

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**El derecho a la resistencia como límite a la criminalización de la
protesta social**

Estudio de caso “Estudiantes del Colegio Central Técnico”

Polivio Honorio Meneses González

Tutor: Ramiro Fernando Ávila Santamaría

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Polivio Honorio Meneses González, autor de la tesis intitulada “El derecho a la resistencia como límite a la criminalización de la protesta social. Estudio de caso ‘Estudiantes del Colegio Central Técnico’”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. a 23 de mayo de 2019

Polivio Meneses González

Firma:

Resumen

El derecho a la resistencia es uno de los derechos fundamentales más importantes del ser humano. El constitucionalismo contemporáneo, al igual que la Constitución del Ecuador, establecen el derecho a la resistencia y lo definen como una de las pocas garantías constitucionales que las personas pueden ejercer sin la intermediación institucional del Estado, es decir, una garantía constitucional extra-institucional. El objetivo de este tipo de garantías es la tutela directa de los derechos fundamentales por parte de sus propios titulares.

Ahora bien, las coyunturas políticas, económicas y sociales y los conflictos humanos que estos provocan en algunas ocasiones, no pueden ser solucionados institucionalmente y las personas se ven en la necesidad de acudir a recursos extra-institucionales (protesta social) para visibilizar sus necesidades y finalmente evitar la vulneración o el reconocimiento de un derecho que el Estado o un particular ha vulnerado o se resiste a reconocer.

En este sentido, el derecho penal es utilizado como un instrumento de represión para solucionar el conflicto aplicando una sanción. Sin embargo, el derecho penal es un medio para reducir el poder punitivo del Estado que, aplicando la teoría del delito como sistema de garantías del ciudadano, permiten una aplicación racional de la sanción.

El objetivo de este trabajo es justificar que el derecho a la resistencia es un derecho fundamental y una garantía extra-institucional para proteger los derechos esenciales del ser humano, pero también es un límite para la criminalización de la protesta social, pues una vez que de forma transversal se ha utilizado el saber de la ciencia penal para racionalizar el castigo de los actos de resistencia que se consideran como delito por la norma penal, la conclusión inevitable, tomando en consideración los fines del derecho penal, es que el ejercicio de los derechos fundamentales nunca podrán ser considerados como delitos, bajo pena de convertir el Estado de derecho en un sistema autoritario.

Palabras clave: protesta social, criminalización, derechos fundamentales, garantías extra-institucionales, teoría del delito.

A Diana y Felipe, por su amor, paciencia y apoyo infinitos

A mis padres, hermanos y sobrinos, mi pilar fundamental

A mis maestros de clase, de vida y de lecturas

Tabla de Contenidos

Introducción.....	11
Capítulo primero. El derecho a la resistencia	17
1. El deber de obedecer	17
2. Antecedentes históricos del derecho a la resistencia.....	21
3. Obligación jurídica y obligación política de obedecer las leyes	28
4. El derecho a la resistencia: derecho fundamental y garantía constitucional	31
5. El derecho a la resistencia en el Ecuador	37
6. Ámbitos de la resistencia.....	38
6.1. Ámbito temporal	38
6.2. Cuando se ha vulnerado el derecho. Diferentes escenarios	40
7. Elementos del derecho a la resistencia	41
7.1. El titular del derecho a la resistencia	42
7.2. El obligado en el derecho a la resistencia	42
Actos u omisiones sobre los que se puede resistir	44
Capítulo segundo. Criminalización de la protesta social. Análisis de caso.....	49
1. Caso de los estudiantes del Colegio Central Técnico	51
1.1 Antecedentes	51
1.2 Los hechos	52
2. Análisis dogmático penal del caso	64
2.1 Justificación	64
2.2 Tipicidad	67
Tipicidad Objetiva	71
Tipicidad subjetiva.....	80
3. La antijuridicidad	81
3.1. La antijuridicidad formal	82
3.2. La antijuridicidad material	94
4. La culpabilidad.....	95
5. Resultados procesales.....	98
6. ¿Cuál era la tutela adecuada? Lo que sí debió hacer el Estado	101
7. Consideraciones finales.....	104
Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	111

Introducción

Nuestra sociedad actual se ha caracterizado por la exclusión e invisibilización de ciertos grupos, con la consideración de que existen personas cuyos derechos pueden ser violentados sin que se produzcan consecuencias. La dignidad de las personas no tiene cabida en una sociedad globalizada, cuyo norte es la acumulación del capital y la funcionalización del ser humano a estos ideales mercantiles. El aumento de la pobreza y de la distancia entre quienes no tienen nada y de aquellos quienes tienen lo necesario o mucho más, ha producido una polarización de necesidades e intereses. Quienes más tienen buscan paralizar el estado de las cosas, mientras quienes están del lado opuesto, exigen que, por lo menos, sus necesidades básicas sean satisfechas.

Tomando aquello en consideración, la Constitución de 2008 buscó establecer un nuevo Estado cuyos fines fundamentales fueran los derechos y la justicia, una sociedad que respete la dignidad de las personas y de las colectividades.¹ Con ese propósito, esta Constitución establece garantías que pueden ser utilizadas para acudir al ámbito institucional² a hacer valer los derechos de esos grupos oprimidos, para que el Estado pueda acortar las distancias de inequidad, desigualdad e injusticia entre los ciudadanos. Estas garantías son variadas y persiguen fines distintos, entregando al ciudadano algunas alternativas para conseguir visibilizarse y exigir sus derechos.

La problemática surge cuando esas salidas institucionales no son eficaces para garantizar los derechos y los grupos humanos quedan en la indefensión. Muchas son las razones que llevan a los grupos de ciudadanos a no intentar la interposición de una acción institucional o a desistir de una ya iniciada, especialmente cuando intuyen o saben que sus esfuerzos pueden ser vanos: cuando la justicia no ha sido oportuna o eficaz y, sobre todo, porque evidencian que la utilización del poder público está al servicio de intereses que no son de los ciudadanos, sino de grupos o élites ajenos a ellos.

Cuando nuestros pueblos se han encontrado ante una encrucijada parecida, la única salida ha sido ejercer la resistencia al poder de una autoridad estatal, con la finalidad de tutelar un derecho que de otra forma no podrá ser protegido. Esta ha sido la

¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, preámbulo.

² Cuando me refiera al ámbito institucional, en adelante, estaré pensando en, lo que la Constitución llama, *los órganos del poder público*, con poder de decisión sobre los asuntos de las personas o colectividades y sus derechos.

valiosa tradición legada en el Ecuador. Muchos pueden ser los ejemplos de levantamientos, marchas, paralizaciones, huelgas, entre otros, que responde a una lógica de desobediencia al derecho, pero de obediencia a la racionalidad y a la justicia, y que a su vez se configura como un derecho, que debe ser protegido y tutelado por el Estado. Este será el tema de nuestro primer capítulo, el derecho a la resistencia.

La resistencia ha sido producto de un pensamiento político y filosófico tan antiguo como el mundo occidental y su contenido fue perfeccionado en la Ilustración, madre intelectual de las primeras constituciones y declaraciones de derechos humanos. Su premisa principal buscaría entender al derecho como un instrumento de protección del ser humano frente al Estado y de una asimilación de legítima defensa en contra de quien, asumiendo un puesto de dirección, utilice al derecho para un fin opresivo hacia el ciudadano, distinto a su idea primigenia de protección de derechos.

El art. 98 de la Constitución establece el derecho a la resistencia en el Ecuador, dentro del capítulo sobre la organización colectiva para la participación en democracia, delineando los sujetos que pueden resistirse, así como a los sujetos contra quien se puede resistir y finalmente los casos en los que se puede resistir.³

El derecho a la resistencia es un derecho fundamental del ser humano, pues parte de la dignidad humana y bosqueja a un ser humano con poder de autodeterminación y no funcionalizado a un sistema político o jurídico, con la obligación de oponerse a quien incumpla su deber de protección de derechos. El derecho a la resistencia también es una *garantía social*,⁴ la única garantía constitucional, *no institucional*, de interpretación directa de la Constitución por parte de los ciudadanos. Cuando ha fallado o podría fallar todo recurso para proteger un derecho, la resistencia es la única garantía de aplicación directa de la Constitución, ejemplo perfecto del ejercicio de la democracia participativa.

El derecho a la resistencia es una unidad, aunque por sus fines puede ser considerado en dos grupos bien definidos. Por un lado está a la resistencia con fines de participación ciudadana, en cuyo listado se encuentra a la desobediencia civil, la objeción de conciencia y la protesta social. Este tipo de resistencia persigue una visibilización de los conflictos sociales que las personas o comunidades poseen. Por otro lado, está el derecho a la resistencia con fines de rebelión, entre las que se encuentran la rebelión, la revolución o la subversión, cuya característica principal es que

³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 98.

⁴ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías* (Madrid: Editorial Trotta: 2207), 112.

persigue el derrocamiento del gobierno. De las dos, este trabajo se centrará en la resistencia para visibilizar personas y derechos, pues su ánimo no es revolucionario. Dentro de este subtipo de resistencia, se tratará la protesta social y la desobediencia civil, a las cuales se dará un tratamiento parecido por tener varias características en común.

Sin embargo, el verdadero objetivo de esta tesis es comprobar si el derecho a la resistencia, en tanto derecho y garantía constitucional, puede ser un límite para la criminalización de las conductas que se realizan en ejercicio de un derecho como este. Para ello se trazará una vía de relación de este derecho y garantía con la teoría del delito, garantía fundamental contra la incriminación arbitraria en el Estado de derecho, analizando con cada una de sus categorías dogmáticas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) en qué lugar y cómo ejerce su función de dique⁵ que contiene el poder punitivo del Estado.

Existen en un Estado dos tipos de criminalización. Una de ellas, llamada primaria, se ejerce en el ámbito legislativo, el que, conforme a varios parámetros, establece qué conductas que son prohibidas en la norma penal. La otra, denominada secundaria, es ejecutada por las agencias penales, como la policía, fiscalía y judicatura, quienes tomando en consideración lo definido por la norma penal, seleccionan de entre la población a las personas que serán llevadas ante estas agencias penales. En este juego el derecho penal funciona como un límite al poder punitivo del estado, impidiendo que aquel no rebase, sin motivación suficiente, las fronteras de los derechos fundamentales.⁶

El derecho penal, en un Estado de Derecho, para no ser arbitrario, debe reconocer una función de protección de bienes jurídicos. Para realizar esta tarea, se ha creado ciertos filtros, como el principio de mínima intervención, principio de legalidad, principio de culpabilidad, entre otros, los cuales discriminarán las conductas que son relevantes para el derecho penal de aquellas que no lo son y no deben ser intervenidas por el Estado. Lamentablemente, en ocasiones, estos límites son sobrepasados por el derecho penal, desnaturalizando su función y utilizándolo con otros fines distintos, especialmente como arma de persecución a quien piensa distinto.

Estos límites son sobrepasados de forma intencional por las agencias penales con bastante regularidad, buscando réditos políticos, económicos o como forma de reafirmar

⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2008), 64 y 65.

⁶ *Ibíd.*, 11 y 12.

o conservar el poder de una persona o grupo. Quien tiene el poder delinea el perfil del *enemigo* y hace uso de las agencias estatales de criminalización secundaria para perseguirlos. Al final, el poder, armado con el discurso del derecho penal de autor, prohibido en nuestra norma,⁷ se sobrepone a los actos que las personas seleccionadas realizan y aplica su fuerza sobre ellos, sin ninguna racionalidad.

Esta tesis se propone mostrar que una adecuada tutela del derecho y garantía de la resistencia permite garantizar derechos constitucionales de gran valor para las personas que acuden a una salida no institucional para reclamar sus derechos. Así mismo, una vez que al derecho y garantía de la resistencia se lo hace transitar de forma transversal por la teoría del delito, imposibilita la criminalización de quienes se resisten, pues el ejercicio de un derecho constitucional para precautelar otros derechos, no puede ser criminalizado.

Para concluir nuestro trabajo, se expone un caso ocurrido hace algunos años en la ciudad de Quito. En el año 2013, algunos estudiantes del Colegio Central Técnico realizaron una manifestación fuera del edificio de su institución por el cambio de nombre de su colegio, que implicaba la pérdida de horas de clases técnicas y la imposición de un bachillerato general unificado que les impedía trabajar cuando se graduaran. Ese día, 22 de febrero de 2013, varios estudiantes fueron aprehendidos por la policía luego de la protesta. Se habían causado daños en la propiedad privada y pública, incluyendo seis motocicletas policiales. Doce de los más de cincuenta alumnos aprehendidos habían cumplido la mayoría de edad y fueron llevados a la Unidad de Flagrancia de Quito, donde fueron procesados por el delito de rebelión.

Luego de un proceso irregular, en el que se presume manipulación política de la justicia y la aplicación desproporcionada de un delito que no se debía imputar, los doce estudiantes fueron condenados por la infracción atribuida. Esta sentencia fue confirmada en segunda instancia y el recurso de casación presentado por los estudiantes fue rechazado por la Corte Nacional de Justicia. Se había criminalizado a un grupo de estudiantes por manifestar, por resistirse a los policías que no permitieron que su descontento por el anuncio realizado se muestre a la opinión pública.

El análisis del expediente judicial y sus principales elementos, permitirá concluir que los hechos de 22 de febrero de 2013 se identifican con un acto de resistencia, en

⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, Exposición de motivos.

primer punto, a la resolución del Ministerio de Educación de cambio de nombre de su colegio, y luego de resistencia a la policía que impedía que el ejercicio de su legítimo derecho a manifestarse se exteriorice. La Policía Nacional incumplió su mandato constitucional de garantizar los derechos de los ciudadanos al reprimir a los estudiantes, lo que fue legitimado por la Fiscalía General del Estado con total falta de objetividad en sus labores y perpetuado por la Función Judicial, contrariando la única función para la que existe: proteger y garantizar los derechos de las personas.

El análisis de este caso a través de la teoría del delito, será el contenido de nuestro segundo capítulo. En último término, y a guisa de tercer capítulo, se establecerán algunas conclusiones y recomendaciones sobre los temas tratados.

Por último, la mayor parte de la información recopilada por este trabajo se extrajo del expediente judicial. Al momento de discriminar la información relevante se usa como una suerte de filtro las resoluciones judiciales de instancia, pero en especial la contenida en la sentencia de la etapa de juicio, debido a que es en esta parte, el juicio oral, donde se reproduce la prueba y se obtiene la materia prima que el Tribunal de Garantías penales utiliza para tomar su resolución motivada. Debido a la reestructuración física de las judicaturas y tribunales, sumado a que el expediente estuvo en manos de varias jueces, tribunales y cortes por la evolución procesal del caso y la interposición de recursos, la recopilación del expediente fue dificultosa, además que la coordinación administrativa del Tribunal de Garantías de Pichincha, ante varias peticiones de copias del mismo, se negó por no considerar adecuado la entrega de aquellas a una persona que no comparecía como sujeto procesal, lo que fue superado después de varios esfuerzos. Por otro lado, el expediente elaborado por la Fiscalía es un expediente con una extensión muy superior al analizado por nosotros. Los cuerpos o carpetas del expediente fiscal no solamente reproducen una y otra elementos de convicción que luego serían actuados en juicio, versiones y ampliaciones de versiones de testigos que comparecen a la audiencia de juzgamiento, los informes de pericias, así como sus ampliaciones o aclaraciones, entre otros casos similares, sino que se encuentra atiborrado de documentación perteneciente a la tramitología común de las investigaciones fiscales y que se considera que no son necesarias para esta investigación, por lo que, a pesar de haberlo revisado, no ha sido tomado en consideración.

Para terminar, se debe admitir que esta investigación tiene muchas limitaciones. La primera y más grande de aquellas es el hecho de que mucha información importante no se encuentra en el expediente y que su fuente es documental más que humana.

Inmediatamente después de verificar el fallo de la Corte Nacional desechando el recurso de casación interpuesto por los alumnos, me acerqué a algunos de los jueces y fiscales que conocieron la causa, pero lamentablemente todos se excusaron a conceder una entrevista cuando se les advirtió sobre el tema de la investigación pues eran conscientes que de llegar lo dicho por ellos a conocimiento de altos mandos de sus respectivas instituciones, podrían sufrir consecuencias negativas. Por nuestra parte, se considera que también en el fondo se trataba de no admitir que posiblemente algunas de las resoluciones tomadas por ellos no eran jurídicamente adecuadas y pudieron haber respondido a *otras* motivaciones. En ese sentido, el único funcionario que amablemente concedió una entrevista fue el Dr. Borman Peñaherrera, fiscal que se abstuvo de acusar a los muchachos del Central Técnico y cuya decisión fue revisada para poder llevarlos a juicio. El Dr. Peñaherrera admite en su entrevista que recibió “recomendaciones” del poder ejecutivo para acusar a los alumnos, pero que prefirió abstenerse, sosteniendo que al haberse investigado una protesta estudiantil, multitudinaria, no se pudo verificar quién o quienes atacaron o se resistieron a la autoridad pública,⁸ razón tan válida que no puede sino ser analizada por nosotros con más detenimiento en la segunda parte de nuestro trabajo.

En cuanto a los estudiantes y a sus padres, la mayor parte de ellos no han podido ser localizados, pues la información entregada en sus testimonios ha cambiado y, en el caso de haber sido ubicados, han preferido mantenerse al margen de cualquier asunto que tenga relación con lo sucedido en el año 2013 en el ámbito judicial y han indicado que en sus testimonios han referido todo lo que pasó durante la protesta y en su detención. Con estas advertencias, se pasa al desarrollo del tema para cumplir los objetivos planteados más arriba.

⁸ Borman Peñaherrera, entrevistado por el autor, 21 de noviembre de 2018. Para leer entrevista completa ver anexo 1.

Capítulo primero. El derecho a la resistencia

En el capítulo que iniciamos desentrañaremos el derecho a la resistencia. En primer punto se considerará a la obediencia como un derecho de los antiguos sistemas políticos occidentales y las formas en que esa obediencia se manifestaba en los ámbitos religiosos, políticos y legales. Después, se realizará un recuento histórico del derecho a la resistencia desde su apareamiento en la Ilustración hasta su desvanecimiento legal en el siglo XX. Finalmente, expondremos el derecho a la resistencia como un derecho fundamental y como garantía constitucional (extra-institucional), analizando para ello el art. 98 de nuestra Constitución, donde se establece este derecho, para su posterior aplicación al caso concreto.

1. El deber de obedecer

En esta primera parte se analizará al deber de la obediencia como antecedente del derecho a desobedecer y a resistirse. El derecho a obedecer es una necesidad de las instituciones, en especial del Estado, que permite ejercer el control social sobre la población. En efecto, el control social está ejercido por el “aparato institucional del poder público [...] como] un conjunto de valores, normas e instituciones que determinan e influyen en el comportamiento de los demás.”⁹ De esta manera, el control social ejerce una función de supervisión y de orientación del comportamiento de las personas.

Ahora bien, no se puede hablar de control social sin la existencia del poder, es decir, “la probabilidad de imponer la propia voluntad”,¹⁰ que se manifiesta por parte de quienes ejercen la dominación de unas sobre otras personas. De esta forma, Max Weber, sociólogo alemán, definió a la dominación como “probabilidad de encontrar obediencia a un mandato”,¹¹ y ese mandato se manifiesta a través de tres diferentes tipos de dominación. Uno de los estos tipos de dominación es la carismática, basada en la confianza en valores como la santidad, el heroísmo o la ejemplaridad de quien ejerce esa dominación; así también la dominación legal, “cuya legitimidad reside en el valor

⁹ Ramón Soriano, *Sociología del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 1997), 318.

¹⁰ Max Weber, citado en Ramón Soriano, *Sociología del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 1997), 109.

¹¹ *Ibíd.*, 109.

otorgado a las reglas generales establecidas por la sociedad, y representadas por quienes ejercen el poder en virtud de los procedimientos contenidos en dichas reglas.”¹²

Ahora bien, dentro de lo que Weber denominó como la dominación carismática, la historia de la cultura occidental recogió en su seno al cristianismo, forma de poder político para controlar a las personas. El catolicismo pretendió dominar al ser humano tanto en su cuerpo como en su mente, su función fue internalizar la visión de obediencia hacia cualquier mandato religioso. La resistencia a las órdenes de la autoridad estaba proscrita y el debate sobre los preceptos religiosos estaba prohibido. La obediencia era la regla.

Es indiscutible que uno de los factores determinantes que marcaron la historia del pensamiento occidental fue el apareamiento del cristianismo, pues su concepción, nacimiento y desarrollo determinaron los fundamentos de la forma en que se concibe el poder y la autoridad, al menos en Occidente y en sus regiones de influencia. El pensamiento mágico y sobrenatural apareció mucho antes que la filosofía occidental y siempre estuvo en pugna con el pensamiento racional o científico, y con la construcción de su método. El pensamiento judeo-cristiano se empeñó en monopolizar todo, desde la vigilancia en pequeños hasta el control absoluto del pensamiento y el espíritu.¹³ Esta religión inventó el concepto de hereje,¹⁴ como el opositor de la doctrina (dogma)¹⁵ cristiana e instituyó a la Inquisición para perseguirla.

Previo al apareamiento del cristianismo, existían religiones paganas, pero estas, a diferencia de aquella, eran parte de las instituciones oficiales que mantenían la

¹² *Ibíd.*, 109.

¹³ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Derecho penal de la Edad Media* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 25.

¹⁴ Proviene de la expresión *airesis* que significa elección u opinión elegida. La connotación peyorativa, equivalente a sectario lo habría de imprimir el cristianismo en la posteridad. Lynn Picknett y Clive Prince, *La revelación de los templarios* (Madrid: Ediciones Madrid Roca, 2004), 117 y 123 citado en Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Derecho penal de la Edad Media* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 61. Los alcances del *otro*, del *enemigo*, del *diferente* ya se hacían sentir con el apareamiento del hereje, quien básicamente era aquel que pensaba y tenía una vida diferente, lo que automáticamente debía ser criminalizado.

¹⁵ Existen dos acepciones de *dogma*: en el ámbito religioso su sinónimo más próximo es *verdad*, filosóficamente es *opinión*, opinión filosófica acerca de los principios. José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, (Barcelona: Editorial Ariel, 2012), I: 929. “La creencia religiosa se caracteriza por su pretensión de ser *indiscutible*, no sometida a controversia ni a modificación ulterior, cimentada en algo situado más allá de la comprensión humana y cuya revelación proviene del pasado venerable”. Fernando Savater, *Diccionario filosófico* (Barcelona: Editorial Ariel, 2007), 16. “Si hay algo seguro en nuestros conocimientos es la verdad de que todos los conocimientos actuales son parcial o totalmente equivocados. [...] La experiencia realizada hasta el presente ha mostrado que viejas teorías que constituían Dogmas han resultado ser Equivocaciones.” Ernesto Sabato, “Uno y el Universo”, en *Obra completa: Ensayos* (Buenos Aires: Seix Barral, 2007) 37 y 38.

cohesión y armonía sociales, iban dirigidas a lo exterior y sus actos de culto eran vistas como un deber cívico. Hasta finales del siglo III e inicios del IV, ya en la decadencia del Imperio Romano de Occidente, existía un amplio respeto por las creencias y dioses no oficiales, siempre y cuando se hiciera reverencia a los dioses romanos, sin importar lo que las personas pensarán en su interior y exteriorizarán en privado.

A partir del año 325 el emperador Constantino prohíbe los ritos paganos e instauro la religión cristiana como oficial en el Imperio Romano. Este florecimiento no se detendrá hasta el siglo V, cuando el cristianismo ya no solo era la religión oficial sino también la única. Esto habría de destruir el pensamiento libre e individualista del pagano, reemplazándolo por un pensamiento que castigaba la individualidad y la negaba.

