políticas.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- ❖ Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario respecto de la Criminalización de la Protesta Social en el Código Integral Penal, la vulneración y contradicciones de los derechos y libertades Constitucionales

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- ➔ Puntualizar las incongruencias existentes entre la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal sobre la Criminalización de la Protesta Social acarrear graves vulneraciones en los derechos fundamentales de las y los ecuatorianos.
- ➔ Determinar las causas y efectos que ocasiona la Criminalización de la Protesta Social.
- ➔ Realizar una propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, a fin de reformar el Art. 346 que estarían atentando contra el derecho constitucional a la resistencia y protesta social.

4.3. HIPOTESIS.

“La protesta social es un elemento transformador de la democracia que el Código Integral penal ha establecido dentro en un estado punitivo criminalizando una de las formas que tienen las y los ciudadanos de ejercer y exigir sus derechos ante el Estado”.

5. MARCO TEÓRICO.

LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

La criminalización de la protesta es una estrategia política que presenta ante la sociedad a la lucha por los derechos sociales como delitos y a los sectores que las promueven como delincuentes.

La protesta por lograr conquistas favorables a diferentes sectores populares, es un derecho que no requiere permiso ni acepta censura. A lo largo de nuestra historia, nuestro pueblo se ha manifestado en las calles, se ha organizado de diversas maneras para hacer escuchar su voz y defender sus reclamos.

La criminalización de las luchas es una de las formas que asume la represión para inmovilizar a las organizaciones populares y amedrentar a todos aquellos que se hacen cargo del legítimo derecho de organizarse y exigir la resolución de sus necesidades. En algunos casos es utilizada como paso previo a la represión abierta, directa, y en otros, articuladamente con ésta. Son diferentes mecanismos con el mismo fin de dominación y control social.

La criminalización de las luchas es un instrumento que ha sido utilizado con diferentes intensidades por todos los gobiernos de turno y que hoy aplican gobierno como el de Cristina Fernández de Kirchner y el Gobierno de Rafael Correa para intentar disciplinar y amedrentar a todos aquellos que cuestionan la miseria y la opresión, y para frenar la organización y las luchas desplegadas por los trabajadores y por los diferentes movimientos populares.

Con la criminalización de la protesta el Estado apunta a varios objetivos al mismo tiempo. Por un lado, frenar el conflicto social, acallando,

disciplinando, atomizando y domesticando las disidencias. Por otro, correr el eje de la injusticia denunciada por diferentes sectores movilizados hasta plantear que lo que está sucediendo es un “delito”, una “amenaza para el orden legal”, una “violación a la ley”, deslegitimando la lucha. Esa operación mediática y política sobre la opinión pública es más intensa cuanto más lejos se está de querer resolver la situación que dio origen a la protesta.

En los últimos años existe una tendencia a agravar las imputaciones utilizando figuras penales gravísimas que penden como una amenaza sobre la libertad de dirigentes y luchadores, cuestionando derechos como el derecho a la huelga y a la movilización popular. El Gobierno Nacional impulsa esta política de criminalización como lo demuestran las declaraciones de sus funcionarios

TEÓRICA DEL DELITO Y LA PROTESTA SOCIAL

Massimo Pavarini, criminólogo italiano, señala a la Criminología como “una ciencia burguesa, nacida con la aparición del sistema capitalista de producción”, marcando que es dicha sociedad burguesa la que demanda orden y disciplina social; partiendo de una única y principal preocupación: “cómo educar a los no propietarios a aceptar como natural su propio estado de proletarios; cómo disciplinar a estas masas para que no sean más potenciales atentadores contra la propiedad y al mismo tiempo, cómo garantizar que en la sociedad civil se realicen las esferas de libertad y autonomía, que son las condiciones necesarias para el libre autorregularse del mercado”. Es decir, cómo hacer que los excluidos de la propiedad acepten las reglas del juego como naturales. En este sentido, la criminología surge en el marco de un proyecto político que va creando y recreando la política de control social según las condiciones que la sociedad capitalista impone.

La criminología, entonces, viene a contribuir como “ciencia indicativa, para individualizar a los potenciales atentadores contra la propiedad, los socialmente peligrosos; se ofrecerá como saber práctico necesario a la política de prevención y represión de la criminalidad y será, a distintos niveles, utilizada tanto por el juez como por las fuerzas de policías”. Así, se erige como herramienta clave con la que contará la clase dominante para mantener los niveles tolerables de conflictividad social, pues actúa caracterizando y estereotipando a los potenciales delincuentes.