Al mismo tiempo, la tradición hebrea habría de colarse entre las nuevas enseñanzas del creciente sistema cristiano, imponiendo su tradición en algunos aspectos, entre los que se puede resaltar que (a) la religión estaba por encima del rey, quien no podía dictar la ley, pues ésta, por sí misma, era inmodificable, de cumplimiento inexorable y tenía procedencia cósmica; (b) la religión y la política eran inseparables, habiendo prevalencia de esta sobre aquella; (c) en una etapa avanzada, la religión tenía carácter universal, abarcando a toda la raza humana –incluyendo a no creyentes y a sus enemigos–, pues prometía salvación y la recompensa de la vida eterna, siempre y cuando obedecieran irrestrictamente su ley y cumplieran con el deber de fidelidad a *Yavé*.¹⁶

En este sentido, se aceptaba a la ley como una guía de conducta justa, debiendo *obedecer* su espíritu de todo corazón, lo que revelaba, al contrario de las religiones paganas, el carácter interior de la religión hebrea, que presionaba intensamente al individuo con una multitud de mandatos y prohibiciones, convirtiendo al creyente en un religioso permanente. Sin embargo, a diferencia del judaísmo, el cristianismo era la religión de la salvación universal y ofrecía con ello la vida eterna, imponiéndose la ley judeocristiana a nivel interior del individuo como voluntad, y por lo tanto, con superioridad absoluta y absoluta subordinación.¹⁷ La ley estableció un totalitarismo del espíritu.

¹⁶ Gómez Pavajeau, *Derecho penal de la Edad Media*, 40 y 41.

¹⁷ *Ibíd.*, 42.

Como consecuencia de lo mencionado, es fácil colegir por qué el derecho, la religión y la moral se confundían, convirtiendo al pecado y al delito en un ente de la misma especie,¹⁸ cuya consecuencia lógica era un castigo.

Sin embargo, lo que aquí interesa es la motivación que la ley puede producir en un individuo, la que, en el cristianismo, descansaba sobre la *fe*. La fe era el único instrumento de salvación y estaba en el interior del individuo, quien voluntariamente obraba con virtud, convencido en el placer de la bondad, pues de lo contrario sería condenado a una eternidad de sufrimiento, sobre todo por su mala conciencia, aún ni siquiera exteriorizada.¹⁹

En definitiva, la obediencia ciega e irrestricta a la ley por parte de los ciudadanos antes de la Ilustración respondía esencialmente al temor de Dios,²⁰ internalizado en las personas, pues a la ley correspondía un acto de obediencia a la autoridad de Dios²¹ y toda desobediencia era un acto de rebeldía a la divinidad, una *herejía*. La autoridad humana fue quien aprovechó el dogma cristiano para reducir a las personas a la obediencia, obtener súbditos sumisos y ejercer el totalitarismo en todos los ámbitos de la vida social. El control social y humano ejercido por la religión e institucionalizado en la Iglesia dejó a oscuras al mundo occidental por siglos y apagó la luz de la desobediencia en todos los ámbitos.

Con posterioridad, la religión entraría en una crisis que implicaría una desacralización de la ley y la subsiguiente búsqueda del poder de nuevas formas de

¹⁸ El contenido de la antijuridicidad de los delitos/pecados es la ofensa a Dios, que funge como el actualmente conocido *principio de lesividad*, manifestado en la antijuridicidad material. *Ibíd.*, 60.

¹⁹ Santo Tomás de Aquino enseñaba que “el reino de Dios consiste principalmente en actos interiores”, debiéndose obrar por virtud, es decir, por voluntad y placer, pues “quien obra los actos de virtud con tristeza no lo hace voluntariamente [y...] Dios reclama no solo la mitad de la voluntad, sino su totalidad. Él exige no solo lo externo controlable, sino también lo interno-incontrolable, el corazón del hombre”. Santo Tomás de Aquino, “Sobre el contenido de la Ley Nueva” y “Sobre los preceptos morales de la Ley Antigua” en Tratado de la ley citado en Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Derecho penal de la Edad Media* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 44.

²⁰ Es de gran significancia el alcance político del *miedo* cuando de obligar a la gente a obedecer se trata. Históricamente la superstición, la fantasía y la desinformación han podido más que la evidencia de la realidad, la filosofía y la ciencia, ventajas que han sido aprovechadas por grupos de poder para dominar a otros grupos menos aventajados.

²¹ Que todos se sometan a las autoridades que nos dirigen. Porque no hay autoridad que no venga de Dios, y las que existen han sido establecidas por Dios. Por eso el que se rebela contra la autoridad se pone en contra del orden establecido por Dios, y el que se resiste se prepara para su propia condenación. En efecto, el que tiene miedo a las autoridades no es el que obra bien, sino el que se porta mal. ¿Quieres no tenerles miedo a las autoridades? Obra bien y ellas te felicitarán. Están al servicio de Dios para llevarte al bien. En cambio, si te portas mal, ten miedo, pues no en vano disponen de las armas, y están al servicio de Dios que juzga y castiga al que se porta mal. Es necesario obedecer: no por miedo, sino en conciencia. Pablo, “Carta a los Romanos”, en *La Biblia*, edición de Bernardo Hurault y Ramón Ricciardi (Madrid: Editorial Verbo Divino, 1994), 247 y 248.

dominación. Para ese entonces las ideas del positivismo jurídico habían comenzado un proceso de secularización del derecho, que culminarían con las ideas de la ilustración²² y por lo tanto en una divinización de la ley escrita, la que se convertiría en el nuevo dios del ciudadano de los nuevos Estados europeos.

A pesar de las ideas de los ideólogos de la Ilustración, la ley también es un tipo de dominación, más aún cuando la nueva y dominante clase burguesa buscaba posicionar sus intereses en el manejo público, con políticas que favorezcan el libre intercambio y comercio, y sobre todo por su intención de proteger la propiedad sobre cualquier otro bien jurídico. La obediencia a la ley, independientemente de su contenido, era el ideal máximo del hombre del Estado moderno, y la sanción, ya sea penal, civil o administrativa, sería el nuevo instrumento de sometimiento a la obediencia.

Por otra parte, el poder en el Estado moderno se oculta a la sociedad, manteniendo la apariencia de que es el pueblo quien ostenta el poder a través de la autoridad civil. En la realidad el acceso al poder es demasiado limitado a cualquier persona sino es a través de los partidos políticos o el poder económico. Sin embargo, la legitimidad del ejercicio de control social por parte de ciertas élites solo es posible a través de la ilusión de la democracia, del poder en manos del pueblo y su representatividad en cabeza de la autoridad elegida a través del voto.

Como se verá en el próximo capítulo, a pesar de la inevitable dominación de unos hombres sobre otros y de sus ideas rígidas sobre la ley, del derecho como el mejor instrumento de control social mediante la coacción, la Ilustración también permitió el apareamiento de nuevas ideas, sobre todo en cuanto a la resistencia.

2. Antecedentes históricos del derecho a la resistencia

El deber a obedecer rigió durante siglos en la humanidad. Bajo su seno la sociedad tendía a sistemas totalitarios, con instituciones jerarquizadas y disciplinadas, con un alto grado de control en todas las esferas. En contraposición a estas ideas, el derecho a la resistencia se consolidaría en la Edad Moderna gracias al iusnaturalismo racionalista y contractualista desarrollados por la Ilustración.²³

²² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 215.

²³ La característica definitiva de la Ilustración es su optimismo en el poder de la razón y la posibilidad de reorganizar a fondo la sociedad a base de principios racionales. Uno de sus propósitos fue

El ideal de construir un sistema de gobierno justo, “una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que así mismo y quede tan libre como antes”,²⁴ fue la idea central de Jean Jacques Rousseau, expuesta en su obra *El Contrato Social*. Rousseau apuntó que la voluntad general y la voluntad particular, una vez convenido el contrato social, es una sola y, por lo tanto, que el Estado no puede cometer injusticias.

Sin embargo, aceptando que ninguna asociación humana es perfecta, otros pensadores de la época tomaron sus precauciones. El filósofo inglés Thomas Hobbes, en su obra *Leviatán*, explica que el derecho natural o *jus naturale* consiste en la libertad que tienen todas las personas para usar su propio *poder* para preservar su naturaleza. Todos los seres humanos poseen derechos innatos, los cuales se transfieren *parcialmente* para que los gestione el Estado. La finalidad de este traspaso es que el individuo pueda conseguir seguridad para sus bienes personales y jurídicos. Concluye Hobbes que un pacto que imposibilite a los ciudadanos a defenderse usando la fuerza, cuando el mismo instrumento es usado en su contra, no puede ser válido, pues ninguna persona puede ceder su derecho a tutelar los bienes que considera valiosos, sea la vida, la libertad o cualquier otro.²⁵

Como se dijo, el contrato social es un acuerdo de voluntades que establece obligaciones y contraprestaciones entre las partes que lo convienen. John Locke, en el *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, sugiere que cuando la autoridad ha quebrantado su obligación de protección al ciudadano, pierde el poder encomendado y el ciudadano puede *rescindir* el contrato social y adoptar la labor de protección de sus derechos. Según Locke, en estas circunstancias, al ciudadano se le otorga un derecho a la guerra para enfrentarse a quien ha irrespetado el derecho al margen del derecho.²⁶

aclarar los orígenes de los dogmas y de las leyes para llegar a una religión natural, igual en todos los hombres, a un deísmo que no niega a Dios, pero que lo relega a la función de creador o primer motor de la existencia. Por aquello, incluso la *razón* ya no era un atributo innato del alma, sino una facultad que se desarrolla con la experiencia, que puede transformar lo real y no se conforma con aceptar lo creado. José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, (Barcelona: Editorial Planeta, 2012), II: 1763.

²⁴ Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Justicia Material* (Madrid: Aguilar, 1979), 165 y 166.

²⁵ Thomas Hobbes, *Leviatán* (Madrid: Alianza Editorial, 2009), 119, 122 y 127.

²⁶ Jhon Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil* (Madrid: Aguilar, 1990), 16 y 18.

Los pueblos norteamericanos, franceses y latinoamericanos fueron los principales destinatarios del nuevo pensamiento político. Debido a la tradición monárquica de estas naciones, lo primero que acogieron fue el rechazo acérrimo al poder absoluto y sus arbitrariedades. Además, adoptaron la consigna de establecer una Constitución que legitime el poder de la autoridad, basado en el respeto irrestricto a los derechos de los ciudadanos. El resultado de todo aquello fue que se considerara absurdo que una autoridad fundada en el poder popular pudiera atentar contra los derechos de las personas que conformaban el contrato social.²⁷ El derecho y el poder de la autoridad de los nuevos regímenes de Estados Unidos, Francia y las nuevas naciones de Latinoamérica descansan sobre la legitimidad del poder del pueblo.

Con las experiencias históricas y políticas descritas, muchas constituciones del siglo XVIII establecieron al derecho a la resistencia como un derecho del ser humano. Siguiendo esta pauta, la sección 3 de la Declaración de derechos de Virginia de 1776²⁸ y el art. 2 de la Declaración francesa de 1789,²⁹ incluyen a la resistencia como un derecho natural e imprescriptible del hombre. En Latinoamérica, la Constitución de 1813 de la Banda Oriental “hizo referencia a la legitimidad del derecho a la resistencia en caso de que el gobierno fuera incapaz de asegurar el bienestar general y los derechos fundamentales”³⁰ y se fundamentó sobre el principio de igualdad y libertad del ser humano y en el derecho natural. Así también, la Constitución de Apatzingán, sancionada en México en 1814, por revolucionarios liderados por José María Morelos,

²⁷ Roberto Gargarella, “El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema”, en *El derecho a resistir el derecho*, ed. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005), 16 y 17.

²⁸ 3. That Government is or ought to be, instituted for the common Benefit, protection & Security of the people, Nation, or Community. Of all the various Modes & Forms of Government that is best, which is capable of producing the greatest Degree of Happiness & Safety, & is most effectually secured against the Danger of Mal-Administration; and that whenever any Government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a Majority of the Community hath an indubitable, unalienable, & indefeasible Right, to reform, alter, or abolish it, in such Manner as shall be judged most conducive to the public Weal. Library of Virginia, “The Virginia Declaration of Rights, June 12, 1776”, Library of Virginia, United States of America, 12 de junio de 1776. <http://edu.lva.virginia.gov/docs/VADeclaration.pdf>.

²⁹ “Article 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.” Francia Conseil Constitutionnel, “Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789”, *Conseil Constitutionnel*, accedido el 01 de octubre de 2018, parr. 4 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.

³⁰ Porque los hombres nacen libres e iguales y gozan de ciertos derechos naturales, esenciales e inalienables –entre ellos, el derecho de gozar y defender su vida y su libertad, el derecho a adquirir, poseer y proteger su propiedad y, finalmente, el derecho de demandar y obtener seguridad y felicidad- es deber [del gobierno] el de asegurar estos derechos... y si no pudiese alcanzar estos grandes objetivos, el pueblo tiene el derecho de alterar el Gobierno, adoptando todas las medidas necesarias para asegurar su seguridad, prosperidad y felicidad. Gargarella, “El derecho a la resistencia...”, 19.

invocó al “innegable derecho [popular de] establecer [...] alterar, modificar, o abolir totalmente al gobierno, cuandoquiera que ello sea necesarios para su felicidad”, como rezaba su artículo 4.³¹

Algunas constituciones contemporáneas de la segunda mitad del siglo XX también sancionaron en su constitución al derecho a la resistencia. De esta forma, el art. 50 de la Constitución italiana,³² las constituciones sancionadas en los años 1946 y 1947 por algunos estados alemanes como Assia, Bremen, Brandeburgo y Hessen,³³ el art. 20 de la Constitución portuguesa aprobada en 1976³⁴ y el art. 1 de la Constitución nicaragüense de 1978.³⁵

La normativa internacional también ha reconocido el derecho a la resistencia, en específico cuando la autoridad no respeta el derecho a la autodeterminación de los pueblos, derecho reconocido en el art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945³⁶ y en el artículo 1.1 común a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.³⁷

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ha incluido en su preámbulo el derecho a la rebelión, en el caso que un estado no respete los derechos humanos.³⁸ En el Derecho Internacional Humanitario, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra indica que los conflictos armados internacionales “comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los

³¹ *Ibíd.*, 19.

³² “[L]a resistencia a la opresión es derecho y deber del ciudadano”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 842.

³³ Estas constituciones aseguran la resistencia contra las “violaciones a la Constitución” o “de los derechos del hombre”, “contra las leyes que se opongan a la moral y la humanidad” o “contra el ejercicio anticonstitucional de los poderes públicos”. *Ibíd.*, 842.

³⁴ “El derecho de oponerse [...] incluso con la fuerza” a toda agresión contra los derechos fundamentales. *Ibíd.*, 842.

³⁵ “[E]l derecho del pueblo de defender con las armas en la mano la independencia y la autodeterminación nacional”. *Ibíd.* 842.

³⁶ Naciones Unidas, “Carta de las Naciones Unidas”, Naciones Unidas, accedido el 29 de octubre de 2018, parr. 3 <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-ix/index.html>.

³⁷ “Artículo 1 [...] 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.” Naciones Unidas, “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, Naciones Unidas, 23 de marzo de 1976, https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf.

³⁸ “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”. Naciones Unidas, “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

pueblos a la libre determinación”.³⁹ Lo referido en esta norma, permite colegir que el derecho internacional reconoce el derecho a la rebelión y a aquellos Estados que nazcan de una lucha armada contra un gobierno opresor.

A pesar de la crucial función del derecho a la resistencia, los cambios políticos ocurridos en el último siglo han significado su desaparecimiento gradual de las legislaciones nacionales. Una de las razones de su desvanecimiento es la extrema fragmentación del poder político. El poder, descentralizado de una o pocas personas a muchos grupos de poder, hizo difícil distinguir al opresor. Otra de las causas de su desaparición es la fragmentación social. La sociedad, hace muy poco tiempo, era homogénea, con escasas diferencias, pero en la actualidad somos una sociedad diversa, donde existen personas oprimidas y otras que procurarán que el *statu quo* se mantenga.⁴⁰

Si se acepta la utopía discursiva y legal que descansa en el derecho a una participación real en democracia –representativa, directa o sustancial-, el derecho a la resistencia parece haber perdido terreno frente a un sistema político que, conformado por la división de poderes, el *welfare state*, el estado de derecho, entre otros, garantizan que las decisiones tomadas por la sociedad reduzcan el riesgo de que el derecho degenera en un instrumento opresivo de los ciudadanos.⁴¹

En este sentido, Ferrajoli sostiene que en el Estado absoluto el derecho a la resistencia se justifica cuando el soberano violenta las obligaciones de protección a los súbditos que sancionaron el contrato social y el gobierno ha perdido parte de su razón teórica y significación axiológica. En cambio, el Estado social de derecho se caracteriza por una sujeción irrestricta a la ley y por prever la reparación para las violaciones a los derechos de los ciudadanos, así como la persecución, inclusive penal, de estos actos lesivos.⁴²

³⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, “*Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977*”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 8 de junio de 1977, art. 1.4, <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>.

⁴⁰ Gargarella, “El derecho a la resistencia...”, 27, 28.

⁴¹ *Ibíd.*, 29.

⁴² Ferrajoli, *Derecho y razón*, 811, 812, 841 y 842. Kant parte del contrato social y su manifestación por antonomasia: la Constitución. Contra la Constitución no puede haber ninguna oposición legítima de parte del pueblo, ya que fue la voluntad legisladora (la voluntad popular) la que hace posible un “estado jurídico” (de derecho). En consecuencia, es imposible que exista un derecho de insurrección (sedición), de rebelión contra la Constitución o algún otro atentado contra la autoridad encarnada en algún individuo o grupo de individuos, bajo el pretexto de abuso de poder (tiranía). Kant

El inconveniente de todo lo expuesto es que el ciudadano común no tiene garantizada su participación activa en la democracia. A pesar de todas las garantías constitucionales y legales por mantener estándares democráticos adecuados, el canal de comunicación entre el pueblo y las autoridades estatales está lleno de obstáculos burocráticos, económicos y de toda índole, que no permiten defender, institucionalmente, los derechos de las personas.

Así también, es valioso mencionar que, a diferencia de todas las visiones y antecedentes de la resistencia que se expuso, que establecen como finalidad del derecho a la resistencia la *rebelión*, de derrocar al gobierno opresor, Henry David Thoreau expuso una teoría moderada. Este ensayista, poeta y filósofo norteamericano introdujo el término *desobediencia civil* en un ensayo homónimo publicado en 1849.⁴³

El ensayo sobre la desobediencia civil fue un discurso que Thoreau pronunció en 1848. Ese mismo año culminó la denominada Guerra de México, desatada en 1846 y promovida por terratenientes norteamericanos. El conflicto estaba vinculado a intereses económicos: el algodón y las industrias fabriles del Norte, así como la ampliación de los territorios de Estados Unidos del Sur, en los que la esclavitud fuera legal, como medios para mantener la economía norteamericana del momento. Entonces Thoreau, enemigo de la esclavitud y del abuso del gobierno para conseguir provechos particulares, se negó a pagar sus impuestos aduciendo que no iba a ser cómplice de la inmoralidad del Estado, ni entregarle su lealtad a un régimen en el que prosperaba la injusticia. En consecuencia, el escritor fue encarcelado, pasando una noche en prisión hasta que alguien, presumiblemente un familiar, pagó su fianza y fue liberado.⁴⁴

Thoreau asumió la resistencia como la expresión de su individualidad. Su vida fue un ejemplo de rebeldía hacia todo lo que fuera injusto e inmoral. Pretendió siempre que sus conciudadanos tomaran decisiones motivadas sobre los asuntos colectivos y que no fueran marionetas del Estado, intimidados por la coerción, sino que se resistieran a ella de forma estoica, pues la cárcel y otros medios eran instrumentos cobardes de

justifica así el *crimen de alta traición*, asimilándolo al parricidio. Afirma que el pueblo debe soportar el abuso de poder, pues la resistencia es contraria a la Constitución y la destruye. El ciudadano solo podría resistirse cuando existiese una norma que lo autorizara a hacerlo. De forma paradójica, la Constitución contemplaría una norma que indicaría que no es la Ley Suprema, convirtiendo al pueblo de súbdito a soberano de aquel a quien se somete.

⁴³ Henry David Thoreau, "Desobediencia Civil", en *Desobediencia civil y otros escritos* (Madrid: Editorial Tecnos S.A.: 1994), 28 a 57.

⁴⁴ *Ibíd.*, 28.

sumisión. La herencia de Thoreau es la doctrina de una resistencia razonada hacia el derecho injusto (no derecho) a través del desarrollo de la conciencia ética del ciudadano.⁴⁵

La desobediencia civil de Thoreau opera con una táctica de no violencia, *oponiéndose*, y su objetivo es desarmar a la autoridad, ya que cuando los que se oponen son muchos, prevalecen los rebeldes, pues no cabrían todos ellos en prisión. “Si mil hombres dejarían de pagar impuestos este año, tal medida no sería ni violenta ni cruel, mientras que si los pagan, se capacita al Estado para cometer actos de violencia y derramar la sangre de los inocentes. Esta es la definición de revolución pacífica, si tal es posible.”⁴⁶

En el Ecuador la práctica de la resistencia ha sido común y ha sido la causa de varios reconocimientos de los derechos de los ecuatorianos durante nuestra historia. A modo de ejemplo reciente, se tiene los gobiernos de los presidentes Abdalá Bucaram, Jamil Mahuad y Lucio Gutiérrez, los cuales terminaron por vías de hecho, utilizando la protesta social como el principal instrumento para derrocarlos. Así también, el movimiento indígena, desarrollado a partir de la década del 90 del siglo pasado, ha sido un antecedente importante, no solo para la organización de un movimiento que se estructuró de forma definitiva como tal, sino como la referencia indiscutible de una fuerza social que ha mantenido en la resistencia y la protesta social su principal fuente de acción política, jurídica y social.⁴⁷

Para terminar esta parte, se refiere el antecedente directo del derecho a la resistencia en el Ecuador. Mediante una resolución emitida por la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador en 2008, se concedió la amnistía general para varias personas involucradas en actos de resistencia en defensa de sus derechos, los que desembocaron en procesos penales en su contra, considerando que “las acciones de movilización y reclamo de comunidades son de naturaleza esencialmente política y de reivindicación social”.⁴⁸ Los procesos penales que se mencionan en esa resolución estaban vinculados

⁴⁵ *Ibíd.*, 35.

⁴⁶ *Ibíd.*, 56.

⁴⁷ Holger Díaz Salazar, “El movimiento indígena como actor social a partir del levantamiento de 1990 en Ecuador: emergencia de una nueva institucionalidad entre los indígenas y el Estado entre 1990 y 1998” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2001), 3, 9-14 y 16, <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3706/1/T1264-MDE-Cordero-El%20derecho.pdf>.

⁴⁸ Ecuador Asamblea Constituyente, *Resolución s/n: Concédese amnistía general para los procesos penales enumerados en esta resolución, vinculados a las acciones de resistencia y de protesta que ciudadanos y ciudadanas han llevado adelante en defensa de sus comunidades y de la naturaleza,*

a acciones de resistencia y de protesta que algunas personas ejecutaron en defensa de sus comunidades y de la naturaleza, así como frente a proyectos de explotación de los recursos naturales. Casos de intervención minera, así como casos por intervención petrolera, por proyectos hidroeléctricos, por defender tierras comunales, de derechos colectivos y espacios públicos, por defender el agua y la calidad ambiental y por explotación maderera fueron considerados por la resolución de amnistía. Las personas que fueron encarceladas fueron inmediatamente liberadas y todo proceso suspendido y archivado, a más de declarar exentos de la responsabilidad penal por cualquier delito que se les impute, relacionado con estos temas. La importancia de esta resolución es que, en primer punto, legitima el derecho a la resistencia y a la protesta social, en segundo punto, reconoce la práctica sistemática de la criminalización de actividades de defensa de derechos y, en concreto, es un antecedente inmediato de lo que será el derecho a la resistencia sancionado por la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008.⁴⁹

3. Obligación jurídica y obligación política de obedecer las leyes

Previo a tratar de lleno el derecho a la resistencia, se analizará en términos de la ciencia jurídica, uno de sus principales problemas, es decir, la desobediencia a una norma jurídica válida. En el anterior apartado, por un lado, se vio cuál era el pensamiento de los gestores del derecho a la resistencia en términos políticos y filosóficos, y por qué el ciudadano puede resistirse al derecho. Por otro lado, en este acápite, se verá que la desobediencia al derecho se justifica cuando la conciencia, la libertad y el sentido de moral de una persona no coinciden con la norma que ha establecido un Estado, como ya sugería Thoreau.⁵⁰ La consecuencia de lo expuesto es el nacimiento de un derecho a desobedecer el derecho e, inclusive, un deber a hacerlo.

frente a proyectos de explotación de los recursos naturales, y que por ello han sido enjuiciados penalmente por delitos comunes tipificados en el Código Penal, Registro Oficial 343, Segundo Suplemento, 22 de mayo de 2008, considerando quinto.

⁴⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 98.

⁵⁰ En la mayoría de los casos [los ciudadanos] no ejercitan con libertad ni la crítica ni el sentido moral, sino que se igualan a la madera y a la tierra y a las piedras [...] Otros [...] sirven al Estado fundamentalmente con sus cabezas, y como casi nunca hacen distinciones morales, son capaces de servir al diablo, sin pretenderlo [...] Unos pocos [...] *los hombres* sirven al Estado con sus conciencias y, por

Cuando se señala la validez de una norma jurídica se refiere la existencia, es obligatoria y puede generar efectos. Esta es un antigua cuestión de la ciencia del derecho, que contrapone el conflicto entre obligación jurídica de obedecer las leyes, aunque sean injustas, y la autodeterminación que las personas tienen en el ámbito moral. A fin de cuentas, ¿cuál podría ser la validez de una norma reputada como injusta? La cuestión es saber en qué consiste la obligación moral y política de obedecerlas leyes y quien en un Estado de derecho está sometido a ella.

Si la obligación de obedecer las leyes depende solo de la validez de las mismas, de forma absoluta e incondicionada,⁵¹ se facilita el horizonte para la legitimación de estados absolutistas que pudieran legislar sobre cualquier tema de forma indiscriminada y arbitraria, negando la moral de los ciudadanos, ya que las leyes válidas, independientemente de su contenido, son leyes justas. Sin considerar el membrete que ostente el Estado que dicte las leyes –democrático, socialista, liberal o de derecho-, una aceptación absoluta e incondicionada de obedecer las leyes, lleva al sentido opuesto que los presuntos ideales que esos estados enarbolan.⁵²

La versión moderada de la obligación de obedecer las leyes⁵³ tiene un valor instrumental, consistente en conseguir el *orden* y la *paz*, cuyo valor instrumental debe ser verificado, tomando en cuenta que el orden no es el *valor* supremo al que se dirige la sociedad y que podría en algún momento entrar en conflicto con algún otro valor importante, sea este la vida, la libertad, la dignidad humana, o cualquier otro valor que nuestra moral pueda juzgar superior. A diferencia de la obligación absoluta e incondicionada, la obligación moderada condiciona, mediante un acto reflexivo, el contenido de la leyes para obedecerlas, no lo hace de manera ciega. Para esto será

tanto, la más de las veces se enfrentan a él y, a menudo, se les trata como enemigos. Thoreau, “Desobediencia Civil”, 32 y 33.

⁵¹ Ferrajoli, *Derecho y razón*, 922.

⁵² El Tercer Reich o Gran Imperio Alemán, gobernado por el Partido *Nacionalsocialista* Obrero Alemán, en el poder entre 1923 y 1945, puso en vigencia las denominadas *Leyes de Nuremberg*, publicadas en el Boletín Oficial del Reich de septiembre de 1935, mediante las cuales se revocó la ciudadanía del Reich a los judíos alemanes y prohibía que estos se casen o mantengan relaciones sexuales con personas de *sangre alemana*, dando cabida, de forma legal, a la exclusión y, finalmente, al exterminio de millones de personas. Paradójicamente, estos fenómenos sucedieron en un gobierno que se autodenominó socialista. United States Holocaust Memorial Museum, “*Las Leyes Raciales de Nuremberg*”, Holocaust Encyclopedia, accedido 23 de agosto de 2018, par. 6 a 8. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/the-nuremberg-race-laws>.

⁵³ Ferrajoli, *Derecho y razón*, 922.

necesario que el obligado (ciudadano) tenga siempre alerta su conciencia moral y espíritu crítico.

Se podría pensar entonces que uno de los puntos de quiebre de la versión moderada es la democracia, cuya regla de la mayoría legitimaría la aceptación política y moral de obedecer las leyes. Sin embargo, la democracia no es una imposición acrítica de decisiones de la mayoría, sino un debate continuo entre quienes la conforman, y así se lo tomará aquí también: una es la adhesión espontánea, que la más de las veces no es problemática ni crítica, con una adhesión deliberada y crítica que lleva al sentimiento de obligatoriedad moral. Esta obligatoriedad moral se gana, sobre la marcha, con el adecuado funcionamiento de un determinado orden normativo y no previamente, pues al fin de cuentas aquello reñiría con la democracia; y ni aún ganándose aquellos *adeptos* la ley termina siendo moralmente obligatoriamente para todos.

En este sentido, Ferrajoli va más allá al decir que el único acuerdo prepolítico - único sustento moral y político que lo justificaría- no es el deber moral de la obediencia, sino todo lo contrario, es el deber moral de la desobediencia cuando las leyes entran en conflicto con aquellos valores universales y fundamentales que nuestra constitución sancione, de lo que se concluye que el derecho a la resistencia es la garantía solo perteneciente al pueblo para salvaguardar sus propios derechos. Ferrajoli concluye que este tipo de desobediencia se denomina condicionada, pues también, como lo hace la obediencia condicionada, depende del juicio que la conciencia moral y política de cada individuo hace de las leyes consideradas injustas,⁵⁴ pues una vez que se definan de esta forma y estén contraviniendo valores considerados fundamentales, se tiene la obligación moral de desobedecerlas

A modo de paréntesis, habrá que hacer notar que los únicos que están obligados no solo jurídicamente, sino también moral y políticamente, a obedecer las leyes son los funcionarios estatales,⁵⁵ cuya función primordial, y para ello están seleccionados, es la de aplicar las leyes,⁵⁶ y se han comprometido específicamente para esos fines,⁵⁷ dando

⁵⁴ *Ibíd.*, 929 y 930.

⁵⁵ Art. 229.- ConsE.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

⁵⁶ Ferrajoli, *Derecho y razón*, 925.

⁵⁷ Art. 226.- ConsE.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de

cumplimiento irrestricto al principio de legalidad. Ejemplo de lo dicho es el juez penal, cuyas funciones exigen que juzgue solo jurídicamente y no moral ni políticamente, sólo los hechos y no a sus autores, ya que en sus funciones no tienen cabida las cuestiones de conciencia.⁵⁸ A pesar de lo dicho, hay que recordar que parte del ordenamiento jurídico es la Constitución y que los funcionarios públicos tienen el deber de aplicar de forma directa o inmediata los derechos y garantías establecidos en la norma suprema y en los instrumentos internacionales derechos humanos.⁵⁹ Aquello ya no es una aplicación legalista de la norma sino de principios constitucionales.

De la misma forma, los abogados tampoco tienen la obligación moral y política de obedecer las leyes injustas, pues no realizan una actividad de aplicación o producción del derecho, sino una actividad cognoscitiva, dentro de la cual podrán interpretar la norma, aceptar su validez o invalidez o hacer notar las posibles antinomias o lagunas del ordenamiento.⁶⁰

El derecho y la moral son las dos aristas que Ferrajoli ha representado como corolario de su exposición y que se manifiestan en dos niveles contrapuestos: (1) un nivel institucional, que comprende la prevalencia del derecho frente a las instancias éticas y políticas del funcionario que está encargado de aplicarlo y, (b) un nivel individual y social que, a la inversa, da prevalencia a la autonomía de la moral frente al derecho y a las instituciones.⁶¹

4. El derecho a la resistencia: derecho fundamental y garantía constitucional

coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

⁵⁸ Ferrajoli, *Derecho y razón*, 926.

⁵⁹ El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

3. 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.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11.

⁶⁰ Ferrajoli, *Derecho y razón*, 926.

⁶¹ *Ibíd.*, 931.

El derecho a la resistencia es un derecho *sui generis* pues se constituye como un derecho fundamental y también como una garantía constitucional.⁶² Los siguientes párrafos permitirán reforzar esta idea. Para ello se partirá de la definición y fundamentación que Luigi Ferrajoli hace de los derechos fundamentales, para luego pasar a la construcción de Pisarello sobre los derechos sociales y sus respectivas garantías.

Ferrajoli define a los derechos fundamentales como “aquellos *derechos subjetivos* que las *normas* de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos* en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*”.⁶³ En este orden de ideas, un derecho subjetivo es “cualquier expectativa de actos jurídicos, trátese de una expectativa positiva de prestaciones o de una expectativa negativa de no lesiones.”⁶⁴ En concordancia con lo dicho, los derechos fundamentales se reputan *universales*, dotados de un estatuto de *reglas* generales y abstractas y con un carácter indisponible e inalienable. En cuanto a su primera característica, la universalidad permite cobijar con los derechos fundamentales a todos aquellos considerados como personas, ciudadanos y capaces de obrar,⁶⁵ atributos denominados *status*.⁶⁶ Así también, la circunstancia de que los derechos fundamentales tengan un estatuto de reglas generales y abstractas, se explica por lo que Ferrajoli llama “normas téticas”, aquellas que de forma inmediata disponen las situaciones expresadas en ellas. Finalmente, los derechos fundamentales tienen carácter indisponible e inalienable pues corresponden en la misma forma y medida a todos sus titulares, lo que no pasa con otros

⁶² David Alberto Cordero Heredia, “El derecho a la resistencia y la criminalización de la defensa de los derechos humanos y la naturaleza” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 15, <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3706/1/T1264-MDE-Cordero-El%20derecho.pdf>.

⁶³ Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 291.

⁶⁴ *Ibíd.* 291.

⁶⁵ Para Ferrajoli “*capaz de obrar* es cualquier persona dotada de la facultad de realizar actos jurídicos preceptivos.” *Ibíd.*, 295.

⁶⁶ Ferrajoli ha anotado que la razón del establecimiento de los diferentes *status* se desprende a la injerencia de los términos *ciudadanía* y la consideración de la *capacidad de obrar* como condicionantes para el ejercicio de algún derecho fundamental. En este sentido, reflexiona que la *capacidad de obrar*, como la edad suficiente para votar, o la incapacidad civil por alguna causa (dementes, impúberes, etc.), puede diferir en las diferentes legislaciones, como la edad mínima para votar, pero difícilmente puede desaparecer. De esta forma, Ferrajoli considera que el *status* de *ciudadano* no ha desaparecido en algunas legislaciones pues es condición necesaria para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. *Ibíd.*, 297 y 298. Por lo que respecta al Ecuador, todos los ecuatorianos, por nacimiento y naturalización, son ciudadanos y gozan de los derechos contemplados en la Constitución (art. 6, 7 y 8 ConsE), aunque después la norma amplifica el ámbito de garantía e indica que las personas extranjeras tienen los mismos derechos que las personas ecuatorianas. Por lo tanto, la legislación ecuatoriana no hace ninguna distinción para reconocer algún derecho a todas las personas que estén en territorio ecuatoriano.

derechos, como los patrimoniales, que pertenecen solo a un individuo y no a otros.⁶⁷ Por lo tanto, cuando se quiera tutelar un derecho fundamental, aquellas características permiten que los derechos se sustraigan al intercambio mercantil y a la arbitrariedad política del legislador mediante su enunciación como una regla elevada a categoría de norma constitucional.

Ahora bien, los derechos fundamentales también pueden ser objeto de una clasificación. Ferrajoli establece dos tipologías de derechos fundamentales basadas, a su vez, en los dos elementos estructurales contenidos en la definición propuesta, es decir, las personas y las normas. La primera es subjetiva, relacionado a los sujetos a quienes se atribuye los derechos y otra objetiva, concerniente a los tipos de comportamiento que contienen los derechos. Tomando de base el tipo subjetivo y en cuanto a los estatus de personas, ciudadanos y capaces de obrar, se propone una la siguiente clasificación de los derechos fundamentales:

- a. Los derechos *humanos*, que corresponden a todas las personas, aunque no sean ciudadanos o capaces de obrar.
- b. Los derechos *civiles*, que pertenecen a las personas cuando sean capaces de obrar, sean o no ciudadanos.
- c. Los derechos *públicos*, que corresponden a las personas que tienen la calidad de ciudadanos, sin tomar en consideración su capacidad de obrar.
- d. Los derechos *políticos*, que corresponden a sólo a las personas que sean ciudadanos y capaces de obrar.⁶⁸

En base a combinaciones binarias de estos derechos, Ferrajoli obtiene varias subclases de derechos, de las cuales nos interesa la composición realizada entre aquellos de los literales a. y c., es decir, la compuesta entre derecho humanos y derechos públicos, denominada derechos primarios y sustanciales. Estos derechos pertenecen a todas las personas, sin consideración a su capacidad de obrar y se derivan en expectativas, por un lado, negativas (de no lesiones) o, por otro, positivas (de prestación), es decir, en derechos de libertad y derechos sociales, respectivamente.⁶⁹

Pues bien, los derechos de libertad se amplían a dos ámbitos. Los primeros de aquellos, son los derechos negativos o de inmunidad que implican la expectativa de omisión de interferencias de otros sujetos o individuos en los derechos de las personas y

⁶⁷ *Ibíd.* 292.

⁶⁸ *Ibíd.* 293.

⁶⁹ *Ibíd.* 294.

que a su vez se distinguen “en simples libertades de, como el derecho a la vida y la libertad personal y libertades para (además de libertades de) como la libertad de prensa, de asociación y de reunión.⁷⁰ Para finalizar, vale aclarar que los derechos sociales son garantías prestacionales, como el derecho a la salud o a la seguridad social; aunque vale establecer de una vez, este es un ámbito impertinente para nuestro trabajo.

En suma, el derecho a la resistencia se define como un derecho subjetivo que crea una expectativa de no lesiones a otros derechos por parte del Estado que, en tanto *derecho humano*, no atiende a ningún estatus más que el de persona o colectividad de ellas para reconocerlo. Además, el derecho a la resistencia como derecho negativo o de inmunidad, que implica una expectativa de omisión de interferencias, y reconoce la libertad de resistirse para evitar la vulneración de un derecho o el reconocimiento de nuevos derechos. En otras palabras, el derecho a la resistencia es un derecho fundamental que reconoce el derecho de resistirse ante la vulneración de otros derechos e impide la interferencia de cualquier sujeto ante ese ejercicio de protección.

A propósito de lo expuesto en el párrafo que antecede, se debe señalar la particularidad de que un derecho pueda evitar la vulneración de un derecho o el reconocimiento de nuevos derechos, función que no corresponde prima facie a un derecho fundamental. Como se estableció en la definición del término derecho subjetivo, un derecho es una expectativa de un acto jurídico, cuya consecución puede estar librada a muchas condiciones y ser o no ser cumplida. A nuestro parecer esto no sucede con las garantías, pues su esencia es la protección de las expectativas que generan los derechos fundamentales. Por esta razón, se argumentará por qué el derecho a la resistencia también es una garantía y por qué es un derecho *sui generis*.

Un derecho fundamental es letra muerta de la Constitución si alternativamente a su positivización no se crean mecanismos para su tutela. Estos mecanismos también deben estar previstos en la norma constitucional y se denominan garantías constitucionales. Al respecto, Pisarello plantea que los derechos deben poseer un sistema multinivel de garantías que cubran todos los ámbitos estatales, por ejemplo municipales, cantonales, provinciales, entre otros, así como niveles supra-estatales, de ámbitos regionales o internacionales, con la finalidad de asegurar la tutela a todos los ámbitos.⁷¹ En este caso, las garantías de los derechos fundamentales son reforzadas por

⁷⁰ *Ibíd.*, 294.

⁷¹ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías* (Madrid: Editorial Trotta: 2207), 112.

todos los órganos del poder público, sean estos jurisdiccionales, administrativos o legislativos, dentro de los ámbitos de su competencia. En el Ecuador, este planteamiento está determinado en la Constitución, pues los derechos se pueden ejercer, promover y exigir ante las autoridades competentes y ellos garantizarán su cumplimiento y los aplicarán de forma directa e inmediata.⁷²

Como se dijo, la protección de los derechos fundamentales descansa en ámbitos como el administrativo y legislativo. Sin embargo, en estos espacios el amparo de los derechos fundamentales puede verse afectado por intereses ajenos a la tutela esperada, sean estos económicos, políticos o de otra índole. Es probable que en el ámbito judicial esta influencia pueda ser menor, pero tampoco se puede afirmar que las intervenciones no sucedan.

Ante este inconveniente, Pisarello ha propuesto “una reconstrucción democrática de las garantías de los derechos [...] *más participativa y menos institucionalista* [...] con] formas de tutela que involucren a los propios titulares de los derechos en la defensa y conquista de los mismos.”⁷³ A continuación distingue dos formas de garantías constitucionales, en función del sujeto que realiza su tutela. Por un lado se encuentran las garantías institucionales, que son “aquellos mecanismos de protección de los derechos encomendados a las instituciones o poderes públicos.”⁷⁴ Por otro lado están “las garantías extra-institucionales, o garantías sociales, en las que el resguardo de los derechos se coloca, ante todo, en cabeza de sus propios titulares”,⁷⁵ no obstante de las mediaciones institucionales con las que puedan contar estas garantías.

En el caso del Ecuador, las garantías institucionales son de variada índole. Citando el ámbito constitucional, la Constitución de la República, su art. 61 ha establecido Derechos de participación.⁷⁶ Algunos de aquellos son mecanismos para aplicar la democracia directa, ya sea el derecho de participar en los asuntos de interés público, que puede ser ejercido de forma individual y colectiva;⁷⁷ el derecho a presentar proyectos de iniciativa popular normativa;⁷⁸ el derecho a ser consultados, cuya regulación incluye la solicitud por parte de la ciudadanía⁷⁹ y el derecho a fiscalizar los

⁷² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 núm. 1 y 3.

⁷³ Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, 112 y 113.

⁷⁴ *Ibíd.*, 113.

⁷⁵ *Ibíd.*, 113.

⁷⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 61.

⁷⁷ *Ibíd.*, art. 95.

⁷⁸ *Ibíd.*, art. 103.

⁷⁹ *Ibíd.*, art. 104.

actos del poder público. Estos derechos se encasillan en formas de participación ciudadana institucional, como las ha designado la ley.

No será nuestra tarea analizar a profundidad estos derechos, y nos bastará con mencionar que algunos de ellos han sido reglados en la misma Constitución, y otros, como el derecho a participar en los asuntos de carácter público, podrían interpretarse de varias maneras; pero la característica común de otros, como la consulta popular o la presentación de proyectos de iniciativa popular, es que se pueden ejercitar una vez cumplidos requisitos formales y con el apoyo de determinados porcentajes de las personas inscritas en los padrones electorales.

Volviendo a las garantías extra-institucionales, es importante aclarar que son vías de acción directa de defensa o reclamo de algún derecho y, por lo tanto, la mayor parte de las veces, son impuestas por quienes las ejercen al margen, e incluso, en contra de la ley. Pisarello menciona los casos de la libertad sindical y el derecho a la huelga, cuyas vías de tutela, en su momento, fueron prohibidas y sancionadas por la norma, y no fueron legalizadas y reguladas sino hasta después de ejercer largos y tortuosos mecanismos de presión popular.⁸⁰

Para redundar en el tema, el autor argentino estima que para considerar la legitimidad de una garantía extra-institucional se deben considerar otros factores jurídicos. El primero de ellos es la medida de la gravedad de la violación de los derechos afectados, así como el impacto que aquellos puedan tener sobre la vida y la autonomía de quienes se vieran perjudicados por su lesión. En segundo lugar, se deberá determinar la responsabilidad, en este caso, de los poderes públicos en la transgresión del derecho. Como tercer punto, se deberá identificar la presencia de canales públicos a disposición de los afectados por la lesión del derecho para que puedan reivindicarlo. Vinculado a esto, se considera que las vías institucionales también deberán ofrecer posibilidades razonables de efectividad en los fines de reparación que persiguen las víctimas de la lesión de un derecho y no solo débiles expectativas. Finalmente, en cuarto lugar, se deberá prever la intensidad de la afectación que estas medidas extra-institucionales puedan provocar en los derechos de terceras personas no involucradas en el conflicto.⁸¹

⁸⁰ Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, 126.

⁸¹ *Ibíd.*, 127.

Con lo dicho, una vez justificada la urgencia y emergencia para la protección de ciertos derechos, se puede afirmar que la utilización de mecanismos de protesta o desobediencia al derecho pueden ser definidos como una garantía constitucional. Por ello, Pisarello caracterizó a esta aplicación de la resistencia como “un ejercicio calificado del derecho de petición, de la libertad ideológica o de la libertad de expresión.”⁸² En conclusión, para los fines de nuestro trabajo, la tesis expuesta permite que el Estado se vea obligado a reconocer y tolerar los mecanismos de autotutela y renuncie a la vía penal para resolver los conflictos generados por el ejercicio de un derecho a la resistencia, que funciona como una garantía de otros derechos que hayan sido vulnerados o para evitar su vulneración o, para demandar el reconocimiento de otros derechos.

5. El derecho a la resistencia en el Ecuador

El Ecuador, como en muy pocas legislaciones en el mundo actual, sancionó legislativamente el derecho a la resistencia en el art. 98 de la Constitución de la República, indicando que “[l]os 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.”

De forma concreta, el derecho a la resistencia propone la desobediencia al derecho, pero no es una oposición descuidada sino condicionada. En este trabajo se parte de la obediencia como antecedente filosófico-religioso del antiguo régimen y luego a la instauración de la resistencia como consecuencia política, jurídica y social del desarrollo de la democracia. Después, se establecen que la resistencia tiene un contenido ético del que se desprende un contenido jurídico. El primero de ellos funciona como un filtro de la conciencia social de las personas, que tiene trascendencia en el segundo, de contenido jurídico, instituyendo a la resistencia como un derecho fundamental, garantizado por parte de quienes son sus mismos titulares.

A todo esto, la pregunta fundamental que propone para tratar el derecho a la resistencia, debe responder acerca de sus fines. De modo que, el derecho a la resistencia es un medio para la inserción al debate democrático de los excluidos, de aquellos grupos

⁸² *Ibíd.*, 128.

que por diferentes circunstancias no están en condiciones de participar de aquel debate de forma tan efectiva como lo hacen quienes poseen algún tipo de poder o prerrogativa política. En este sentido, no se puede hablar de excluidos si una persona o colectividad pudiera colocar en la mesa de discusión un asunto usando solo vías o garantías institucionales.

Como se dijo al hablar de las garantías extra-institucionales, el constitucionalismo actual simpatiza con formas de participación democrática extra-institucional, las cuales otorgan al pueblo la posibilidad de interpretar y aplicar la constitución de forma directa, que a fin de cuentas es el que legitima el poder y la autoridad.⁸³ En ese sentido, Gargarella opina que no hay razones de peso para negarle al ciudadano el derecho a tener “la última palabra legal”, pues tanto podría equivocarse el individuo y la colectividad como podría hacerlo un juez constitucional.⁸⁴ A fin de cuentas, la finalidad es devolverle a la ciudadanía la posibilidad de participar en el debate democrático y que los órganos del poder público puedan escuchar la voz de la gente, la cual, lamentablemente, queda acallada después de ejercer el voto y elegir a sus representantes.

6. Ámbitos de la resistencia

Del análisis del art. 98 de la Constitución, por un lado, se distingue tres momentos en los que se puede ejercer el derecho a la resistencia a partir del ámbito temporal en que se ocasiona la vulneración del derecho constitucional, y por otro lado, una vez verificada la vulneración, se puede resistir cuando concurren tres escenarios que se establecerán con posterioridad.⁸⁵

6.1. Ámbito temporal

⁸³ “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.” Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 1 inc. 2.