Sin embargo, hay algunas características que constituyen a las acciones en delictivas. En tal caso, las diferencias entre escuelas van a reflejarse en la significación y el contenido que cada una de ellas, con principios y valores filosóficos determinados, le otorgue a tales características, conformando de tal modo la Teoría del Delito. “Siendo que el derecho penal se ocupa del delito y de su legal consecuencia que es la pena, adviene como necesario poseer de él un claro y preciso concepto con indicación de los principios de que parte, análisis de los elementos con que se maneja en su integración y su destino en la ley.

Todo ello es lo que comporta la Teoría del Delito. Se comprende así, que no puede existir ninguna escuela de derecho penal que no tenga su propia Teoría del Delito; es decir, qué es lo que para ella es el delito”

Derecho a resistir el Derecho: “Es que debe el ciudadano resignar su conciencia frente a la legislación, aunque sea por un momento, o de un modo acotado? ¿Cuál debe ser entonces la razón de que cada hombre tenga conciencia? Pienso que deberíamos ser hombres en primer lugar, y recién luego sujetos. No es deseable que cultivemos el respeto hacia la ley, tanto como el respeto hacia lo que es correcto. La única obligación que tengo

derecho a asumir es la de hacer en todo momento lo que considero correcto”⁷⁰.

Objeción de Conciencia: “Para nosotros, la objeción de conciencia es un acto de una persona humana, individual, íntimo, no violento, basado en la libertad de rehusar que contradice cierta normatividad jurídica, por fidelidad a unos principios culturales, acto que se reconoce en el derecho positivo porque no busca su cambio ni modificación. En otros términos, hay objeción de conciencia cuando un individuo en ejercicio de un derecho se niega a cumplir pacíficamente un precepto jurídico, cuya observancia le prohíbe su íntimo convencimiento”⁷¹.

Thomas Jefferson: “¿Qué país puede conservar sus libertades si sus gobernantes no reciben de vez en cuando la advertencia de que el pueblo conserva el espíritu de resistencia? El árbol de la libertad ha de refrescarse de vez en cuando con la sangre de los patriotas y de los tiranos”⁷².

Sobre la Resistencia: “Si la filosofía del derecho quiere ser honesta consigo misma algún día, tendrá que reconocer que el derecho de resistencia históricamente, antes que instrumento de desorden y anarquía ha sido la vanguardia de la afirmación y el progreso de los derechos humanos”⁷³.

El profesor Elías Díaz, sobre la justificación ética del Derecho y el Estado: “Radica en la defensa y realización de una serie de derechos

⁷⁰ Henry Thoreau (COLECCIÓN NUEVO FORO DEMOCRÁTICO, pág. 133)

⁷¹ MONOGRAFÍAS JURÍDICAS, 1998, pág. 62 y 63

⁷² Torres, 2000, pág. 31

⁷³ *Ibidem*

humanos básicos, considerados totalmente imprescindibles y que no deben sacrificarse a otras instancias diferentes alegadas como superiores.

Derecho: “Consiste en regular las conductas de los hombres que viven en sociedad, con el fin de obtener una convivencia pacífica, donde reine la seguridad, y de lograr, en la medida de lo posible, que la justicia presida las relaciones que se produzcan entre este grupo de personas”⁷⁴.

Resistir: “Resistir es oponer una fuerza a la acción de otra que tiende a deformar, vulnerar o destruir”⁷⁵.

Resistencia: “Resistencia, por consiguiente, es acción y efecto de resistir o resistirse, acción de fuerza que se opone a otra dinámicamente, poder defensivo de un organismo frente a los agentes que le son perjudiciales”⁷⁶.

Objeción de conciencia: “Es una forma de desobediencia al derecho positivo, fundada en la libertad de rehusar determinada normatividad por motivos jurídicos, morales o políticos del individuo concreto. Peces-Barba dice que la objeción de conciencia es una desobediencia regulada por el derecho, con lo cual deja de ser desobediencia”⁷⁷.

Obediencia al derecho: “La obligación de obedecer el derecho se presenta como una correspondencia lógica del propio existir del Derecho,

⁷⁴ López, 2004

⁷⁵ Torres, 2000, pág. 246

⁷⁶ Torres, 2000, pág. 246

⁷⁷ Terán, 2012, pág. 26 y 27

pues, ciertamente, un Derecho que no exigiese obediencia es una contradicción lógica”⁷⁸.

Desobediencia Civil: “Es un tipo especial de negación de ciertos contenidos de la legalidad, que alcanza su máxima expresión en sociedades democráticas, por parte de ciudadanos o de grupos de ciudadanos, siendo tal legalidad, en principio, merecedora de la más estricta obediencia”⁷⁹.