⁸⁴ Roberto Gargarella, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, ed. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008), 145-148.

⁸⁵ Cordero, “El derecho a la resistencia...”, 44.

El ámbito temporal de la resistencia se establece en relación al momento en que se percibe la vulneración al derecho. A partir del art. 98 de la Constitución pueden ser los siguientes:

- a. En primer punto, la resistencia contra actos u omisiones que vulneren derechos constitucionales, es decir, *ex post facto*, cuando la vulneración al derecho se haya consumado y pueda ser verificable.
- b. En segundo lugar, la resistencia contra actos u omisiones que puedan vulnerar derechos constitucionales, o sea, *ex ante*, antes de la afectación al derecho o ante la posible vulneración del mismo. Es nuestro criterio que las afectaciones a derechos *ex ante* revisten gran complejidad a la hora de identificarlas. El factor principal es la incertidumbre sobre el surgimiento de la afectación del derecho. Los titulares de un derecho pueden tener una noción de *riesgo* de su vulneración al momento de ejercer la resistencia, pero tomando en consideración que toda noción puede incluir una valoración, cuya carga de subjetividad es medianamente alta, la certeza de una afectación puede ser relativa. En todo caso, cuando sobrevenga una certeza razonable y verosímil de posible afectación de un derecho, se mantendrá que una persona o colectividad puede ejercer su derecho a la resistencia, aun cuando haya acudido anteriormente a medios institucionales para la resolución del conflicto.
- c. Y, finalmente, la resistencia contra actos u omisiones para demandar el reconocimiento de nuevos derechos. En cuanto al tercer punto, la Constitución del Ecuador establece una fórmula abierta que permite que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos [incluyan] a los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”, y que el contenido de estos derechos se desarrollarán de manera progresiva, prohibiendo su regresión.⁸⁶ De esta manera, se considera que la demanda de reconocimiento de nuevos derechos también va de la mano de la posibilidad de que las personas asuman la tarea de interpretar la constitución y los derechos y puedan desarrollar el contenido de los mismos para su justo interés.

Para concluir esta parte, el derecho a la resistencia es una garantía social que permite la autotutela de los derechos constitucionales de las personas y colectivos, así como es una de las formas de participación democrática extra-institucional que otorga la

⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 núm. 7 y 8.

facultad de interpretar la constitución a los ciudadanos. En resumidas cuentas, la percepción sobre la vulneración o posible vulneración de un derecho fundamental recae en el criterio valorativo de los ciudadanos, entregándoles la potestad de resistir.

6.2. Cuando se ha vulnerado el derecho. Diferentes escenarios

Una vez identificado el derecho que se ha vulnerado y esa vulneración se ha verificado *ex post facto*, se puede recurrir a la resistencia cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. La incertidumbre en el derecho es la falta de conocimiento seguro y claro de la interpretación de la Constitución. Este conflicto de interpretación se produce entre la exégesis constitucional que se realiza en dos frentes contrapuestos: en uno de ellos está una persona o un colectivo de personas y, en el otro, la autoridad estatal que puede ejercer los actos violatorios a los derechos de esa persona o colectivo. La característica decisiva de este escenario es que a pesar de la contrariedad en la interpretación constitucional, el conflicto no ha sido resuelto por la autoridad competente sobre el derecho violado. Tomando en consideración que el máximo órgano de interpretación es la Corte Constitucional, la última palabra en cuanto a este punto es este organismo judicial. Sin embargo, este es el ámbito típico en el que la resistencia se puede llevar a cabo.
- b. Ahora bien, puede suceder que esas dos interpretaciones del derecho sobre un mismo punto se encuentren en espera de una resolución de la autoridad competente llamada a resolver el conflicto, sin que se haya puesto en conocimiento de la Corte Constitucional la resolución del problema. Por lo tanto, mientras persista el conflicto y no sea conocido por una autoridad judicial, las respectivas interpretaciones de las personas o colectividades y la de la autoridad serán válidas, gracias a la indeterminación de la norma constitucional que permite exégesis amplias. Al final de cuentas, ambas interpretaciones darán paso a una, cuando la Corte Constitucional no delimite el alcance de un derecho. Por lo tanto, hasta ese momento cualquier acto de resistencia será legítimo contra la tentativa de la autoridad de imponer su interpretación de la Constitución de forma represiva.
- c. Esta última posibilidad se genera cuando el organismo judicial de última instancia ha emitido una resolución desfavorable a la interpretación constitucional realizada por la persona o colectivo que ejerció o ejerce el derecho a la resistencia, o sea,

cuando la injusticia persiste. Ejemplos paradigmáticos son el derecho a la huelga, los derechos sindicales, el derecho al voto de las mujeres, el derecho a la igualdad de grupos excluidos como los afrodescendientes, los indígenas o los inmigrantes en situación irregular, el derecho a la libre disposición del cuerpo y del derecho a la salud para poder acceder al aborto, el libre desarrollo de la personalidad para permitir el consumo y, por lo tanto, la tenencia y posesión de sustancias estupefacientes, entre otros. La interpretación de muchos de estos derechos llegaron a conocimiento de tribunales o cortes de última instancia constitucional y fueron desconocidos para la persona y colectivos que exigían su reconocimiento, resultado que originó que algunos movimientos sociales intenten nuevamente su reconocimiento judicial o, de plano, organicen luchas sociales que duraron años para poder acceder, al final, al resultado esperado.

En definitiva, la Corte Constitucional, por factores como el desconocimiento del derecho, la falta de independencia e imparcialidad, la corrupción u otros factores, podría interpretar de forma errónea o inadecuada uno o varios derechos de las personas, pero aquella interpretación injusta no presupone que la persona y los colectivos afectados deban asumir una posición pasiva y sumisa, pues nadie está obligado a obedecer una norma reputada como injusta, sino que esa obligación se contiene al condicionar, mediante un acto reflexivo, el contenido de la leyes para obedecerlas. La obediencia, por lo tanto, no se practica de manera ciega, sino que se lleva adelante mediante un acto reflexivo que la condiciona. Como se dijo antes en este trabajo, la obediencia incondicionada a la norma solo puede llevar a regímenes totalitarios, por lo cual se sostiene que las personas más bien poseen el deber de desobedecer las leyes injustas para proteger el derecho y la democracia.⁸⁷

7. Elementos del derecho a la resistencia

El derecho a la resistencia como derecho subjetivo está compuesto por algunos elementos, tales como el titular del derecho, el obligado en contra de quien se resiste y las acciones y omisiones en contra de las cuales se puede resistir.⁸⁸

⁸⁷ Ferrajoli, *Derecho y razón*, 922-931.

⁸⁸ Cordero, "El derecho a la resistencia y la criminalización de la defensa de los derechos humanos y la naturaleza", 36.

7.1. El titular del derecho a la resistencia⁸⁹

Los individuos o colectivos de personas son los titulares del derecho a la resistencia. Dentro de la clasificación de los derechos fundamentales, se justificó que el derecho a la resistencia formaba parte de los derechos primarios o sustanciales, conformados a su vez por los derechos humanos, que pertenecen a las personas simplemente por tener tal calidad.⁹⁰ En tal virtud, el derecho a la resistencia como derecho humano es constitutivo e inherente de la persona y su único titular es ella, sin atender a otros *status*, sea este el de ciudadano o capaz de obrar.

Ahora bien, conforme lo establece nuestra Constitución, las personas dentro del territorio ecuatoriano tienen los mismos derechos y deberes.⁹¹ Al reconocer o garantizar derechos a las personas, no se puede hacer distinciones, sea por el estado migratorio o minoría de edad u otras condiciones, pues calidades como las mencionadas son contingentes, que pueden o no ser características del estatus de una persona. En suma, como será la esencia de este trabajo, el objetivo es plantear una perspectiva no discriminatoria, aunque todavía utópica, de los derechos fundamentales para poder atribuir todos los derechos a todos los seres humanos.⁹²

Para aportar con lo dicho, la Constitución establece que todas las personas que se encuentren en territorio ecuatoriano son iguales y gozan de los mismos derechos. Así mismo, este cuerpo normativo indica que para el ejercicio de estos derechos no se establecerán ningún tipo de condiciones o requisitos que no determine la Constitución o la ley.⁹³ En fin, los derechos y garantías mencionados estimulan la titularidad del derecho a la resistencia para todos los seres humanos sin distinciones ni limitaciones, más que el hecho de ser personas.

7.2. El obligado en el derecho a la resistencia

⁸⁹ Si bien una parte de los elementos del derecho a la resistencia fueron tomados de la tesis de David Cordero, antes citada, se estima que el tratamiento que este autor hace acerca del *titular* del derecho a la resistencia pudo haber sido tratado en un apartado distinto. Sin embargo, Cordero confunde al *titular* de la resistencia con el *objeto* de la resistencia. El autor debió preguntarse en primer lugar acerca del *titular* antes de preguntarse acerca del *objeto*, pues solamente *quien pueda resistirse* tendrá la posibilidad de *resistirse a algo*. De allí en adelante, sobre la base del objeto de la resistencia, es decir, *otros derechos*, se plantea si su indeterminación es beneficiosa, si su garantía es anti-sistémica o si la interpretación que las *personas* realicen de sus derechos es subjetiva. *Ibíd.*, 36 a 38.

⁹⁰ Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, 291 a 294.

⁹¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 9.

⁹² Michelangelo Bovero, “Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 234.

⁹³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 núm. 2 y 2.

Para tratar esta parte, se parte de la distinción que el art. 98 de la Constitución efectúa sobre el sujeto que ejecuta o puede ejecutar un acto lesivo a un derecho y en contra del cual se permite ejercer la resistencia. La norma establece que estos sujetos pueden ser parte del “poder público o [...] personas naturales o jurídicas no estatales”.⁹⁴

En consideración a los fines que se ha planteado este trabajo, nuestro análisis se inclinará hacia los actos u omisiones de los órganos del poder público,⁹⁵ tomando en consideración que los conflictos de derechos entre particulares tienen salidas institucionales implantadas por el Estado para velar por el derecho a la tutela efectiva de los involucrados.⁹⁶ En este punto, nuestro criterio es que el art. 98 de la Constitución puede ser interpretado de forma demasiado amplia, pues el Estado no debería amparar la aplicación del derecho a la resistencia de determinadas personas en contra de actos u omisiones de otras personas naturales y jurídicas no estatales, es decir, entre particulares. La aplicación ilimitada de este derecho desdice de su esencia y deslegitima a los órganos de poder público, en especial a la administración de justicia, y la administración en general, como un servicio público, que si bien emana del pueblo, debe ser ejercido por la Función Judicial⁹⁷ o la función pública.⁹⁸

Por otra parte, cuando en este trabajo se presentó al derecho a la resistencia como un derecho fundamental, se lo definió como un derecho subjetivo que crea expectativas negativas de no lesiones de otros derechos.⁹⁹ Estas expectativas de no lesiones se traducen, en nuestra Constitución, en un deber estatal, de primer orden, de respetar y

⁹⁴ *Ibíd.*, art. 98.

⁹⁵ *Ibíd.*, art. 225.

⁹⁶ *Ibíd.*, art. 75.

⁹⁷ “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.” *Ibíd.*, art. 167.

“Principio de responsabilidad.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley.” Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 15.

⁹⁸ Este inconveniente ha sido también notado por Daniela Salazar, quien indica que “la norma constitucional extiende la facultad de resistirse a todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas no estatales, como empresas, corporaciones, sindicatos, gremios e incluso cualquier persona particular [lo cual permite] la oposición violenta [...] bajo el régimen constitucional ecuatoriano frente a cualquier vulneración actual o potencial de derechos constitucionales.” Daniela Salazar Marín, “La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en el Ecuador”, en *Protesta social, libertad de expresión y Derecho penal*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 70. Otro escenario que puede ocurrir es cuando el derecho a la resistencia se ejerza contra un conflicto entre particulares puesto en manos de la administración de justicia y se obtenga un fallo desfavorable y evidentemente injusto en contra de una de las dos partes. En ese caso, la resistencia se ejerce de una resolución del poder público. Lo mismo se entiende de un acto administrativo.

⁹⁹ Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, 291.

hacer respetar los derechos de las personas.¹⁰⁰ Es decir, al ser el Estado el garante de los derechos de las personas, que debe respetar y hace respetar los mismos, también que es el único obligado en contra de quien se puede resistir, sobre todo por los deberes de protección que adquirió como administrador de los derechos de las personas, tal y cual lo afirmaban las teorías contractualistas que fundaron el Estado moderno.

Ahora, otro punto de vista a partir del que se puede valorar al Estado como sujeto obligado en contra de quien se puede resistir, es como *sujeto activo* que realiza actos u omisiones que vulneren o puedan vulnerar derechos de las personas o colectividades. Se califica como sujeto activo por el simple hecho de que es el Estado el que realiza una actividad u omite una actividad esperada para violentar un derecho. Pero también lo llama sujeto activo porque entre la actividad u omisión y la vulneración del derecho debe mediar un nexo causal, así como un resultado lesivo a un derecho que tiene consecuencias jurídicas. Utilizando una institución del derecho penal como una suerte de analogía, se dice que el derecho a la resistencia funciona como una legítima defensa en contra del Estado, cuando este violenta sus deberes de protección de derechos e inclusive los vulnera.

Actos u omisiones sobre los que se puede resistir

Hasta ahora se han marcado algunos hitos en este trabajo. Uno de ellos estableció que las personas son los titulares del derecho resistencia, así también se dijo que es el Estado el obligado o sujeto activo en contra de quien se resiste. En último término, en esta parte, nuestra tarea será determinar qué acciones u omisiones son adecuadas para ejercer el derecho a la resistencia.

Para el fin propuesto, se analizarán desde otras perspectivas los derechos fundamentales. Se deja sentado el antecedente conforme el cual los derechos fundamentales son derechos subjetivos que crean expectativas jurídicas negativas, es decir, imponen el deber de no lesionar derechos.¹⁰¹ Conforme el mandato constitucional en el Ecuador, este deber de protección corresponde al Estado.

¹⁰⁰ “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 3 núm. 1 y art. 11 núm. 9.

¹⁰¹ Aparte de las expectativas positivas o de prestación. Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, 291.

Ahora bien, en su teoría de los derechos fundamentales, Alexy realiza una distinción teórico-estructural¹⁰² de norma, discriminando entre reglas y principios.¹⁰³ Existen características similares entre las reglas y los principios, pues ambos establecen lo que es debido, además que los dos pueden ser formulados como mandatos de permisión o prohibición. Pero lo que a nuestro objetivo interesa son las diferencias más que las semejanzas. En este sentido, de los varios criterios utilizados para distinguir a las reglas y a los principios, la generalidad es el más utilizado, que es relativamente alto en los principios, mientras que en las reglas es relativamente bajo. Pero para Alexy el criterio decisivo para su diferenciación no es una diferencia gradual sino cualitativa.¹⁰⁴

En este sentido, la distinción cualitativa califica a los principios como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...] por lo tanto, los principios son mandatos de optimización”.¹⁰⁵ De esta forma, los mandatos de optimización se caracterizan porque “pueden cumplirse en diferente grado y [...] la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.¹⁰⁶ En último término, las posibilidades jurídicas se determinarán por los principios y reglas opuestos.

Por otro lado, “las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos [...] contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.”¹⁰⁷ En conclusión, la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

Con el propósito de que lo dicho aporte con lo expuesto, Alexy también ha caracterizado a los derechos fundamentales como normas con un alto grado de indeterminación¹⁰⁸ con el objetivo de que su acción pueda propagarse sobre todos los aspectos de la convivencia humana, con inclusión de aquellos escenarios fácticos que no se avizoraban al momento de la sanción de la constitución. Es decir, la indeterminación no debe ser vista como un aspecto negativo, sino como la oportunidad de que la

¹⁰² Entre las varias que pueden haber.

¹⁰³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 63.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 64-67.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 68.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 68.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 68.

¹⁰⁸ Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2005), 38.

legislación secundaria y la interpretación constitucional puedan desarrollar de manera progresiva el contenido de los derechos de las personas.

En ese orden de ideas, si el derecho a la resistencia es un derecho negativo de no lesiones y el Estado es el obligado a tolerar ese ejercicio de autotutela de derechos, y si además la resistencia, como derecho fundamental, es un mandato de optimización de lo preceptuado por la norma y se ha establecido con cierta indeterminación las conductas, sean acciones u omisiones, que pueden ser utilizadas por las personas para resistirse, la interpretación de estas conductas deben admitir una gran amplitud. Más aun, al ser el derecho a la resistencia una autotutela de los derechos y son los ciudadanos quienes asumen la tarea de interpretar de forma directa la constitución y el contenido de sus derechos, los únicos quienes tienen la potestad de asumir que una conducta es o no adecuada para hacer frente a la vulneración o posible vulneración de sus derechos constitucionales o demandar el reconocimiento de nuevos derechos, son las personas.

De tal suerte que las formas de resistencia pueden ser variadas y pueden abarcar diferentes formas de lograr sus objetivos. Al exponer la desobediencia civil, se narró que Thoreau se resistió a la decisión de Estados Unidos de iniciar la ilegítima e inmoral guerra contra México de 1846, cuyo trasfondo era económico, y se negó a pagar sus impuestos. El filósofo norteamericano *omitió* cumplir con una obligación ciudadana pues su conciencia no podía permitirle ser cómplice de la inmoralidad de su gobierno. Otro ejemplo es el de la objeción de conciencia en cuanto a las prácticas de no violencia, para resistirse a cumplir el servicio militar obligatorio.¹⁰⁹ Medios como el uso de distintivos en la vestimenta para mostrar contrariedad contra una decisión estatal; un plantón de mujeres en *topless* en contra de leyes reputadas como machistas; las manifestaciones artísticas, como bailes, teatro o danza, que interrumpen el normal tráfico de vehículos; una caravana de ciclistas que invada el espacio público para exigir más espacio en las vías, así como el diverso uso de redes sociales para expresar el descontento de la gente sobre cualquier tema de la vida política de una país, entre otros, pueden ser considerados actos de resistencia, al igual que la tan usual manifestación de adolescentes de un colegio, quienes en la calle enfrentan a los policías para poder ejercer su derecho a resistirse o, en último término, para defender su derecho a expresar

¹⁰⁹ La objeción de conciencia es un derecho de libertad determinado en el art. 65 núm. 12. El servicio militar dejó de ser obligatorio en el Ecuador desde el 2008 cuando la Constitución, en su art. 161, lo determinó de esa forma.

su descontento. Todas estas expresiones buscan que los grupos excluidos del debate democrático sean visibilizados y sus necesidades discutidas en la agenda nacional.

Por otro lado, cabe aclarar que el límite de las acciones que se realicen para resistir el derecho se define en la línea que lo separa de los demás derechos fundamentales. El derecho a la resistencia es un derecho fundamental y por lo tanto no es un derecho absoluto, tiene igual jerarquía frente a los otros derechos y puede entrar en colisión con alguno de ellos. Sobrepasado ese límite y en colisión directa con otros derechos, es nuestra opinión que quienes ejercen el derecho a la resistencia deben responder sobre las lesiones a bienes jurídicos que hayan provocado sus conductas.

Para establecer el límite de los actos de resistencia, se puede acudir al examen del principio de proporcionalidad constitucional, de acuerdo al análisis de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.¹¹⁰ Al no tratarse de una limitación o privación de derechos por parte del Estado, la aplicación de estos principios no se debe considerar en sentido estricto. Con esta salvedad, la *idoneidad* del derecho a la resistencia se considera mediante el vínculo entre el derecho que se quiere proteger y la acción adoptada para resistir. En cuanto a la *necesidad* de las acciones adoptadas para resistir, no se debe evaluar el hecho que se hayan presentado o no acciones institucionales para resolver el conflicto, sino determinar en qué medida se han conseguido resultados positivos sobre el conflicto en los acercamientos entre quienes se resisten y las autoridades competentes. Si estos son nulos y, en consecuencia, no se han escuchado las peticiones de los descontentos, la resistencia deviene en necesaria. Finalmente, en la *proporcionalidad en sentido estricto* se analiza que los medios mediante los cuales se resiste hayan sido racionales, es decir, que los manifestantes tenían la obligación de minimizar los daños a los derechos de otras personas durante su protesta.¹¹¹ En el evento que se supere la idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto, habrá cabida al uso del derecho penal, pero su uso deberá obedecer también a parámetros legales y racionales y no a un uso desproporcionado de la sanción estatal para limitar la protesta social.

¹¹⁰ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 66-68.

¹¹¹ Cordero, “El derecho a la resistencia y la criminalización de la defensa de los derechos humanos y la naturaleza”, 53-54.

Capítulo segundo. Criminalización de la protesta social. Análisis de caso

Nuestro primer capítulo estableció que el derecho a la resistencia es un derecho fundamental, cuyos titulares son todas las personas, y una garantía extra-institucional que permite la autotutela de otros derechos fundamentales. La Constitución del Ecuador regula este derecho en su art. 98 y establece que todas las personas pueden resistirse a través de cualquier acto idóneo para tutelar sus derechos, contra acciones u omisiones de poderes públicos o de personas naturales o jurídicas. En suma, el derecho a la resistencia es una prerrogativa del ciudadano para interpretar la Constitución con la finalidad de repeler una conducta que vulnere sus derechos.

En todo acto de resistencia existirán dos sujetos, (a) un titular del derecho a la resistencia, es decir, las personas, y (b) un obligado a no vulnerar derechos de las personas o sujeto activo, o sea, los poderes públicos y las personas naturales y jurídicas no naturales. Pero también existen otros sujetos que pueden resultar afectados durante el ejercicio de actos de resistencia, a quienes se considera como sujetos accidentales, porque pueden o no presentarse. En este sentido, lo más importante es que siempre habrá una colisión entre los derechos de todos los intervinientes en la resistencia, tanto de los titulares del derecho, los obligados o sujetos activos y los sujetos accidentales.

En definitiva, una vez que las personas que ejercen la resistencia evalúan los aspectos enunciados párrafos atrás, en especial la idoneidad, necesidad y la intensidad en la afectación de derechos de terceros, se debe considerar si la colisión del derecho a la resistencia ha dejado como resultados daños desproporcionados al que el uso de la resistencia puede considerar razonable. Al fin y al cabo, la apertura de vías de derecho para reparar un derecho ilegítimamente violentado se activará desde el momento en que se han sobrepasado los límites de la resistencia.

En cualquier caso, si en ciertas circunstancias la resistencia ha desbordado los estándares permitidos, el Estado tiene el deber de protección de los derechos de las personas, naturales o jurídicas, u órganos del poder público que puedan estar afectados injustamente. Sin embargo, aún en estos casos, el derecho deberá buscar en todo el ordenamiento jurídico cuál es la vía idónea para sancionar el exceso producido en la resistencia. En ese sentido, no se puede acudir directamente a soluciones radicales para

solucionar ese conflicto, como el derecho penal, pues la Constitución, a través del principio de mínima intervención penal,¹¹² prohíbe esta vía. En efecto, el derecho penal solo puede accionar el poder punitivo del estado en contra de ataques muy graves a bienes jurídicos sustanciales de las personas. Las consecuencias del reconocimiento de este principio es el carácter subsidiario, accesorio o secundario del derecho penal frente a otras ramas del derecho.¹¹³ En otras palabras, cuando exista una perturbación leve al ordenamiento jurídico, se deberá acudir a otros ámbitos del derecho.

Sin embargo, el Estado ecuatoriano pocas veces ha podido diferenciar entre el derecho a la resistencia, dentro o fuera de sus límites permitidos, y encausar esos conflictos de manera adecuada. Cuando un gobierno ha establecido una política criminal,¹¹⁴ el debido proceso, la seguridad jurídica, la tutela efectiva u otros principios no han sido obstáculos para perseguir ciertos actos considerados contrarios a las decisiones estatales y el poder ha hostigado a determinados grupos sociales o a personas que se ha negado a obedecer. Sin ir más lejos, la Ley de Minería en el Ecuador fue aprobada en el año 2009, sin contar con la consulta pre-legislativa a las nacionalidades indígenas y la sanción de esa ley fue defendida por la autoridad del gobierno de Rafael Correa utilizando el derecho penal. Los dirigentes y colectivos indígenas que se resistieron a la aprobación de la ley fueron investigados y judicializados, tratados como “delincuentes, extorsionadores, terroristas, sabotadores, secuestradores, violadores de la ley, de promover la asociación ilícita para delinquir, falsos defensores de derechos humanos, etc.”¹¹⁵ por el propio Presidente de la república.

¹¹² “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.” Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 3. “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y *mínima intervención penal*, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas” (énfasis añadido). Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 195 inc. 1.

¹¹³ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, (Valencia: Tirant lo Blanch: 2010), 72-74.

¹¹⁴ “[L]a **Política Criminal** [...] e]n un primer sentido, consiste en aquel *sector de la política* que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico-penal responde a una determinada orientación político-criminal y expresa una determinada política criminal [...] no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica.” Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General* (Barcelona: Editorial Reppertor, 2014), 31.

¹¹⁵ Gloria Chicaiza, “Minería y derechos humanos: conflictividad y criminalización, *Ecuador 2010*”, *Informe de sobre derechos humanos*, com. Programa Andino de Derechos Humanos (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2010), 74.

En conclusión, este capítulo abordará un caso de protesta social, el de los alumnos del Colegio Central Técnico, cuyos hechos se dieron en el año 2013 en la ciudad de Quito. Se expondrán los hechos del caso, así como se analizarán los principales elementos investigativos y las resoluciones judiciales, confrontándolas con el derecho a la resistencia, analizado en el primer capítulo de este trabajo, y la teoría del delito. Nuestro objetivo es mostrar que el ejercicio del derecho a la resistencia, en tanto derecho fundamental y garantía constitucional extra-institucional, puede ser un límite para criminalizar la protesta social y que las conductas que se utilicen para resistir no pueden escalar las diferentes categorías dogmáticas para llegar a una pena.

1. Caso de los estudiantes del Colegio Central Técnico

1.1 Antecedentes

En el año 2006 Rafael Correa Delgado ganó las elecciones presidenciales en el Ecuador, se reelegiría en el año 2009 y en 2013, de esta forma gobernaría el país durante diez años. El gobierno de la denominada Revolución Ciudadana encontró al país en una fuerte crisis política e institucional y en ese contexto desarrolló un robusto aparato institucional para la regulación, así como burocratización de la participación ciudadana y control social. En ese sentido, los amplios triunfos electorales de Correa permitieron la reducción de opiniones potencialmente críticas y casi logró desaparecer del mapa político a los movimientos sociales o los fundió en el super-estado que se empeñó en forjar.¹¹⁶

En ese contexto de dominio político casi absoluto, devendría en mayo de 2008 una consulta popular, mediante cuyas preguntas se logró realizar una reestructuración de la Función Judicial, la cual, después de un Consejo de la Judicatura de Transición, dio a paso a un sistema en el que sus consejeros serían designados por ternas remitidas por las diferentes funciones del Estado y serían elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Es decir, la Revolución Ciudadana no solamente consiguió remover a los operadores de justicia que consideró innecesarios o indeseables, sino que pudo también reclutar a nuevos funcionarios a su arbitrio y montar un aparato mediante el cual se pudiera controlarlos a través de los órganos disciplinarios del

¹¹⁶ Andrés Ortiz Lemos, "Sociedad civil y Revolución Ciudadana en Ecuador", *Revista Mexicana de Sociología* 76, No. 4 (2014): 583-6012, ISSN: 0188-2503/14/07604-03..

Consejo Nacional de la Judicatura y, en específico, a través de la figura legal del error inexcusable, que permitía destituir a cualquier funcionario judicial casi sin fórmula de juicio.¹¹⁷

En resumen, durante el año 2013, el correísmo tenía bajo su dominio absoluto todos los poderes del Estado, de forma legal, y tenía control sobre la Función Judicial. En ese contexto, en marzo de 2011 entra en vigencia la Ley Orgánica de Educación Intercultural, iniciando una nueva reforma educativa en el Ecuador, uno de los pilares fundamentales de la propuesta de la revolución ciudadana. Dentro a lo que respecta a nuestra investigación, esta ley establece el bachillerato general unificado, el que a su vez diferencia dos bachilleratos distintos, uno en ciencias y otro técnico. El bachillerato técnico “además de las asignaturas del tronco común, ofrecerá una formación complementaria en áreas técnicas, artesanales, deportivas o artísticas que permitan a las y los estudiantes ingresar al mercado laboral e iniciar actividades de emprendimiento social o económico”.¹¹⁸

Sin embargo, a diferencia del antiguo sistema, la nueva ley estableció un bachillerato técnico productivo, de carácter optativo, que duraba un año adicional¹¹⁹ y debía ser certificado por el Sistema Nacional de cualificaciones profesionales.¹²⁰ Las reformas mencionadas fueron aplicadas inmediatamente en el sistema educativo nacional y fue una política estatal su regulación a nivel nacional, lo que provocaría algunos inconvenientes sobre todo en el bachillerato técnico, cuyos estudiantes no proyectaban continuar sus estudios, es decir, continuar sus estudios, sino más bien iniciar su vida laboral.

1.2 Los hechos

Durante el mediodía de 22 de febrero de 2013, la mayor parte de noticieros televisivos presentaban, aún en directo,¹²¹ la protesta que varios estudiantes del Instituto Tecnológico Superior Central Técnico protagonizaban desde horas de la mañana de ese

¹¹⁷ Luis Pásara, *Independencia Judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana* (Washington DC: Fundación para el Debido Proceso, 2014), 41 a 60

¹¹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Intercultural*, Registro Oficial 417, Segundo Suplemento, 31 de marzo de 2011, art. 43.

¹¹⁹ *Ibíd.*, art. 44.

¹²⁰ *Ibíd.*, disposición general décimo sexta.

¹²¹ Diario La Hora, “Estudiantes del colegio Central Técnico protestaron en el norte de Quito”, video de YouTube, a partir de un reportaje emitido por el noticiero Televistazo del canal televisivo Ecuavisa, emisión de medio día de 22 de febrero de 2013, 2013, 03:24, <https://youtu.be/bVN16W03ai0>.

día. El motivo de su protesta era un posible cambio del nombre de su colegio, el cual de “Instituto Tecnológico Superior”¹²² pasaría a ser “Unidad Educativa”. El cambio de denominación produciría que las horas de clases prácticas disminuyan y que el título que recibirían al final de su carrera fuera un bachillerato unificado y no un título técnico como normalmente se entregaba.¹²³ Además existían otras inconformidades, como el hecho que las máquinas en las que hacían sus prácticas tenían más de veinte años de antigüedad y apenas se podían usar,¹²⁴ poniendo en duda la calidad de la educación de ese centro de estudios.

En ese contexto, Mónica Franco, Viceministra de Gestión Educativa a la fecha de los hechos, horas después del incidente, convocó a una rueda de prensa en la ciudad de Guayaquil para indicar que los estudiantes de ese colegio había sido “producto de una manipulación política de fuerzas que están desesperadas por el triunfo que ha tenido la revolución ciudadana”, y que son líderes gremiales quienes han incitado las demostraciones violentas de los estudiantes. La señora Franco aclaró que el Central Técnico no perdería su calidad de técnico y que se lo repotenciaría en ese ámbito. Indica que algunas personas adultas, encapuchadas, forzaron las puertas e irrumpieron en el establecimiento educativo, logrando que los estudiantes salgan a las calles a protestar. Además, revela que, auxiliada de otras entidades (se presupone que por la Policía Nacional), han controlado la protesta, justificando la intervención policial, para “la seguridad de los estudiantes”. Termina diciendo que se han abierto negociaciones con los manifestantes, con el fin de recomendarles que acudan a las instancias correspondientes, precautelando “el diálogo a la protesta, que resulta inútil”.¹²⁵

¹²² “El Instituto Tecnológico Superior Central Técnico (ITSCT) es una institución pública de educación superior, laica, creada por el gobierno del Dr. Gabriel García Moreno el 9 de noviembre de 1871 [...] el Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP) le otorga el Registro Institucional Nro. 17-028, de fecha 20 de octubre de 2000, con las especialidades de: Electricidad, Electrónica, Mecánica Industrial y Mecánica Automotriz [...] forma parte del Sistema de Educación Superior conforme lo establece al Art. 352 de la Carta Suprema del Estado y el Art. 14 literal b) de la Ley Orgánica de Educación Superior, LOES. [...] A partir de 2013 la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT) realiza las gestiones pertinentes para que el nivel tecnológico no dependa administrativamente del nivel medio.” Ecuador Instituto Tecnológico Superior Central Técnico, “Historia”, Instituto Tecnológico Superior Central Técnico, accedido 01 de noviembre de 2018, parr. 1, 2, 3 <https://itsct.edu.ec/portal/historia/>.

¹²³ El Universo, “Daños y detenidos en protesta de colegio Central Técnico en Quito”, 23 de febrero de 2013. <https://www.eluniverso.com/2013/02/23/1/1355/danos-detenidos-protesta-colegial.html>.

¹²⁴ Últimas Noticias, “Bullas en el Central”, *Últimas Noticias*, 23 de febrero de 2013, 2.

¹²⁵ Educación Ecuador, “PROTESTAS COLEGIO CENTRAL TÉCNICO RUEDA DE PRENSA”, Video de YouTube, a partir de una rueda de prensa convocada por Mónica Franco, Viceministra de Gestión Educativa, de 22 de febrero de 2013, 2013, 03:30, https://youtu.be/jWX2JGI_2iA.

La manifestación se habría originado desde aproximadamente las 07:00 y la iniciaron un pequeño grupo de estudiantes apostados afuera del Colegio. Este grupo se nutriría después con la presencia de varios estudiantes de los cuartos cursos, quienes regresaban de una actividad de Educación Vial en el Rancho San Vicente. Este grupo no debía retornar al colegio, pues les ordenaron regresar inmediatamente a su casa después del evento. Muchos de estos estudiantes regresaron a la institución formando un solo grupo y llegaron silbando a los exteriores del Central Técnico.

A esa hora, entre las 09:00 y 10:30, las autoridades del Colegio, acompañados de la Subsecretaria de Educación, convocaron a todos los alumnos de la institución al patio central y les comunicaron sobre el cambio de denominación de la institución, detalle que no fue informado antes. La noticia fue muy mal recibida por los alumnos, quienes ni siquiera permitieron que finalice este acto y procuraron salir de las instalaciones y unirse al grupo de estudiantes que se encontraban afuera del colegio reclamando sobre el mismo asunto.

En los alrededores del Colegio los hechos eran distintos. Antes del medio día de ese día la Policía había arribado a la Av. Gaspar de Villarreal y calle Japón, donde queda ubicado la institución educativa, encontrando aproximadamente a seiscientos alumnos, quienes estaban “realizando manifestaciones violentas, daños contra la propiedad privada, pública y contra el personal policial que se encontraba colaborando en ese lugar.”¹²⁶

La manifestación de los estudiantes había provocado algunos daños materiales en la propiedad pública y privada. A saber, un restaurante que se encontraba frente al colegio había sufrido la destrucción de seis de sus ventanales, cuya reposición, conforme la proforma que se encontró en el expediente judicial, podría costar aproximadamente trescientos cuarenta dólares.¹²⁷ Además, seis motocicletas de uso policial presentaban daños en su estructura, aunque luego se podría justificar solo los

¹²⁶ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Parte de detención”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 22 de febrero de 2013, 01 a 34.

¹²⁷ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Orden de trabajo de W.ALVID”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 22 de febrero de 2013, 10.

daños en cinco de ellas.¹²⁸ El avalúo de los daños en bienes de la Policía Nacional ascendía a setecientos noventaicinco dólares. Finalmente, la señalética de tránsito que fue afectada por la manifestación tenía un valor de mil dólares.¹²⁹ Es decir, los daños materiales, tanto de la propiedad privada como de la propiedad pública, ascendían a dos mil ciento treinta y cinco dólares.

Por otra parte, conforme lo señala el parte policial, las personas aprehendidas después de la manifestación eran sesentaisiete, entre los que se encontraban doce mayores de edad. Asimismo, el documento aludido no indicaba que se hubieran producido lesiones personales en ninguno de los policías que controlaron la manifestación. Con esos antecedentes, los policías señalaron que la hora de la aprehensión fue a las 11:30 de ese mismo día.

Una vez que los policías aprehensores llegaron a la Unidad de Flagrancia de Quito y debido a que en el grupo de estudiantes aprehendidos existían menores y mayores de edad, se realizaron dos partes policiales. El parte de los cincuentaicinco adolescentes fue a parar a manos del Fiscal de Adolescentes Infractores, quien llevó a los menores ante el Juez especializado en este ámbito. Los adolescentes fueron liberados después de pagar los daños ocasionados y de imponérseles medidas socioeducativas, tales como trabajo comunitario y presentación periódica ante la DINAPEN,¹³⁰ sin contar con las medidas administrativas que serían impuestas posteriormente en su contra por el Colegio. Posteriormente, los adolescentes involucrados en el hecho fueron trasladados a otros centros educativos, donde culminaron sus estudios.

Por otro lado, el parte policial de los mayores de edad fue entregado a la Unidad Judicial de Contravenciones Flagrantes del D.M.Q., y dentro del expediente se puede

¹²⁸ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Informes técnicos mecánicos y avalúos de daños materiales No. 094, 095, 096, 097, 098-B-2013”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 22 de febrero de 2013, 131 a 154.

¹²⁹ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Informe técnico de avalúo de daños materiales No. 28-K-2013-FLAGRANCIA”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 22 de febrero de 2013, 155 y 156.

¹³⁰ El Comercio, “Tensión en el Central Técnico por juicio en contra de 12 estudiantes”, *El Comercio*, 26 de febrero de 2013, 5.

verificar una razón de sorteo de ese día, a las 18:14.¹³¹ Inexplicablemente la Jueza de contravenciones flagrantes remite el parte policial a la Unidad de Flagrancia, indicando que “[r]evisadas las circunstancias de los hechos en especial la destrucción de bienes con violencia, y demás circunstancias (sic) hacen presumir a la suscrita el cometimiento de un presunto delito de Sabotaje a servicios públicos o privados y el presunto delito de destrucción con violencia a bienes muebles ajenos”.¹³²

Horas después, a las 00:48 de 23 de febrero de 2013, los doce mayores de edad comparecen ante la Jueza de garantías penales, para la Audiencia de Calificación de Flagrancia. Fabián Almeida, Fiscal que compareció a la audiencia, conforme el acta resumen, estableció que los estudiantes aprehendidos interrumpieron el tráfico, agredieron con piedras y otros objetos a los policías, ocasionaron daños a las motocicletas policiales y a la propiedad privada. Indica que a los policías “se les ha destinado a controlar el hecho [...] donde fueron atacados con piedras [...] estaban cumpliendo con su obligación [,] la rebelión en éste código existen varios tipos (sic). El concierto previo es obvio donde se ha cumplido ir contra la fuerza pública (sic.) por esta razón, de las evidencias que constan pasamontañas, camisetas, entre otros. Por estas consideraciones fiscalía da inicio a instrucción fiscal [...] por el delito tipificado en el Art. 221 inciso primero del Código Penal, por el Delito de Rebelión (sic)”,¹³³ y solicita la prisión preventiva.¹³⁴

La Jueza acoge en su totalidad las solicitudes de fiscalía, declara la legalidad de la aprehensión de los estudiantes y la situación de flagrancia, además toma en consideración el delito imputado por Fiscalía, asegurando que los estudiantes “ejecutaron manifestaciones de rechazo a la Autoridad, ofensa a la seguridad pública a

¹³¹ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Acta de razón de sorteo”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 22 de febrero de 2013, 35.

¹³² Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Oficio N.-249.-2013.UCF”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 22 de febrero de 2013, 48.

¹³³ Art. 221.- CP.- Si la rebelión ha sido cometida por muchas personas y a consecuencia de un concierto previo, los rebeldes que lleven armas serán reprimidos con reclusión menor de tres a seis años; y los otros, con prisión de uno a tres años. [...]

¹³⁴ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q., “Acta de Audiencia de Calificación de Flagrancia”, en *Juicio No. 17281-2013-0508*, 23 de febrero de 2013, 56.

los bienes del Estado y desobedeciendo a los agentes de policía quienes trataron de apaciguar las manifestaciones”, y dicta prisión preventiva.¹³⁵

Se debe resaltar que el oficial de policía a cargo de la aprehensión intervino en la audiencia e indicó que los alumnos habían tratado e agredir a las autoridades del Colegio y del Ministerio de Educación y que por esa razón “tuvimos que sacarlos”, debiendo entender que los policías ingresaron a las instalaciones del colegio.¹³⁶

Una vez iniciado el proceso, se concedió a Fiscalía el plazo de treinta días para realizar su investigación. Ante estos acontecimientos, la situación de los doce estudiantes detenidos era dramática. Sus padres redactaron una carta pública dirigida al entonces presidente de la república, Rafael Correa, en la cual pedían que el mandatario “perdone” a los implicados, así como solicitaban disculpas públicas por los sucesos ocurridos. Los representantes de los muchachos negaban que sus hijos o ellos tuvieran algún nexo con agrupaciones políticas y le pidieron al gobierno que los muchachos no sean tratados como delincuentes.¹³⁷

Como reacción a lo sucedido los estudiantes recibieron muestras de apoyo y solidaridad por su situación. Los medios de comunicación y la población en general rechazaron la desproporción de la forma en que las autoridades trataron el tema y manifestaron su indignación por la actitud arrogante del presidente de la República. En ese contexto, la Federación de Estudiantes Secundarios del Ecuador (FESE), padres y compañeros de aulas realizaron marchas en apoyo a los doce detenidos, pidiendo que se los exculpe de los cargos, indicando que eran estudiantes, no terroristas.¹³⁸

Después, el 15 de marzo de 2013, ante un Juez distinto ante quien se inició el proceso penal, se realizó una audiencia de revisión de la medida cautelar de prisión preventiva. En esta diligencia judicial se dictaron medidas distintas a la privación de la libertad solamente para dos de los doce estudiantes procesados,¹³⁹ a pesar de que el Fiscal que compareció a esta audiencia no se opuso a la sustitución de esa medida cautelar en ninguno de los doce casos, indicando que no habría peligrosidad en sus personalidades para considerar esta medida. El juez se amparó en una prohibición

¹³⁵ *Ibíd.*, 56.

¹³⁶ *Ibíd.*, 57.

¹³⁷ Últimas Noticias, “Drama y angustia viven padres de los 12 jóvenes”, *Últimas Noticias*, 27 de febrero de 2013, 7. El Comercio, “Alumnos investigados por ‘rebelión’ irán a primera audiencia en 30 días”, *El Comercio*, 27 de febrero de 2013, 1; 5.

¹³⁸ El Comercio, “Una marcha por los alumnos del C. Técnico”, *El Comercio*, 6 de marzo de 2013, 1; 5. Últimas Noticias, “Padres marcharon por la libertad de sus hijos”, *Últimas Noticias*, 06 de marzo de 2013, 14.

¹³⁹ Jefferson Cajamarca Pilaquinga y David Efraín Castro Montalvo.

expresa que se encontraba vigente en el Código de Procedimiento Penal¹⁴⁰ que no permitía la sustitución de la prisión preventiva en delitos contra la administración pública y sancionados con pena de reclusión. En tal caso, se sustituyó la privación de la libertad a uno de los estudiantes por padecer de una afección cardíaca¹⁴¹ y al otro por cuanto los elementos de convicción con los cuales se habría dictado esa medida en su contra se habrían desvanecido.¹⁴²

El 28 de marzo de 2013 se evacuó la audiencia preparatoria de juicio.¹⁴³ Los abogados en sus intervenciones, de forma desesperada, invocan el ejercicio del derecho a la resistencia a favor de los estudiantes, esperando que la Jueza encargada de esta audiencia falle a su favor. Sin embargo, aquel no sería el camino por el que transitaría la suerte de los estudiantes. Sorpresivamente, el Fiscal que realizó la investigación se abstuvo de acusar a los doce estudiantes. El funcionario fundamentó su decisión en algunos elementos, entre ellos, (1) videos del día del incidente, en los que *no se puede identificar a ninguno de los procesados*, tomando en consideración que ya de por sí eran aproximadamente seiscientos estudiantes los que manifestaban y que solo fueron detenidos sesentaisiete, de quienes solo se detuvieron a doce mayores de edad. Incluso menciona versiones de profesores, quienes no identifican a ninguno de los estudiantes procesados como quienes manifestaban ese día, y lo mismo de varios policías, que no pueden ubicar físicamente a los procesados en la manifestación, por haber sido demasiadas personas involucradas en los incidentes.

Por otro lado, (2) Fiscalía no pudo determinar que los estudiantes hayan actuado *previo concierto o acuerdo* para realizar la rebelión, es decir, la destrucción de bienes

¹⁴⁰ “Revisión.- [...] Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de delitos sexuales, de odio, de los sancionados con pena de reclusión o cuando no exista reincidencia, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario [...]” Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 360, Suplemento, 13 de enero de 2000, art. 171 inc. 2.

¹⁴¹ La defensa de Jefferson Cajamarca Pilaquina consiguió que se le realice un examen médico legal el 21 de marzo de 2013, el que, acompañado de un eco cardiograma, revela que el muchacho padece de un soplo cardíaco. Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q., Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Informe No. 2540-FP-UAPI-ML-2013”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 21 de marzo de 2013, 170 a 176.

¹⁴² Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q., “Acta de audiencia de revisión de medidas cautelares”, en *Juicio No. 17281-2013-0508*, 15 de marzo de 2013, 20 a 24.

¹⁴³ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q., “Acta de audiencia preparatoria de juicio”, en *Juicio No. 17281-2013-0508*, 28 de marzo de 2013, 16 a 19.

públicos y privados; no hubo una reunión ni planificación, y solamente se verificó la reunión dentro del colegio, convocada por las autoridades de la institución y del Ministerio de Educación, para anunciar el cambio de nombre. Finalmente, (3) Fiscalía no pudo verificar que alguno de los estudiantes se haya encontrado en posesión de armas. Indica el funcionario que “Fiscalía no puede perseguir un delito de esta manera, sin poder determinar quien (sic) es el agresor, quien (sic) contraviene la Ley Penal, en que (sic) forma, a qué hora, evidentemente su señoría de los múltiples elementos de convicción que he presentado”.¹⁴⁴

Los abogados, familiares y los estudiantes recibieron emocionados la noticia y felicitaron a Fiscalía por aquella decisión. A pesar de aquello, sabían que este dictamen abstentivo pasaría inmediatamente a conocimiento del Fiscal Provincial de Pichincha, a quien se debía consultar sobre el dictamen emitido por el Fiscal inferior.

El fiscal que conoció la investigación fue Borman Peñaherrera. El día de la audiencia preparatoria de juicio, mientras él se encontraba en su despacho en la Unidad de Flagrancia de Quito, refiere que

recibo la visita de dos personajes, que no recuerdo los nombres [...] se presentaron con credenciales como funcionarios de la Presidencia de la República [...] me manifestaron [...] que en ese momento estaban reunidos el señor presidente de la república, en ese tiempo el economista Rafael Correa, con el doctor Alexis Mera y otras personas más [...] y que estaban por resolver el destino de este caso. Yo me sorprendí frente a ese hecho y les manifesté abiertamente que quien debía resolver ese caso era yo y no ninguna otra persona. Estos señores se retiraron y no me dijeron nada más [...] bajé y estas personas estaban en la sala, yo me acerqué y les manifesté [...] “miren a los muchachos [...] ¿ustedes creen que estos muchachos son unos delincuentes? ellos hasta se están orinando en los pantalones, ellos son estudiantes del colegio Central Técnico.” Se instaló la diligencia y obviamente me abstuve de acusar [...] se dispuso la inmediata libertad de los muchachos [...] luego de haber pasado unos días en prisión. Por referencias tengo conocimiento que fueron acusados [...] y que fueron sentenciados al mismo tiempo que pasaron en prisión. ¿Cuál es la lectura mía personal de este tema? Es que de alguna manera quisieron cubrir la ilegalidad de esta detención para evitar demandas internacionales [...] esto para mí era [evidentemente] una falta contravencional [...] hubieron daños pero estos daños no se podía endilgar responsabilidad a estos muchachos. Lo que procedía en mi criterio era hacer una investigación para ver quiénes eran los causantes de esos daños y sancionarles a los muchachos con una contravención y no con un delito, para mí fue demasiado, fue excesivo [...].¹⁴⁵

La “visita” que recibió el Dr. Peñaherrera hace intuir que posiblemente otros funcionarios que conocieron el caso pudieron haber recibido visitas parecidas para

¹⁴⁴ Ibid., 17.