Error de Derecho: “Se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica”⁸⁰.

Artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789- “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.

Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”⁸¹.

En la Constitución de la República del Ecuador de 2008: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren sus derechos constitucionales y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”⁸².

⁷⁸ López, 2004

⁷⁹ Alvarado, 2016

⁸⁰ Terán, 2012, pág. 25

⁸¹ Art.2 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO, 1789

⁸² Art. 98 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

El Estado debe reconocer que la criminalización de la legítima movilización y protesta social, sea a través de represión directa a los manifestantes, o a través de la iniciación de procesos judiciales, es incompatible con una sociedad democrática donde las personas tienen el derecho de manifestar su opinión. Por ello, debe adoptar todas las medidas necesarias no solo para abstenerse de interferir con el ejercicio de este derecho, sino también para asegurar su ejercicio efectivo”⁸³.

“La Criminalización se convierte en una forma refinada de persecución en la que se funden la legalidad y la propaganda que logran estigmatizar a quienes defienden derechos humanos al grado de colocarles la etiqueta de enemigos del desarrollo y, por tanto, de la sociedad” (p. 68). Cordero (2013)

PROTESTA SOCIAL

El derecho de protesta no solo existe sino que está expresamente reconocido por la Constitución... y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18, Declaración Universal de Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (art. 19) y en la libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20). Estos dispositivos imponen a todos los Estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos y, por supuesto, no solo a reservarlos en el fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y reclamos”⁸⁴.

⁸³ Salazar, 2012, p. 93

⁸⁴ Zaffaroni, 2012, p. 18

DERECHO A LA RESISTENCIA

“La facultad concedida a los ciudadanos por medio de la cual se les permite a estos ejercer medidas de oposición con el fin de garantizar el respeto y ejercicio de sus Derechos Humanos que se crean vulnerados, o el reconocimiento de nuevos derechos, cuando por otros medios institucionales, por ejemplo, una acción judicial, no se lo ha conseguido”⁸⁵.

⁸⁵ Guaranga, 2009, p. 144

6. METODOLOGÍA

El presente proyecto de investigación estará orientado por el método científico, y se establecerá los diferentes métodos a aplicarse, como de los recursos que éstos se ha de hacer válido para el desarrollo del trabajo de investigación de tesis, y son:

6.1. METODOS

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva, aquella que me permita descubrir detalladamente y explicar el problema, objetivos y fenómenos sociales mediante el estudio con el propósito de determinar las características de un problema jurídico social. La investigación bibliográfica consistirá en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Pues la información empírica, se obtendrá de la observación directa a las partes procesales en juicios que se ventilan en la Unidades Judiciales, de la codificación de las leyes ecuatorianas, y en especial del régimen jurídico que garantiza el desarrollo integral de la población en el Ecuador, y lograr jurídicamente que prevalezcan los derechos de las personas; así mismo se obtendrá información a través de los informes, compendios y análisis a nivel institucional gubernamental y privado, el Estado debe asegurar el cumplimiento de las garantías y derechos de las personas.

Durante esta investigación utilizare los siguientes métodos: El Método Inductivo, Analítico, Deductivo y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido, en cambio el método

deductivo, parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación con el problema a investigar por cuanto me permite estudiarlo en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método deductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares. El método científico, me permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

6.2. PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS

La fase de la investigación, corresponde analizar el campo de acción a estudiar, el que estará determinado por la problemática en cuanto a garantizar a las personas su integridad física, así como el precautelar los bienes tanto públicos como privados. Se contará con la colaboración de funcionarios y empleados del sector público, como del sector privado, respecto del sistema de garantías y derechos de las personas, la eficacia en cuanto a garantizar su desarrollo normal, en la integridad personal, a fin de garantizar cada uno de sus derechos como personas; y para llegar a determinar un análisis a las encuestas y entrevistas realizadas; llegando a establecer la verificación de los objetivos, y la contrastación de la hipótesis, de este contenido, fundamentare la Propuesta de Reforma Jurídica al Código Orgánico Integral Penal, arribando a las conclusiones, recomendaciones; y la propuesta jurídica a reformar.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la

investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la Graduación de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente a la Modalidad de Estudios a Distancia, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