¹⁴⁵ Borman Peñaherrera, entrevistado por el autor, 21 de noviembre de 2018. Para leer entrevista completa ver anexo 1.

conseguir resultados favorables al gobierno. Con ese antecedente, llama la atención que la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones, quien recibió el caso en primera instancia y pudo haber realizado una audiencia para resolver la situación de los estudiantes, haciendo una interpretación favorable para tipificar los hechos suscitados una contravención, prefirió inhibirse y remitir el caso a la Unidad de Flagrancia de Quito, para que la Fiscalía y un Juez de Garantías Penales conozcan el parte policial, en un proceso más largo y lesivo de derechos. En ese sentido, se analizarán otros elementos que consolidan esta teoría de intromisión estatal en la justicia.¹⁴⁶

Una vez que el fiscal se abstuvo de acusar, la jueza que conoció la abstención emitió esta en consulta al fiscal superior. El Fiscal Provincial revocó el dictamen abstentivo del Dr. Peñaherrera y remitió el caso a otro Fiscal de primer nivel, quien por mandato de la ley debía emitir un dictamen acusatorio en la nueva audiencia. Pasarían casi dos meses, para que un Juez de la Unidad de Flagrancia vuelva a convocar a una nueva audiencia preparatoria de juicio.

Luego de varios señalamientos, el 12 de junio de 2013, el nuevo fiscal de la causa, José Luis Jaramillo, compareció a la audiencia preparatoria de juicio.¹⁴⁷ A diferencia del fiscal Peñaherrera, el fiscal Jaramillo valora de forma diferente los mismos elementos de convicción, entre ellos se encuentran los (1) videos; (2) algunos objetos, como bates de béisbol y cadenas, considerados como armas;¹⁴⁸ (3) evidencias como pañoletas y pasamontañas, objetos que sirvieron para ocultar los rostros de los procesados y causar daños;¹⁴⁹ (4) en cuanto a estos daños, el fiscal refiere que fueron

¹⁴⁶ La intromisión en la justicia en el Ecuador se puede ver como una práctica no solo común sino también bien organizada y sistematizada. La implantación de un Consejo de la Judicatura con las facultades que ostenta hasta el día de hoy, acompañado del uso del error inexcusable que está fuera de vigencia, permitiría que el poder político intervenga en las decisiones de los jueces. El temor de los operadores de justicia era ser sancionados y destituidos por actos inherentes a sus actividades jurisdiccionales. Sumado a aquello, el debido proceso y el derecho a la defensa eran derechos violentados a los funcionarios judiciales por parte de las autoridades disciplinarias del Consejo de la Judicatura. Luis Pásara, *Independencia Judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana* (Washington DC: Fundación para el Debido Proceso, 2014), 41 a 60.

¹⁴⁷ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q., “Acta de audiencia preparatoria de juicio”, en *Juicio No. 17281-2013-0508*, 12 de junio de 2013, 8 a 12.

¹⁴⁸ El informe de reconocimiento de evidencias identificó varios objetos en cadena de custodia, entre ellos (1) un bate, (2) cinco camisetas, (3) una bufanda, (4) un pasamontañas, (5) un pañuelo, y (6) una cadena metálica. Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Informe de reconocimiento de evidencias No. 195-2013”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 07 de marzo de 2013, 157 a 165.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 157 a 165.

causados a motocicletas, señales de tránsito y propiedad privada, entre los que se menciona el restaurante; y, finalmente, (5) lesiones personales a servidores policiales.¹⁵⁰

El Fiscal indica que los estudiantes procesados

han actuado de manera violenta y pública y no han hecho caso a las órdenes emanadas por las autoridades policiales, se han resistido, previamente han planificado los hechos graves, antes detallados, [...] ocasionando un *grave perjuicio a la institucionalidad del estado y orden público* [...] y paz pública, se han resistido una orden legítima (sic) de autoridad, aquí habido (sic) un concierto, y una organización previa, que afecta a todos los ciudadanos (énfasis añadido).¹⁵¹

El Juez, una vez que escucha a los sujetos procesales, sin ningún otro razonamiento, indica que “de los resultados de la instrucción fiscal que han sido presentados en ésta audiencia se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como AUTOR, dictó AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO”¹⁵² en contra de los doce estudiantes procesados, por el delito tipificado y sancionado en los art. 218 y 221 inciso primero del Código Penal, por el delito de rebelión. La resolución del juez no solventó las alegaciones realizadas por los abogados de la defensa de los estudiantes y tampoco motiva su decisión de llamar a juicio, contraviniendo su deber constitucional de motivación y fundamentación de las decisiones de autoridad pública.

Lo más relevante de esta parte, es que a pesar de la tipificación del llamamiento a juicio por el inciso primero del art. 221 CP, el juez no dicta la prisión preventiva de los estudiantes, cuando pudo haberlo hecho. Para explicar aquello, se debe entender que el inciso segundo del art. 221 CP (que no fue el tipo acusado por Fiscalía), establecen penas menores a un año de prisión. En este inciso se determina, por un lado, en la primera parte del mismo, que cuando no ha existido concierto o acuerdo previo, pero sí armas, la pena es de tres meses a un año, y, por otro lado, en su última parte, cuando no han existido armas ni concierto previo, será de quince días a tres meses.¹⁵³ A pesar de ser una resolución que beneficiaba a los procesados, el contrasentido es peculiar, pues el

¹⁵⁰ Del expediente no se han verificado pericias médico-legales sobre esta afirmación.

¹⁵¹ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q., “Acta de audiencia preparatoria de juicio”, 9.

¹⁵² *Ibíd.*, 12.

¹⁵³ “Si la rebelión no ha sido el resultado de un concierto previo, los culpados que llevaran armas serán reprimidos con prisión de tres meses a un año; y los otros, con prisión de quince días a tres meses.” Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 221 inc. 2 (sin vigencia). Por la redacción de la norma, se entiende que el legislador, al referirse a “los otros”, designa a aquellos participantes de la rebelión que no llevan armas y, por supuesto, cuando la rebelión no es resultado de un acuerdo previo entre los rebeldes.

Juez, a pesar de llamar a juicio por rebelión con concierto previo y con armas, toma en consideración la tipificación que prescinde del concierto y de las armas, en una suerte de adelantar criterio en cuanto a que no se podrán justificar esos dos elementos del tipo objetivo.

Con posterioridad, el expediente fue sorteado al Tribunal Noveno de Garantías Penales, encargado, en ese entonces, de conocer todas las etapas de juicio originadas por delitos flagrantes. El 26 de julio de 2013 se convocó la audiencia de juzgamiento en la Unidad de Flagrancia de Pichincha.

Una vez iniciada la audiencia, el Fiscal Jaramillo en su alegato de apertura comienza diciendo que “[l]a administración pública constituye un servicio a la comunidad [... t]oda conducta contraria a ello, todo alzamiento o resistencia es una conducta reprochable y debe ser sancionada”. Detalla que el día de los hechos los estudiantes “se encontraban reunidos en protesta, quienes de manera violenta, mediante destrozos a la propiedad pública y privada, se alzaron, se resistieron ante la orden de autoridad competente, quien tenía como única finalidad garantizar la paz, la seguridad ciudadana, la integridad persona, la propiedad pública y privada”¹⁵⁴

Entre los testigos de Fiscalía se encontraba uno de los inspectores del colegio Central Técnico, José Ramiro Villacís Pazmiño, quien refirió las circunstancias que originaron la manifestación el día de los hechos. El inspector identifica bien los momentos en que se produjeron los incidentes con la policía, sin embargo, no identificó a ninguno de los estudiantes en la manifestación o los individualizó cuando alguno de los doce acusados provocó los daños.¹⁵⁵

Por otro lado, el Mayor de Policía Alfredo Gustavo Carrión Vega y el Capitán Manuel Andrés Vallejo Aguirre, oficiales encargados del operativo el día de los hechos, indican la detención de sesenta y siete estudiantes, aclarando que “jamás se puede coger a todos los manifestantes”.¹⁵⁶ Indican que los pasamontañas y camisetas estaban en manos de los acusados, así como el bate y la cadena, presuntas armas, pero no individualizan en manos de cuál de los doce estudiantes acusados estaban tales objetos.

El Mayor Carrión, de forma ingeniosa, ratifica al Tribunal que le consta que todos los acusados estaban participando en actos violentos en el tumulto y que más aún,

¹⁵⁴ Ecuador Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio No. 17171-2013-0283*, 04 de septiembre de 2013, 2.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 2.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 2.

los identifica como las personas que, una vez aprehendidas en el camión de la policía, destruyeron los asientos y la carpa para escapar. Así también, el Capitán Vallejo, quien reconoció en la audiencia a los doce estudiantes, quienes eran parte de los sesentaisiete detenidos ese día fuera del colegio.

Como testigos también comparecieron algunos de los policías presuntamente agredidos, entre ellos Miguel Ángel Santamaría López, Julio César Puentestar Maldonado, Alexis Rodrigo Bone Pineda y Luciano Fernando Castillo Cueva. La mayoría de ellos identifican a uno u otro de los procesados, pero también mencionan frases como “fueron muchos”, “fue una acción en grupo”, “estaban con la cara tapada”, “se los identificó por la vestimenta, como la mochila, algún distintivo en sus prendas, manos”, “no puede señalarse el lugar exacto en que fueron detenidos por la cantidad que hubo”, entre otras expresiones. Estos elementos son tan imprecisos que nos podrían hacer colegir que de los seiscientos estudiantes que estaban manifestando el día de los hechos, o de los sesentaisiete que fueron aprehendidos, los doce acusados podrían *o no* ser los responsables de los daños materiales, de haber atacado o resistido a los servidores policiales.

La Fiscalía además presenta a los peritos que realizaron el reconocimiento y avalúo de las motocicletas, así como de las señales de tránsito afectadas por la manifestación, cuyo avalúo, sin contar los vidrios del restaurante cuyos ventanales fueron rotos, asciende a mil setecientos noventaicinco dólares. Compareció también el perito que realizó el reconocimiento de las evidencias que ya mencionamos.

Finalmente, se ha presentado, como prueba documental, una certificación de atención médica en emergencia de los policías Jhonny Patricio Toaquiza Chariguamán, que fue atendido por un trauma facial, y Jorge Luis Cañarejo Loachamín, por un trauma en la rodilla.

Después de evacuada la prueba de Fiscalía, la mayor parte de los estudiantes presentaron como prueba su testimonio propio. Algunos de ellos afirman haber sido detenidos al interior de una mecánica y todos ellos relatan que cuando fueron aprehendidos, los golpearon y luego los ubicaron en un camión de la Policía que tenía una carpa. Cuando estuvieron todos los aprehendidos dentro, los policías rociaron gas lacrimógeno dentro y cerraron la carpa. Algunos de ellos rompieron la carpa para poder sacar su cabeza y respirar, entonces eran golpeados por los policías con toletes. De esta manera por qué los estudiantes destruyeron el camión en el que estaban aprehendidos, como lo afirmó el Mayor Carrión, oficial a cargo del operativo.

Varios estudiantes procesados llamaron a rendir testimonio a sus profesores, quienes daban fe de haber visto a los estudiantes en las primeras horas de clases, además de reconocer su buena conducta y personalidad, pero ninguno de ellos los identifica en actos violentos o amenazantes contra los policías.

2. Análisis dogmático penal del caso

2.1 Justificación

Los primeros filósofos del derecho, con sinceridad brutal, identificaron “el Derecho y la fuerza, tratando de deducir de la *naturaleza* esta equiparación”¹⁵⁷, y desde esa concepción empírica del hombre el derecho comienza a fundamentar las exigencias jurídicas. Con el paso del tiempo y a pesar de la profundidad que ha alcanzado la reflexión filosófica y científica del derecho, el término *fuerza* es uno de sus sinónimos más cercanos. De una manera más drástica, el derecho penal es *violencia*. La *violencia* es el componente nuclear de las conductas que el derecho penal conoce, y *violenta* es la forma en que el derecho penal reacciona ante esas conductas humanas.¹⁵⁸ En un mundo violento, es posible que una de las pocas formas que el ser humano acepta para solucionar sus conflictos y lograr el orden, la libertad y la paz, sea la coacción. Sin embargo, el objetivo de este apartado no es conformarnos con una racionalización ciega del castigo,¹⁵⁹ sino más completar una función diferente del derecho penal que lo entienda como una contención y reducción del poder punitivo, que es “un elemento para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario.”¹⁶⁰

La razón principal para establecer este objetivo no solamente es un recurso metodológico para este trabajo, también es nuestra obligación moral. La visión primordial del derecho penal es la humanización del castigo, ver al hombre como el fin del sistema de justicia. Se puede tomar como ejemplo el imperativo categórico kantiano: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de

¹⁵⁷ Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Justicia Material* (Madrid: Aguilar, 1979), 12.

¹⁵⁸ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 29.

¹⁵⁹ “Pasó más de un siglo desde que Francesco Carrara, uno de los penalistas más grandes de todos los tiempos, despreció al derecho penal que se limita a racionalizar el poder punitivo para justificarlo, llamándolo *schifosa scienza* (ciencia asquerosa).” Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 5.

cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio”.¹⁶¹ Por lo tanto, sobre el cimiento de la dignidad humana y los derechos fundamentales descansará nuestra fundamentación del derecho penal.

El derecho penal puede tener tres sentidos diferentes. En primer punto, se puede considerar al derecho penal como *poder punitivo*, como aquella “capacidad que tiene el Estado de configurar como delitos determinados comportamientos y de imponerles una pena o una medida de seguridad”.¹⁶² En un Estado de derecho la justificación del poder punitivo estatal tiene su límite en los parámetros establecidos por la Constitución y los derechos fundamentales de las personas y conforme ese límite se ejerce en las diferentes instancias del poder político, ya sea constituyente, legislativo, judicial o ejecutivo.¹⁶³

En segundo lugar, el derecho penal es un derecho objetivo que, traducido al lenguaje de derechos fundamentales, equivale al principio de legalidad. La ley será la única que pueda determinar qué conductas son delitos o qué penas o medidas de seguridad se pueden imponer una vez comprobadas esas conductas. Por lo tanto, la intervención que el derecho penal hace de los derechos fundamentales de una persona, debe ser una intervención legalizada, cuya función es evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo de un Estado.¹⁶⁴

Finalmente, el derecho penal también es *dogmática*,¹⁶⁵ un “conjunto sistematizado de conocimientos orientados a promover un ejercicio legítimo del poder punitivo y a procurar una racionalidad de la normatividad penal [...] tiene como punto de referencia la ley penal”.¹⁶⁶ Sin embargo, a pesar de provenir de la ley, la tarea de la dogmática también es filtrar las leyes penales ilegítimas, cuyo contenido no corresponde a mandatos derivados de la Constitución o de contenidos político criminales provenientes de ellas. En conclusión, la función primordial de la dogmática es la de

¹⁶¹ Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres* (México: Porrúa, 1977), 41.

¹⁶² José Joaquín Urbano Martínez, “Lección I: Concepto y función del derecho penal”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Universidad Externado de Colombia (Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2011), 15.

¹⁶³ *Ibíd.*, 16.

¹⁶⁴ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 85-86.

¹⁶⁵ [D]ecía Welzel que la tarea de la dogmática, representada principalmente en la consideración de una estructura de responsabilidad fincada en un análisis estratificado del delito, a partir de sus categorías y subcategorías, lo que introduce una diferenciación en los grados de valoración, proporciona “un alto grado de racionalidad y seguridad en la aplicación del derecho”, posibilitando la consecución de “un resultado final justo”.

Hanz Welzel, *La dogmática del Derecho Penal* (Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1972), 29 y 30 citado en Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *La dogmática jurídica como ciencia del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 18.

¹⁶⁶ Urbano Martínez, “Lección I: Concepto y función del derecho penal”, 18.

método¹⁶⁷ para una adecuada interpretación, sistematización y crítica de la ley penal, mediante la implementación de elementos teóricos que promuevan una aplicación equitativa y segura de un derecho penal.¹⁶⁸

Ahora bien, una vez establecido el derecho penal como poder político, poder normativo y poder de saber relacionado al delito y a la pena, elementos que se traducen en la protección de derechos fundamentales, principio de legalidad y racionalidad de aplicación de la norma penal, respectivamente, se puede afirmar que el derecho penal es una garantía de la persona para limitar el poder punitivo del Estado.¹⁶⁹

Al respecto, es interesante notar que, por ejemplo, Donna comienza su parte general hablando sobre la imputación, pues solamente este concepto, dentro del derecho penal, tiene que ver directamente con el ser humano.¹⁷⁰ Antes de la Ilustración, la responsabilidad de las personas se basaba en cuestiones distintas a la responsabilidad personal, en aspectos tales como la ideología, la condición socioeconómica o racial, entre otros,¹⁷¹ más que por conductas tipificadas con anterioridad. Después, Descartes con la idea de “yo existo”, Kant con la noción del sujeto responsable y libre y Hegel con su noción de conciencia, desarrollarían el concepto del sujeto libre y responsable como base del sistema penal. En otras palabras, la responsabilidad del individuo se basa en la libertad, las conductas de las personas y sus resultados deben ser obra de su voluntad libre.¹⁷² En conclusión, el hombre solamente es responsable de las conductas que con voluntad libre realice.

Para hacer evidente lo manifestado, se debe considerar el caso de la llamada teoría del derecho penal del enemigo. Según esta doctrina, la persona es “aquel individuo que cumple con su función o con su rol”,¹⁷³ una construcción social sin

¹⁶⁷ “La Dogmática es la Ciencia del Derecho [...] parece confundirse el concepto con la “Dogmática penal” [...] ‘dogmática’ no es más que un supramétodo de interpretación de la ley, un *plus* respecto a ella, que concluye con el concepto de Derecho. [...] la dogmática es un método.” Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *La dogmática jurídica como ciencia del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 13.

¹⁶⁸ Urbano Martínez, “Lección I: Concepto y función del derecho penal”, 18.

¹⁶⁹ De ahí la expresión de Von Liszt “el Derecho penal es la Magna Carta del delincuente”. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 86.

¹⁷⁰ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008), I; 11 y ss.

¹⁷¹ Lo que no quiera decir que hoy no se lo haga, simplemente que en el *ancien régime* la exclusión era social y legalmente aceptada. En la actualidad estas prácticas están latentes y por lo general son frenadas por la ley.

¹⁷² *Ibíd.*, 18. El hombre es el sujeto y la base del sistema penal y no se lo puede utilizar como medio para los fines sociales, sin importar cuáles fueran estos.

¹⁷³ *Ibíd.*, 17.

sustancia y no disponible materialmente. La des-personalización del ser humano mediante su normativización permite negar “al otro”, a aquel “[q]uien siempre se comporta como Satanás, [que] no puede ser tratado como persona en el derecho cuando se trata de confiar en el cumplimiento de los deberes a su cargo [...] a este individuo-no persona se lo trata ‘de eliminar como una fuente peligro, como si fuera un animal salvaje’”.¹⁷⁴

En concreto, justificamos al derecho penal como una garantía de las personas, cuya finalidad es proteger sus derechos fundamentales, para que la intervención en esos derechos por parte del poder punitivo del Estado sea reglada y, sobre todo, se lo haga a través de un método racional y seguro para conseguir un resultado justo. Sumado a esto, como se anunció al inicio de este apartado, el uso del poder punitivo es excepcional, pero si, como en este caso particular, se ha usado el derecho penal para sancionar el ejercicio de un derecho, se analizará en lo posterior si ese uso puede resistir el filtro de los derechos fundamentales y el método dogmático penal.

2.2 Tipicidad

Volviendo al caso que analiza este trabajo, se analizó la sentencia emitida por los señores jueces del Tribunal de Garantías Penales, quienes, después de haberse evacuado la prueba, pasan a analizar las categorías del delito, iniciando con la tipicidad.

Previamente a ir sobre los elementos de la tipicidad, se puede decir que la tipicidad “es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.”¹⁷⁵ Sin embargo, “aquí no se trata de comprobar los caracteres generales de todo comportamiento que puede importar al Derecho penal (carácter externo y final), sino de examinar si, una vez confirmada la presencia de un tal comportamiento, el mismo reúne los requisitos de un determinado tipo penal.”¹⁷⁶ Su origen constitucional está en el principio de legalidad, cuya consecuencia principal es que solo los hechos descritos como delitos pueden ser sancionados. Es también un reflejo del principio de intervención penal mínima, pues selecciona de todas las conductas antijurídicas a aquellas más lesivas a bienes jurídicos tutelados por el Estado y las sanciona con una pena.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 16.

¹⁷⁵ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 251.

¹⁷⁶ Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 219.

En ese sentido, desde la aparición de la teoría de la acción final y la subjetivación de las categorías dogmáticas realizada por Hanz Welzel¹⁷⁷ se ha aceptado pacíficamente por la doctrina que el tipo penal contiene una parte objetiva que “abarca el aspecto externo de la conducta [... y una parte subjetiva] constituida por la voluntad –consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia”.¹⁷⁸

En ese contexto, a pesar de lo que el teórico alemán Erns von Beling¹⁷⁹ pensó al configurar el tipo penal como una categoría neutra valorativamente, la tipicidad objetiva también involucra una selección de comportamientos, es decir, implica una valoración de qué es lo penalmente relevante.¹⁸⁰ Por lo tanto, existen casos en los que ciertas acciones, en sí típicas, carecen de relevancia penal, al ser corrientes en el ámbito social.¹⁸¹ Esta adecuación social procura ser un criterio que permita en algunos casos una interpretación restrictiva de los tipos penales que están redactados con demasiada amplitud y que extienden de sobremanera el ámbito de la prohibición penal que inspiró originalmente al legislador. Sin embargo, Muñoz Conde advierte que la adecuación social no pretende ser una causa de exclusión del tipo debido a su relatividad e inseguridad, y afirma que su vigencia debe mantenerse como un “criterio de interpretación y crítica del Derecho penal vigente.”¹⁸²

Contando con ese razonamiento, hay que considerar a la política criminal. La política criminal es ejercida por un sector de la política que determina la forma de tratar la delincuencia, es decir, el conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Por lo tanto, la política criminal también está ejercida

¹⁷⁷ Nodier Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal, esquemas del delito* (Medellín: Ediciones Nuevo Foro, 2013).

¹⁷⁸ Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 219.

¹⁷⁹ En 1906 enunció su teoría del tipo, con la que distinguió en el injusto penal dos elementos: la tipicidad y la antijuridicidad. Sin embargo, con este sistema, designado *sistema Liszt-Beling*, se pretendía que el tipo, como la antijuridicidad, tuvieran solo contenidos *objetivos*. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 299.

¹⁸⁰ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 255.

¹⁸¹ Por ejemplo, el funcionario público que imprime sus trabajos de la universidad usando el equipo de computación y las hojas de la institución pública, quien no comete el delito de peculado; el conductor del bus que no deja al pasajero en la parada del bus sino unos metros después, quien no comete el delito de secuestro; las lesiones provocadas por una persona a otra en un combate de MMA, en cuyo caso no se configura el delito de lesiones personales; la empresa que en su publicidad exagera las cualidades de su producto, la cual no comete el delito de estafa, entre otros ejemplos.

¹⁸² Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 256.

por los legisladores, quienes a fin de cuentas establecen la criminalización primaria,¹⁸³ al establecer en la ley qué conductas son delitos.

En ese sentido, el Código Penal sancionado en 1971 en el Ecuador respondía a criterios positivistas y causalistas, que se podían encontrar en instituciones de la parte general como en tipos penales de la parte especial. La responsabilidad objetiva del art. 13,¹⁸⁴ la definición del dolo como “el designio de causar daño”¹⁸⁵ o la tipificación del delito de vagos y mendigos,¹⁸⁶ entre otros, son algunos de los muchos elementos que revelan la naturaleza del antiguo Código Penal. Lo indicado solamente revela que ese Código Penal tuvo como antecedente directo al Código Penal italiano de 1930, denominado *Codice Rocco* en referencia al Ministro de Justicia que lo firmó para su aprobación, Alfredo Rocco. Esta codificación fue la gran obra legislativa del derecho penal fascista, pues en él se plasmó su ideología, caracterizándose por asignarle como finalidad principal la protección del estado, la imposición de penas severas para los delitos políticos, la defensa al partido único y el uso exagerado de la prevención policial a través de la intimidación.¹⁸⁷

Es evidente entonces, que el Código Penal anterior fue, durante su vigencia, una excelente arma de combate a la disidencia e insubordinación de muchos sectores. Las conductas más graves tenían relación con atentados contra la administración pública o la simple desobediencia a las autoridades o funcionarios públicos. En ese contexto, el gobierno del Econ. Rafael Correa en el Ecuador, a grandes rasgos, se asimila a los fines buscados por los gobiernos totalitarios fascistas, en específico en el contexto político y

¹⁸³ “Criminalización primaria es la formalización penal de una conducta en ley [...] es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de pena [...] cuando [una conducta] está descrita en una ley como delito”. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 11.

¹⁸⁴ “El que cause voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona a quien se propuso ofender.” Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 13 inc. 1.

¹⁸⁵ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 14 inc. 2. Lamentablemente el concepto de dolo del art. 26 del Código Orgánico Integral Penal es el mismo que el del Código Penal anterior, sin contar que esta codificación cuenta con muchos problemas, por decir alguno, la ausencia de los errores de error y prohibición. En consecuencia, se tenía una ley penal causalista con una tipicidad objetiva, una antijuridicidad material finalista y una responsabilidad penal de la persona jurídica perteneciente a la teoría del funcionalismo penal, es decir, una mezcla sin sistemática interna, coherencia, ni filosofía propia. A pesar de la queja de que los operadores de justicia fallaron en el “desarrollo conceptual” del derecho penal por parte de los legisladores que sancionaron este Código, las falencias de nuestra actual ley penal nos lleva a considerar que esta *responsabilidad* es al menos *compartida* con quienes sancionaron este cuerpo normativo en la Asamblea Nacional. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, Exposición de motivos.

¹⁸⁶ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 383, 384 y 385.

¹⁸⁷ Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 256-257.

judicial, pues la intención expresa de esa autoridad fue defender al partido único, la politización de la justicia y el uso del miedo como prevención general a la ciudadanía.

Tomando en consideración todo lo dicho, los doce estudiantes del Colegio Central Técnico fueron procesados por el delito de rebelión, que textualmente rezaba

Es rebelión todo ataque, toda resistencia hecha con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los 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.¹⁸⁸

El bien jurídico protegido por este delito es la administración pública, encarnada en la libre acción del funcionario público, pues la resistencia y, por qué no decirlo, el ataque al funcionario público, limita su libertad funcional y por intermedio de esta se lesiona el imperio del Estado. Por lo tanto, es obvia la identificación del delito de rebelión en el Código Penal ecuatoriano¹⁸⁹ con la tipificación que hizo la Italia fascista, además este tipo penal rebelar de esta manera su contenido autoritario y violatorio de derechos, pues ya para el 2013, cuando sucedieron los hechos del Colegio Central Técnico, estaba vigente la Constitución actual, determinando en su contenido el derecho a la resistencia.

Como conclusión de todo lo expuesto, quien aplica la criminalización secundaria¹⁹⁰ debería realizar una adecuación social del tipo penal que considera que se

¹⁸⁸ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 218. Cuando se sancionó el Código Penal, por razones que no se comprenden, el legislador ecuatoriano denominó a esta conducta como *rebelión*, aun cuando su redacción la identificaba con otro delito, cuya denominación en otras legislaciones es la de *resistencia y desobediencia a la autoridad*. En ese sentido véase el art. 239 del Código Penal argentino. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008), III; 80. Por otra parte, el delito de rebelión “constituye un atentado a las bases del propio sistema constitucional [...] el más grave de todos por cuanto supone un ataque armado, con levantamiento de tropas, alzamiento público y violento, capaz de generar una Guerra Civil”. Por estas razones el legislador español lo incluye en el capítulo de los delitos contra la Constitución, específicamente en el art. 472 de su Código Penal. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, (Valencia: Tirant lo Blanch: 2013), 740. De la misma forma el legislador argentino, quien lo tipifica en el art. 226 de su Código Penal, categorizándolo como un delito contra los poderes públicos y el orden constitucional, cuyo bien jurídico protegido es la “vida democrática”. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008), II-C; 432-433. Dicho todo esto, se confirma la confusión conceptual en la que incurrió nuestro legislador.

¹⁸⁹ Y ahora en el art. 283 del Código Orgánico Integral Penal, con un texto muy similar al de la antigua rebelión del Código Penal, aunque ahora el legislador ha tenido al menos el cuidado de denominarlo “Ataque o resistencia”. Con la tipificación de este delito se volvió a mostrar la política penal autoritaria que rigió en el gobierno de la Revolución Ciudadana.

¹⁹⁰ “[E]s la acción punitiva ejercida sobre personas concretas” por las agencias de criminalización secundaria, como la policía, la justicia o las cárceles. Zaffaroni subraya que esta

ajusta a la conducta ejecutada por el ciudadano criminalizado. En el caso en análisis, el fiscal que conoció el delito en la Unidad de Flagrancia de Quito debió haberse abstenido de iniciar una instrucción fiscal, peor aún debía haber iniciado un juicio por un delito anacrónico y represivo como el delito de rebelión. El fiscal, *por lo menos*, debió devolver el parte policial a la Unidad de Contravenciones para que los estudiantes sean sancionados con un procedimiento más corto y con una pena menor, pues la vía que se debía utilizar se esperaba que sea la menos lesiva a los derechos de los involucrados. Si se considera que la única afectación que existió fue a la propiedad pública y privada, que se vio menoscabada por la protesta, las consecuencias de la manifestación son nulas. Al final de cuentas, todos los estudiantes del Colegio Central Técnico inmiscuidos en la manifestación se resistían al cambio de nombre de su institución que el Ministerio de Educación iba a realizar. Este cambio de denominación afectaba sus intereses académicos y laborales legítimos (derechos a la educación de calidad y al trabajo) y que ese anuncio recién se lo hizo el día de la detención, en las propias instalaciones del colegio. En ese sentido, los estudiantes repelieron violentamente la represión -también violenta- de la Policía Nacional, pues estos funcionarios impedían que los muchachos se manifiesten y resistan al acto lesivo de sus derechos. En concreto, los estudiantes estaban ejerciendo un derecho fundamental y el ejercicio de un derecho nunca puede ser penalmente relevante, de acuerdo a la lógica adecuación social que se puede hacer de este hecho y, por lo tanto, esa conducta tampoco puede ser típica.

Tipicidad Objetiva

La tipicidad tiene una vertiente objetiva, denominado tipo objetivo, así como una subjetiva, llamado tipo subjetivo. El tipo objetivo de rebelión, por el cual fueron acusados los estudiantes, contiene los siguientes elementos:

- a. Sujeto activo, que es quien “realiza la acción prohibida u omite la acción esperada.”¹⁹¹ En este caso, los sujetos activos, que no tienen ninguna calificación especial, son los doce estudiantes del colegio Central Técnico aprehendidos el día de la protesta.

criminalización elige a conveniencia a los criminalizados, en base a varios factores. Zaffanoni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 12.

¹⁹¹ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 259.

- b. Sujeto pasivo es aquel sobre quien recae la acción típica, que puede o no coincidir con el titular del bien jurídico protegido.¹⁹² En este sentido, los jueces del Tribunal establecen que este es un sujeto pasivo calificado por el cargo, pues este solamente puede ser una persona que ostente una función o autoridad pública, en este caso los servidores de la Policía Nacional o, como lo menciona el tipo penal de rebelión, agente de Policía o fuerza pública.
- c. Los jueces del Tribunal han identificado como objeto jurídico del ilícito a la administración pública,

que precautela el ejercicio de la función administrativa a través de sus servidores o empleados públicos que devienen del servicio público que se debe brindar a la comunidad, orientado a la satisfacción integral de los derechos de las y los ciudadanos, y dentro de ellos encomendados a la Fuerza Pública, a la Policía Nacional, como mantener la seguridad interna, la paz, la tranquilidad, la libre movilidad, el respeto a la integridad de las personas, a la propiedad pública y privada de las mismas.¹⁹³

El bien u objeto jurídico es el “bien o valor ideal al que la ley reconoce su protección”.¹⁹⁴ En tal sentido, este es un delito que estaba tipificado en el Código Penal en el capítulo de los delitos contra la administración pública, por lo tanto, lo que se tutela es la libertad de acción del funcionario público, “dentro del imperio del Estado, ante la resistencia de la persona.”¹⁹⁵

Sin embargo, pueden existir varias conductas violatorias a la administración pública: ya sea la que se violenta por el abuso de las facultades otorgadas por la administración, como en el caso del peculado, cuyos sujetos activos son los propios funcionarios públicos; también cuando la administración sea lesionada por individuos ajenos a la administración, que no abusan del poder entregado, sino que la lesionan al obstaculizar “el normal y buen desarrollo de las funciones que detentan las autoridades y sus agentes para asegurar su completa y eficaz ejecución”,¹⁹⁶ como en el caso de los muchachos procesados en este caso.

¹⁹² *Ibíd.*, 259.

¹⁹³ Ecuador Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio No. 17171-2013-0283*, 04 de septiembre de 2013, 25.

¹⁹⁴ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 262.

¹⁹⁵ Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, III; 27.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, 80.

d. Por otra parte, el Tribunal ha identificado también el objeto sobre el que recayó la acción típica. Para la opinión de los jueces este delito es de mera actividad¹⁹⁷ y no requiere que se produzca un resultado, siendo este resultado accidental. Ahora bien, contradiciendo lo afirmado, a línea seguida el Tribunal establece la existencia de un resultado material, identificándolo con los daños materiales que se produjeron, así como las lesiones personales que presentaban dos de los policías que estuvieron en la protesta.¹⁹⁸

En otras palabras, el resultado no es un delito de mera actividad, sino un delito de resultado, cuyas causas, a efectos de imputar este resultado a alguna persona, deben estar perfectamente identificadas. En ese sentido, en el análisis de la prueba, se estableció que ninguno de los oficiales a cargo, así como los policías de tropa o los profesores, identificaron a alguno de los doce estudiantes como las personas específicas, bien individualizadas, que provocaron daños en las motos o en las señales de tránsito o que golpearon a los policías, sino que más bien son pocos y escuetos al entregar detalles para identificar a todos los estudiantes que estaban en la sala de audiencia como quienes se encontraban en la protesta, pero no indican qué particular conducta, acción u omisión, realizaron.

En conclusión, el Tribunal ha incurrido en una contradicción, al establecer que el delito de rebelión es de mera actividad, para luego señalar que es de resultado e inclusive enumerar tales resultados, como los daños y las lesiones personales. A nuestra opinión, el delito de rebelión es un delito de resultado, pues el tipo penal contiene dos verbos rectores, a saber, atacar y resistirse, y dos elementos normativos, como son las violencias y amenazas. En ese sentido, al cumplir los verbos rectores a través de los elementos normativos, deben verificarse resultados como (1) las lesiones físicas, en el caso de las violencias, o (2) la afectación a la psiquis para tomar decisiones libres,¹⁹⁹ en

¹⁹⁷ El delito de mera actividad “sólo exige la realización de la acción sin más”. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 260. Este delito no requiere que “la acción vaya seguida de la causación de un resultado *separable* espacio-temporalmente de la conducta.” Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 221.

¹⁹⁸ Se insiste en que las lesiones personales no fueron verificadas conforme lo establecía la norma procesal penal, con un examen médico legal, sino más bien con certificados médicos.

¹⁹⁹ La integridad personal, para nuestra legislación y para la doctrina, no solo incluye la integridad física sino también la psíquica y moral. Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, I; 259 y 260. La lesión al bien jurídico protegido por el *delito de amenazas* es doble, ya que por un lado afecta la libertad del individuo al alterar sustancialmente su proceso decisorio (autonomía de la voluntad) y, por otro lado, el derecho que las personas tienen a la libertad psíquica, la tranquilidad personal, que tutela el aspecto psicológico. Ambos bienes jurídicos tienen estrecha relación, pues sin la libertad psíquica

el caso de las amenazas. Resultados que han sido verificados en este caso, pero que no pueden imputarse a los doce estudiantes acusados, pues entre ellos aquellos resultados y estas personas no existe un nexo causal. Pese a la aclaración, tanto los verbos rectores, elementos valorativos y nexo causal, serán objeto de análisis en los ulteriores literales.

e. Para afianzar la crítica al objeto material del delito, es necesario analizar si alguno de los verbos rectores de este ilícito se pueden adecuar a los hechos investigados. Este tipo penal tiene dos verbos rectores: uno es atacar y el otro resistirse.

Atacar, conforme el uso común del término, es realizar acciones tendientes a causar daño.²⁰⁰ La resistencia,²⁰¹ por otro lado, es oponerse a algo. En este punto Donna ha hecho una distinción en cuanto al ataque²⁰² y a la resistencia. El tipo penal de ataque “salvaguarda la libertad de decisión del funcionario”, en este “se impone la ejecución de un acto no decidido todavía por el funcionario”,²⁰³ es decir, es una actividad que se realiza antes que el funcionario ponga en ejecución sus facultades de servidor público o de autoridad. En cambio, la resistencia puede ser solamente ejecutada “después de que la resolución [del funcionario] ha sido tomada” (énfasis añadido),²⁰⁴ cuando efectivamente alguien se resiste a esa resolución ya adoptada.

Dentro del análisis correspondiente a este caso, la sentencia del Tribunal ha analizado el verbo rector resistencia, sin determinarse si por aquel verbo rector Fiscalía realizó su acusación o por qué no utilizó el otro verbo rector, ataque. Sin embargo, la sentencia indica textualmente que “[l]a conducta en la especie, hace relación a un hecho colectivo, multitudinario, grupal, de *desobediencia* a las órdenes legítimas de que *se retiren del lugar, de no acatamiento a las disposiciones impartidas* para mantener el

necesaria es difícil (imposible, en algunos casos) que una persona pueda desencadenar un proceso decisorio con entera libertad.

²⁰⁰ “Atacar [...] es” “[a]cometer, embestir con ánimo de causar daño” o, dicho en otras palabras, “[a]ctuar contra algo para destruirlo.” Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, accedido el 24 de septiembre de 2018, parr. 3 a 5. <http://dle.rae.es/?id=48mrGJP|48n9xGt|48o83Vt>.

²⁰¹ “Resistir [...] d]icho de una persona: Oponerse con fuerza a algo.” Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, accedido el 24 de septiembre de 2018, parr. 7. <http://dle.rae.es/?id=WAYmYNI>.

²⁰² En la legislación argentina, la tipificación del *ataque* no existe, pues en su caso ha sido regulado como *atentado* (art. 237 del Código Penal argentino), al cual se le modifica con ciertas calificaciones, como que tiene que ser cometido con *violencias* y *amenazas* al funcionario público. Las semejanzas con el *ataque* considerado en el Código Penal ecuatoriano, vigente al 2013, son evidentes. La resistencia en el caso argentino está tipificado en el art. 239 de su Código Penal, a diferencia del Código Penal ecuatoriano, cuya tipificación del ataque y resistencia está contenido un solo tipo, el del art. 218 de ese cuerpo normativo. Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, III; 54 a 57.

²⁰³ *Ibíd.*, 56.

²⁰⁴ *Ibíd.*, 81.

orden público y precautelar la *seguridad ciudadana*, de *oponerse*, de rebelarse y resistirse [a] mantener el *orden público* y precautelar la *seguridad ciudadana*.”²⁰⁵ Las cursivas utilizadas en algunos términos no existentes en el original, han sido usadas intencionalmente para subrayar que para el Tribunal prevalece solo el hecho de la desobediencia, pues los alumnos debieron haberse dispersado a la primera orden de los policías.

Con la suposición de que Fiscalía ha podido justificar al Tribunal que hubo resistencia de los estudiantes hacia lo ordenado por la Policía Nacional y que se ha lesionado la libertad de acción del funcionario público, entendida esta como manifestación de la administración pública. ¿Por qué entonces el Tribunal de Garantías Penales no calificó si la orden emitida por los policías el día de la manifestación de los estudiantes cumplía con parámetros de motivación como lo exige la Constitución para todas aquellas resoluciones emitidas por personas que cumplen funciones públicas? ¿Por qué no se hizo un examen de racionalidad, de lógica y, sobretudo, una ponderación de los derechos de los estudiantes a manifestarse, a expresarse, a resistirse a una resolución que afectaba sus derechos como alumnos de un instituto técnico (con todo lo que esto conlleva), frente a los derechos de la integridad de la propiedad pública y privada, cuya lesión sí pudo ser justificada con la prueba respectiva?

Respondiendo estas preguntas, se considera que dentro de un sistema penal acusatorio, en cuya práctica se han establecido roles a cada funcionario, y que el Juez cumple funciones de garante de los derechos de los ciudadanos por mandato constitucional y su deber era realizar este tipo de reconocimiento de derechos.

Ahora bien, para considerar otra forma de responder la pregunta, se puede decir que la conducta es *atípica* al no justificarse el verbo rector resistencia, pues, como lo indica Zaffaroni, el ejercicio de un derecho constitucionalmente tutelado no puede ser criminalizado,²⁰⁶ no puede estar dentro de las conductas relevantes para el derecho penal: el derecho a la resistencia, el derecho a la libre expresión, el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria, la mínima intervención penal, el principio de interpretación legal favorable al reo, entre otros, lo prohíben y hasta lo condenan.

²⁰⁵ Ecuador Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio No. 17171-2013-0283*, 04 de septiembre de 2013, 27.

²⁰⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en *Protesta social, libertad de expresión y Derecho penal*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 19 y 20.

En definitiva, la conducta es atípica. Sin embargo, a pesar del “*carácter secuencial de la definición del delito* [...]”, que obliga a tratar y resolver en cada categoría los problemas que en ella se presentan, antes de pasar a la siguiente”,²⁰⁷ y que permite detener el análisis del delito cuando una de las categorías del delito no sea justificada, por cuestiones didácticas, me permitiré seguir con este análisis.

f. Los verbos rectores están acompañados de dos elementos normativos: las violencias y las amenazas, definidos en el art. 596 CP, indicando que “por violencia se entienden los actos de apremio físico ejercidos sobre las personas [...] y por amenazas se entienden los medios de apremio moral que infundan el temor de un mal inminente.”²⁰⁸

Sobra decir que si la resistencia no está ejecutada con violencias o amenazas, el acto es atípico. Por esta razón es que la desobediencia civil tuvo tanto éxito y figuras como Gandhi o Martin Luther King son recordadas por su resistencia pacífica, de manos caídas. Lo que no sucede en el caso del ataque, en el que existiría un contrasentido conceptual, pues del uso lingüístico común del término ataque, se entiende que todo ataque contiene una finalidad lesiva o intención de producir daño, es decir, el uso no solamente de amenazas, sino necesariamente de violencias. A fin de cuentas, ya que no se justifique el ataque (contenido), tampoco se justificarán las violencias o amenazas (contenido), lo que significa que en este caso, al no haberse justificado el uso de violencias o amenazas, también la conducta será atípica. En efecto, esto grafica cuán necesario es el apareamiento de las violencias o amenazas para justificar la tipicidad objetiva.

En este punto se retoma el razonamiento que se siguió en el literal d. de este análisis, cuando se examina el objeto jurídico, así como lo analizado en el literal f., cuando se analiza los verbos rectores, y se mantiene que el delito de rebelión, tal y como lo planteaba el art. 218 CP, es un delito de resultado, pues el tipo “exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”,²⁰⁹ que, como se dijo, son (1) las lesiones físicas, en el caso de las violencias, o (2) la afectación a la psiquis para tomar decisiones libres, en el caso de las amenazas, pues de no configurarse tales resultados, se produce una resistencia atípica.

²⁰⁷ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 254.

²⁰⁸ Ecuador, *Código Penal*, art. 596.

²⁰⁹ *Ibíd.*, 260.

Ahora bien, considerado el confuso análisis del Tribunal penal en este caso, indicando unas veces que es un delito de mera actividad y otras como un delito de resultado, se piensa que fue fundamental la justificación de los daños materiales y las lesiones (no probadas adecuadamente) en dos de los policías que acudieron a controlar la protesta el día de los hechos, para establecer el verbo rector de resistencia con violencias contra los servidores policiales.

Lo cierto es que la reflexión no debe transitar por ese camino. Al analizar el objeto material en el literal d., de ninguna forma se pudo justificar que alguno de los doce procesados utilizó violencias contra los policías al momento de resistirse. Es más, durante la deposición de su testimonio propio todos los estudiantes procesados admiten haber estado en el lugar de los hechos, pero no existe prueba que pueda verificar que Cantuña, Zambrano, Pozo o alguno de los doce acusados, haya actuado violentamente. Por lo tanto, no se puede justificar el, tantas veces mencionado en la sentencia, nexo causal entre la infracción y sus responsables, pues no se reúne ninguno de los elementos para acudir a esa presunción, conforme lo reglaba el art. 88 del Código de Procedimiento Penal vigente a la época de la investigación y juzgamiento, o sea, no se justifica

1. Que la [...] infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;
2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados [y jamás] en otras presunciones;
3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean [...v]arios [, ... r]elacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí [, ... u]nívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y, [...d]irectos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.²¹⁰

En este caso es claro que ni la tipicidad objetiva se ha comprobado, además que los únicos indicios que indican que los doce acusados se resistieron de forma violenta son los policías agredidos, pues los oficiales a cargo no pudieron identificar ni dónde fueron aprehendidos cada uno de los estudiantes, además que sus testimonios no pueden ser unívocos ni directos, pues si los estudiantes estaban con su cara cubierta y vestidos con ropas parecidas, no se puede concluir quién hizo qué acción, tirar piedras, amenazar o golpear, *no se puede determinar tal nexo causal*.

Para concluir, es poco convincente que el día de la protesta los policías hayan podido realizar tareas técnicas para identificar a las personas violentas, tomando en

²¹⁰ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, art. 88.

consideración que en el lugar se encontraban seiscientos o más estudiantes y que una protesta no es una actividad organizada en la que las personas se identifican o muestran fácilmente sus identidades, es ridículo pensar que los agentes del orden podrían haber realizado un seguimiento de los estudiantes que eran los incitadores a la violencia y haberlos apresado y llevado a juicio.

Sin embargo, a pesar de no haberse identificado adecuadamente a los estudiantes en la protesta, de no haberse indicado qué actos de violencia o amenaza realizó cada uno y de no haberse comprobado el nexo causal, el Tribunal llega a realizar una individualización

de la conducta atribuida a cada uno de [los] acusados [diciendo que todos ellos] estuvieron presentes en y durante el conflicto violento acontecido, formando parte del grupo que se alzó y resistió contra las órdenes impartidas por los agentes de Policía, al coincidir todos ellos espacio-temporalmente, así como con los actos corporales (lesión a la integridad de las personas y destrucción de propiedades y bienes) y la conducta típica que la constituyen, se probó así el nexo causal tanto material como psicológico de la infracción realizada [...] sin haber ejercido su derecho de petición, sino al contrario, resistido violentamente a las órdenes impartidas por los agentes de la Policía Nacional”.²¹¹

g. Existe otro elemento normativo que acompaña la actividad de los sujetos pasivos (policías) y es que el ataque o resistencia, con violencia y amenazas, debe realizarse cuando los servidores policiales se encuentren actuando en virtud de “las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública”, como lo establece el tipo penal de rebelión.