7. CRONOGRAMA.

		AÑO 2016-2017				
Tiempo		Octubre	Noviembre	Diciembre	Enero	Febrero
Actividades						
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio		X				
Elaboración del Proyecto de Investigación y Aplicación		X				
Desarrollo del Marco Teórico De la Tesis			X			
Aplicación de Encuestas y Entrevistas			X			
Verificación y Contrastación de Objetivos e Hipótesis			XX			
Planteamiento de Conclusiones y Recomendaciones				XX		
Presentación del Borrador de la Tesis					X	
Presentación del Informe Final						X

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

8.1. Recursos Humanos

- ✓ **Alumno:** Jorge Horacio Bravo Mendoza
- ✓ **Docente:** Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Müller.
- ✓ **Entrevistados:** Abogados en Jurisprudencia; Funcionarios del Consejo de la Judicatura de Portoviejo en un total de 5.
- ✓ **Encuestados:** Abogados en Jurisprudencia; Funcionarios del Consejo de la Judicatura de Portoviejo, en un total de 30.

8.2. Recursos Materiales y Costos

Materiales	Valor
Libros	800,00
Hojas	100,00
Copias	50,00
Internet	50,00
Levantamiento de texto, impresiones y encuadernación	400,00
Adquisición de Equipo de Computación (Lapto)	1500,00
Imprevistos	600,00
Total	3.500,00

8.3. Financiamiento.

Los gastos presentados en el presente Trabajo de Investigación los Financiare con recursos propios, o lo financiare con un Crédito Educativo

9. BIBLIOGRAFIA

- ✓ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.
- ✓ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.
- ✓ CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario Jurídico Elemental. Ed. Omega. 2010.
- ✓ Sabiaga, Esteban M. (2007); "Criminalización de la protesta social. Un enfoque de los contextos de justificación", Derecho Penal Online.
- ✓ Argentina: recrudescimiento de la criminalización de la protesta social, FIDH, 28 de septiembre de 2004.
- ✓ Nadra, Yamilé (2004), Informes especiales: Argentina, entre el drama social y el debate jurídico-político. La criminalización de la protesta social (I), Argenpress, 1 de noviembre de 2004.
- ✓ Acevedo, A. (s.f.). *El proceso de la entrevista*. Limusa, Noriega Editores.
- ✓ Alvarado, E. (04 de 05 de 2016). DICCIONARIO CRÍTICO DE CIENCIAS SOCIALES. Madrid, España.
- ✓ *COLECCIÓN NUEVO FORO DEMOCRÁTICO*. (s.f.). Buenos Aires: Ciepp. Miño y Dávila Editores.
- ✓ Dávila, M. y. (s.f.). *Colección Nuevo Foro Democrático*. Buenos Aires: Ciepp. Miño y Dávila Editores.
- ✓ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO. (1789).
- ✓ Izquierdo, A. E. (s.f.). *INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA*. Loja-Ecuador. Editorial Cosmos.
- ✓ León, M. (6 de Junio de 2016).
- ✓ López, P. (04 de Mayo de 2004). LA OBEDIENCIA AL DERECHO: APROXIMACIÓN METODOLÓGICA. Madrid, España.

11.2. Modelo de Encuesta

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

Encuesta dirigida a Profesionales del Derecho; Funcionarios del Consejo de la Judicatura de Manabí.

1. ¿Conoce Usted, si la Constitución ecuatoriana contempla los derechos a la protesta social y resistencia?

Si () **No** ()

2. ¿Considera usted que el Código Orgánico Integral Penal contiene disposiciones que limitan el derecho a la protesta y el derecho a la resistencia?

Si () **No** ()

3. ¿Considera usted que para eliminar o neutralizar el derecho a la resistencia se ha recurrido a la criminalización de la protesta?

Si () **No** ()

4. ¿Considera usted que los casos de criminalización de la protesta constituyen potenciales casos de violación a los derechos humanos?

Si () **No** ()

5. ¿Cree usted que es necesario una reforma de Ley, a fin de incluir como una circunstancia agravante, si la víctima del delito cometido

padece cualquier tipo de discapacidad física o mental, el Estado estaría garantizando la seguridad jurídica y la prevención de la misma?

Si () **No** ()

Gracias por su colaboración

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN.....	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
1.- TÍTULO.....	1
2.- RESUMEN.....	2
Abstract.....	4
3.- INTRODUCCIÓN.....	5
4.- REVISIÓN DE LITERATURA	8
5. MATERIALES Y MÉTODOS	88
6.- RESULTADOS	90
7.- DISCUSIÓN	95
8.- CONCLUSIONES	98
9.- RECOMENDACIONES.....	100
9.1. Propuesta de Reforma.....	101
10.- BIBLIOGRAFÍA	104
11.- ANEXOS.....	105
ÍNDICE.....	127