La Constitución del Ecuador establece la misión de la Policía Nacional,²¹² entre cuyas finalidades están la de proteger la seguridad ciudadana y el orden público y precautelar los derechos y seguridad de las personas al interior del territorio del Ecuador.

Si se toma en consideración lo indicado al analizar el verbo rector, en el que se concluyó que no se puede criminalizar el ejercicio de un derecho constitucional, se nota que uno de los deberes de la Policía Nacional es precautelar los derechos de las personas. La antinomia es evidente, ¿qué hacía la Policía Nacional impidiendo que un

²¹¹ Ecuador Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio No. 17171-2013-0283*, 04 de septiembre de 2013, 32.

²¹² “La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional.” Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 163.

grupo de estudiantes manifieste su opinión sobre el cambio de nombre de la institución donde estudiaban? ¿Cómo puede la Policía Nacional precautelar los derechos de los ciudadanos y al mismo tiempo impedir su ejercicio al imposibilitar que usen una garantía extra-institucional y se resistan al cambio de nombre de su colegio?

Si se aplica la lógica, la respuesta es que los policías estaban violentando la Constitución y obstaculizando el libre ejercicio de los derechos de los quejosos.

Por otra parte, la Fiscalía, en audiencia preparatoria de juicio, acusó a los doce estudiantes por el delito tipificado en el art. 218 inciso 1 CP, en concordancia con el art. 221 CP, sin haber mencionado ningún inciso de los dos tipificados. Sin embargo, ya en la parte resolutive de la sentencia condenatoria, el Tribunal tipifica el hecho con la pena establecida en el inciso segundo del art. 221 CP, es decir, cuando la rebelión “no ha sido el resultado de un concierto previo, los culpados que lleven armas serán reprimidos con reclusión menor de tres meses a un año; y los otros, con prisión de quince días a tres meses.”²¹³ Al haber dos penas establecidas en este inciso, producto de circunstancias diferentes, es decir, el hecho de llevar o no armas, no se conoce cuál de las dos sanciones fue impuesta por el Tribunal, pero se estima, que los doce estudiantes fueron condenados por el hecho de llevar armas, sin haberse justificado que hubieran actuado previo acuerdo o concierto previo.

En cuanto a las armas, la acepción común de armas entregada por la RAE, indica que esta puede ser cualquier objeto que sirva para atacar o defenderse.²¹⁴ Arma puede ser, entonces, cualquier cosa, con tal que sea usada para atacar o defenderse, un objeto valorativo demasiado abierto, que puede llevar a interpretaciones extensivas y desproporcionadas de la norma penal.

Sin embargo, hay que recordar cuando se analizó la identificación de los estudiantes. El Tribunal, con la prueba evacuada en el juicio, no tendría los suficientes elementos como para afirmar que el hecho de que hayan aparecido como evidencias en la aprehensión una bate y una cadena, sin indicar a quién o quiénes pertenecían los mismos, o en poder de quién o quienes se encontraban estos, pueda dar sustento a la justificación de este elemento valorativo en este caso y hayan tenido que ser sancionados con esta agravante constitutiva de este delito todos los doce estudiantes,

²¹³ Ecuador, *Código Penal*, art. 221.

²¹⁴ “Instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse.” Real Academia Española, *“Diccionario de la lengua española”*, accedido el 24 de septiembre de 2018, parr. 1. <http://dle.rae.es/?id=3a3iLLv>.

como si todos hubieran podido sostener simultáneamente ambos objetos al momento de la manifestación.

Se concluye que la conducta no puede ser más que *atípica*, casi ninguno de los elementos objetivos del tipo han sido justificados con la prueba evacuada en la audiencia de juicio, más aún, ninguno de los doce estudiantes fueron identificados, ni de lejos, como los sujetos activos del ilícito. Sin embargo, como se dijo, a pesar de no haber justificado esta categoría dogmática penal, por cuestiones didácticas se continua con la siguiente categoría.

Tipicidad subjetiva

El Código Penal ecuatoriano, ya sin vigencia, no hacía una distinción de la tipicidad objetiva y subjetiva. Como se señaló, su sistemática tenía orígenes en el causalismo penal²¹⁵ de inicios del siglo XX, siendo el *Codice Rocco* su antecedente directo. En esa época se había logrado una construcción objetiva/subjetiva del delito, que identificaba a la tipicidad y la antijuridicidad como netamente objetivas y a la culpabilidad como su parámetro subjetivo.²¹⁶ En tal virtud, el dolo para el pensamiento clásico del derecho penal era una de las formas en que se podía manifestar la culpabilidad, por lo tanto este, tanto como la culpa o imprudencia, eran formas de culpabilidad. En ese sentido, solo en esta categoría dogmática se analizaba el componente subjetivo del delito.²¹⁷

En consonancia con aquello, el Código Penal, en su art. 14 contenía la definición de dolo, con una concepción causalista, estableciendo a la “infracción dolosa [... como] aquella en que hay el designio de causar daño”. Esta acepción de dolo, como clase, especio o grado de culpabilidad, exigía el presupuesto de la imputabilidad, es decir, la

²¹⁵ Llamada también escuela clásica del derecho penal. El adjetivo de *causalista* se le otorgó debido a su concepto de acción, definida como la “*modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos.*” Franz Von Liszt, *Tratado de derecho penal* (Madrid: Editorial Reus, 1927), 297. Además, la designación provenía de los elementos de la de acción, los cuales eran (1) la manifestación de la voluntad, (2) el resultado y (3) la relación de *causalidad*. Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal, esquemas del delito*, 55. La doctrina de acción de esta escuela penal estuvo influenciada por el pensamiento filosófico y científico positivista de la época, cuyas doctrinas “se fundan en hechos o en realidades concretas o en realidades accesibles sólo a los órganos de los sentidos.” José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, (Barcelona: Editorial Ariel, 2012), III: 2853.

²¹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 298 y 299.

²¹⁷ Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal, esquemas del delito*, 62.

capacidad de entender y de querer, lo que justificaba la relación psicológica entre el autor del injusto penal y el resultado del ilícito.²¹⁸

Era evidente que en el 2013, cuando se investigó y se juzgó la causa analizada, la tendencia mundial había sobrepasado la teoría finalista hacía muchos años,²¹⁹ pero de forma lamentable en el Ecuador todavía regía una ley penal causalista. Inclusive el Tribunal que conoció la causa ha utilizado una metodología más actual para realizar el análisis del delito, por lo más adecuado es realizar nuestro análisis conforme la línea trazada en inicio por el finalismo.

Con ese antecedente, el dolo está ubicado en la tipicidad y es la “*conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.*”²²⁰ El dolo posee un elemento intelectual, que permiten a quien actúa conocer los elementos objetivos del tipo y querer realizarlos, lo que se identifica con el elemento volitivo.

Se aclara que el Tribunal Penal no realiza un análisis del dolo, ni siquiera en sede de culpabilidad, como correspondería a la sistemática causalista que utilizan para analizar los hechos. Sin embargo, de acuerdo a la definición de dolo expuesta, se considera que los estudiantes obviamente realizaron el acto de forma dolosa, ellos sabían que se atacaban y se resistían con violencias y amenazas a miembros de la Policía Nacional cuando les pidieron que desalojen las inmediaciones del colegio y conforme ese conocimiento actuaron. Cosa diferente es afirmar que en contra de los estudiantes aprehendidos se haya podido comprobar que materialmente lo hicieron.

En tal caso, lo importante no es decir que llevaron a cabo la conducta de forma dolosa, sino analizar qué contenido antijurídico tenía esa conducta dolosa, como se la calificó.

3. La antijuridicidad

²¹⁸ *Ibíd.*, 62 y 63.

²¹⁹ La primera traducción del artículo de Welzel denominado “*La teoría de la acción finalista*”, fue realizada en Argentina en 1951, seguida de una traducción de su obra “*Derecho Penal Alemán, Parte General*” en 1956, en el mismo país. La última edición de la Parte General del autor alemán se publicó en 1976 en Chile. Enrique Bacigalupo, “Welzel y la generación argentina del finalismo”, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, directores Hans Joachim Hirsch y Edgardo Alberto Donna (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005), 16 y 17. Actualmente, la discusión del finalismo está casi agotada y ha dado paso a otras tendencias normativistas, especialmente en Alemania, donde el funcionalismo ha “ganado” la mayor parte de discusiones.

²²⁰ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 267.

La antijuridicidad, en palabras llanas, es lo contrario a derecho, injusto o ilícito. Este término explica la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. Pero no es una categoría exclusiva del derecho penal, más bien es un concepto unitario y válido para todo el derecho.²²¹ En tal caso, el derecho penal adaptó a sus particulares necesidades la categoría de la antijuridicidad y le ha otorgado un contenido formal y otro material.

3.1. La antijuridicidad formal

En particular, la antijuridicidad formal es “la simple contradicción entre una acción y el Ordenamiento jurídico”²²² o, en otras palabras, “la conducta que se realiza cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico penal o se omite cuando es mandada por el mismo, sin justa causa, siempre que el resto del ordenamiento no la autorice.”²²³ En este sentido, puede haber una causa justa o que el ordenamiento puede autorizar una conducta considerada típica, por lo tanto, en algunas ocasiones y circunstancias el ordenamiento jurídico contiene permisiones que autorizan a cometer una acción tipificada en la norma penal.

El Código Penal anterior establecía varias permisiones o causales de justificación en su parte general,²²⁴ aunque sin negar la posibilidad de que otras normas puedan también contener permisiones que hagan jurídica una conducta típica. Se señalarán algunas de ellas y se explicará su naturaleza, así como la posibilidad de enlazarlas con el derecho a la resistencia:

- a. El art. 18 del Código Penal establecía que no hay infracción cuando el acto estaba *ordenado* por la ley. Para explicar esta causa de justificación se hace, en primer lugar, una distinción entre lo que es la orden y la permisión. Si se acude a la definición literal de los verbos ordenar²²⁵ y permitir,²²⁶ esta causa de justificación solo podría ser viable cuando el derecho utilice un mandato positivo de alguna acción u omisión que valide el ilícito, lo que excluye las permisiones, que capacitan

²²¹ *Ibíd.*, 299.

²²² *Ibíd.*, 300.

²²³ Camilo Sampredo Arrubla, “Lección 19: La antijuridicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Universidad Externado de Colombia (Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2011), 334.

²²⁴ Desde el art. 18 en adelante.

²²⁵ “Mandar, imponer, dar orden de algo.” Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, accedido el 24 de noviembre de 2018, parr. 3. <http://dle.rae.es/?id=R9qL4Xe>.

²²⁶ “No impedir lo que se pudiera y debiera evitar.” Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, accedido el 24 de noviembre de 2018, parr. 2. <http://dle.rae.es/?id=SfueKr8>.

a no impedir algo. Por lo tanto, el derecho a la resistencia, al usar el verbo *poder*, remiten a una permisión, no contenida en el catálogo de las órdenes.

En ese sentido, al definir la norma, Kelsen asevera que esta lleva implícita una regulación positiva y negativa que obliga, faculta o permite. Las conductas humanas reguladas por un orden normativo pueden ser una acción determinada o una omisión de esa acción. La regulación puede efectuarse mediante una forma positiva, cuando, por un lado, se exige de una persona una determinada acción, es decir una obligación, o, por otro lado, se exige de una persona una determinada omisión, en cuyo caso corresponde a una prohibición. Así también, la conducta humana puede ser regulada en sentido positivo cuando una persona es facultada por el ordenamiento normativo, bajo ciertas situaciones especiales de necesidad, a producir determinadas consecuencias jurídicas, entre las que se cuenta, por ejemplo, en el ámbito penal, la legítima defensa o el estado de necesidad, entre otros.

Por otra parte, la conducta humana regulada por un orden normativo puede efectuarse de una forma negativa, cuando esa conducta no está prohibida por el ordenamiento normativo, sin estar positivamente permitida, es decir, está permitida en un sentido sólo negativo, en el caso de que no exista norma que la regule.

Por lo tanto, la función negativa y positiva de las conductas humanas reguladas por un orden normativo de permitir o facultar están ligadas con la función del obligar, pues solo en un ordenamiento normativo que exige determinadas conductas puede estar permitida una determinada conducta humana. Asimismo, Kelsen afirma que el permitir puede utilizarse también en el sentido de tener derecho.²²⁷

En resumen, el acto ordenado por la ley que establecía el art. 18 del Código Penal, remitía a una función positiva de una conducta humana, en este caso el poder resistirse a acciones del poder público o de personas naturales o jurídicas no estatales, como lo establece el art. 98 de la Constitución. Esta facultad de resistirse autoriza a producir determinadas consecuencias jurídicas para que esta resistencia se pueda concretar, que pueden ser acciones u omisiones muy variadas. Pero no hay que olvidar que esta permisión o facultad solamente se puede ejecutar bajo ciertas circunstancias especiales de necesidad, en este caso, cuando las acciones del poder público o de las personas naturales y jurídicas vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales de quienes se resisten o demandar el reconocimiento de nuevos derechos. Al final de

²²⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México D.F.: Editorial Porrúa, 2013), 28 a 30.

cuentas, el adjetivo ordenado permite utilizar a la resistencia no solo como una permisión, sino como un derecho conforme lo dicho en este apartado y lo mencionado cuando al justificar que el derecho a la resistencia es un derecho fundamental, como parte de los derechos negativos o de inmunidad, que implican la expectativa de omisión de interferencias de otros sujetos o individuos en los derechos de las personas y que se traducen en simples libertades de, como el derecho a la vida y la libertad.²²⁸

Tomando en cuenta lo indicado y a pesar de que nuestra norma no hablaba de la actuación en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, sino de en virtud de la orden de una ley, hay autores que sostienen que la determinación expresa de esta causal de justificación en la ley es superflua o innecesaria. Para justificar lo dicho, se debe explicar que la antijuridicidad no es una categoría exclusiva del derecho penal sino una categoría común a todo el ordenamiento jurídico.²²⁹ Por lo tanto, lo que se permite en otro ámbito del derecho, fuera del ámbito penal, es justificado por este como una permisión legal y justificaría una conducta típica.²³⁰

A todo esto, los reparos que la propia doctrina acepta para negarse a adoptar esta causal de justificación son pocos. Uno de ellos indica que para que la permisión sea admisible, debe ubicarse en una norma de igual jerarquía que la norma penal que contiene el tipo penal imputado,²³¹ es decir, como en este caso, una ley orgánica. Así también, otro de los reparos tiene que ver con cualquier tipo de realización del propio derecho, derecho por propia mano o vías de hecho, pues estas se ejercen fuera de los cauces legales.²³² Sin embargo, esto último no podría aplicarse al derecho a la resistencia, pues como se analiza en el primer capítulo de este trabajo, el derecho a la resistencia es una garantía extra-institucional de los derechos fundamentales, de autotutela de los derechos, una institución anti-sistémica por excelencia.

Ahora bien, no por la sola idea de la unidad que caracteriza al ordenamiento jurídico, del que el derecho penal forma parte, se puede justificar que el ejercicio de un derecho es una causal de justificación. En esencia, al derecho penal le corresponde

²²⁸ Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 294.

²²⁹ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 337.

²³⁰ Aunque esto no faculta para que una conducta que no fuese considerada antijurídica por el derecho penal no pueda ser considerada antijurídica por otra rama del derecho. Claro está, con otras implicaciones.

²³¹ Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 482.

²³² Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 340.

perseguir los hechos más lesivos a derechos constitucionales, conforme el mandato de mínima intervención penal. Por lo tanto, su función se desfiguraría si es que prohibiera o castigara hechos obligados o permitidos por otros sectores del ordenamiento jurídico. Vale mencionar que al contrario, es totalmente válido que normas no penales sancionen hechos no prohibidos por la norma penal.²³³

Volviendo al análisis del caso y para terminar esta parte, cuando el Tribunal de Garantías Penales analiza la antijuridicidad formal la define de forma negativa como la ausencia de causales de justificación. Indican los jueces del Tribunal que

uno de los abogados de la defensa señaló que la protesta realizada por los estudiantes contra las órdenes impartidas por las autoridades es legítima, debido a que esas actuaciones constituyen ejercicio de derechos constitucionales, específicamente el DERECHO A LA RESISTENCIA y DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN. El ejercicio de un derecho jurídicamente reconocido [...] ha de considerar ciertos límites [...] el abuso del derecho y la realización arbitraria del propio derecho. [La alegación del abogado] planteó el argumento de que la resistencia es un derecho constitucionalmente garantizado, pero es legalmente criminalizado [...] en el caso existe un conflicto de normas, que debe resolverse aplicando la regla de la jerarquía. [Para criterio del Tribunal de Garantías Penales, al considerar el derecho a la resistencia explica] que los individuos y los colectivos para ejercer esos derechos, tiene (sic) que observar los límites que se les impone para no tornarlos en abuso del derecho, establecidos en la misma Constitución [...] en su Art. 83 impone: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos [...] acatar y cumplir la Constitución [...] Art. 66 numeral 23 [...] el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades [...] cualquier resistencia que se realice, ha de realizarse por vías legítimas, legales y pacíficas [...] sin necesidad del empleo de la violencia [...] para que la resistencia sea reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico y constitucional, debe ser pacífica sin armas [...] su ejercicio no puede vulnerar derechos fundamentales [... de lo contrario] el Estado tiene la atribución de proscribirla y penalizarla [...] resistir violentamente, en uso de vías no jurídicas, es un acto peligroso, lesivo e ilícito, que se tipifica como delito en el Código Penal. [...] los acusados no demostraron encontrarse en una causal de justificación.”²³⁴

En primer punto, el Tribunal de Garantías Penales niega la existencia de causales de justificación, aunque para hacerlo revierte la carga de la prueba. Sin embargo, en el texto que se transcribe los jueces desnaturalizan completamente el derecho a la resistencia, pues lo asimilan a la garantía institucional del derecho de petición, como un abuso y realización arbitraria del derecho, lo reducen al derecho burocrático y lo sancionan como un hecho peligroso, lesivo e ilícito. En definitiva, criminalizan la

²³³ Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 481.

²³⁴ Ecuador Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio No. 17171-2013-0283*, 04 de septiembre de 2013, 34 y 35.

resistencia y otros derechos como la libertad de pensamiento y de expresión, los que con justicia fueron exigidos por uno de los abogados de los estudiantes.

A nuestro criterio, el derecho a la resistencia, como derecho fundamental y garantía extra-institucional, permite el ejercicio de otros derechos constitucionales, como el derecho a la expresión, al libre pensamiento, a la reunión y a la manifestación, y debido a que este derecho está determinado en la Constitución, como norma suprema del Estado, pudo ser considerado como una causal de justificación que permitía que los actos de resistencia, aún violenta, de los estudiantes del colegio Central Técnico, sea considerada como lícita y legítima pues, se insiste que el ejercicio de un derecho no puede ser ilícito.

b. A nuestro criterio el ejercicio legítimo de un derecho es la causa de justificación más adecuada para resolver este caso y devolverle la juridicidad al ataque y la resistencia ejercida por los estudiantes del Central Técnico. En ese sentido, los requisitos de otras causas de justificación podrían no adecuarse a algunas circunstancias de este caso y su aplicación puede resultar impropia para los fines de juridicidad buscadas. En tal caso, es lo que en este apartado se analiza.

La legítima defensa contenida en el art. 19 del Código Penal²³⁵ permite a una persona lesionar bienes jurídicos cuando se lo hace en ejercicio de un acto de defensa. El primer análisis versa sobre qué bienes jurídicos de una persona se pueden defender o son defendibles. El mencionado artículo del Código Penal determina una “defensa necesaria de su persona”²³⁶ y al referir el legislador a la *persona* limita la legítima defensa a bienes jurídicos individuales de un sujeto. Tanto es de esta forma, que en los artículos subsiguientes existen permisiones para defender bienes jurídicos individuales como el patrimonio, el derecho a la intimidad (art. 20 CP), la indemnidad, integridad y libertad sexual (art. 22 CP).

Ahora bien, hay un consenso mayoritario entre los autores en identificar que todos los bienes jurídicos individuales, “en trance de perecer o ser acometidos”,²³⁷ son

²³⁵ “No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que defiende.” Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 19.

²³⁶ *Ibíd.*, art. 19.

²³⁷ Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 441.

defendibles,²³⁸ y se menciona como única excepción a los bienes jurídicos supraindividuales, como por ejemplo la fe pública, la salud pública o la seguridad del tráfico, entre otros. En otro extremo, hay otros autores que fundados en determinan que todo bien jurídico es defendible y que en el caso de no ser defendible perdería su cualidad de bien jurídico.²³⁹

Al respecto, existe una permisón en el art. 19 CP para que se pueda defender cualquier derecho de la persona o derecho individual, es decir, que la única condición es que “se trate de una *persona* o *derechos* de alguien.”²⁴⁰ En ese sentido, el art. 98 de la Constitución establece que el derecho a la resistencia puede ser ejercido por “los individuos y los colectivos”²⁴¹ ante la vulneración de sus derechos constitucionales. En otras palabras, la norma constitucional instituye que el derecho a la resistencia es un derecho individual y supraindividual o colectivo, y como derecho individual puede ser defendible.

En ese sentido, la legítima defensa se podrá invocar siempre y cuando concurren los siguientes elementos:

- i. La agresión debe ser *actual* o presente al acto de defensa que se realice. No caben por lo tanto defensas preventivas, anteriores al acto. Por esta razón, para evitar las defensas preventivas, algunas legislaciones también han considerado que la actualidad deba acompañarse del adjetivo de *inminente*, es decir, ante la apreciación de que la persona en contra de quien se defiende va a realizar un acto de lesión contra el que se defiende, de forma inminente. Sin embargo, a fin de no enredar ambos conceptos, la actualidad y la inminencia son parte del mismo concepto, pues un acto tiene un contenido actual o inminente cuando “haga colegir que el ataque es o va [a ser] de tal naturaleza que causará indefectiblemente un daño o lesión al bien jurídico [propio o de un tercero] si no se reacciona ante él [...] en el mismo tiempo que se verifica la agresión [...] lo que algunos autores han llamado ‘reacción inmediata’.”²⁴²

²³⁸ Cfr. Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, (Madrid: Civitas, 2008), I: 623. José Cerezo Mir, *Derecho Penal, Parte General*, (Montevideo: BdeF, 2008), 522 y 523. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 340.

²³⁹ Zaffanoni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 323 y 324.

²⁴⁰ Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 441.

²⁴¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 98.

²⁴² William Monroy Victoria, “Lección 20: Causales de exclusión de la antijuridicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Universidad Externado de Colombia (Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2011), 348.

- ii. Algunos autores también exigen que esa agresión actual e inminente, realizada como acción u omisión, sea dolosa,²⁴³ debiendo ser el ataque al bien jurídico intencional. En otras palabras, frente a las lesiones o puestas en peligro imprudentes no cabe la legítima defensa.²⁴⁴ De aquello se desprende también que las agresiones (dolosas) deben ser típicas,²⁴⁵ pues la defensa solo debe responder a una agresión de una conducta que pueda lesionar bienes jurídicos valiosos, gracias a lo que determina el principio de mínima intervención penal. En razón de esto último, no se puede hablar de legítima defensa de un hecho cuya antijuridicidad descansa en otra rama del derecho.
- iii. Asimismo, la agresión dolosa (típica), actual e inminente debe ser ilegítima, es decir, antijurídica,²⁴⁶ tanto de formal como material, pues debe afectar bienes jurídicos defendibles, pero no es necesario “que el autor de la agresión antijurídica sea culpable.”²⁴⁷ Ahora bien, en cuanto a los bienes jurídicos que pueden ser defendidos, la legislación y la doctrina han identificado algunos, entre ellos los patrimoniales,²⁴⁸ la propiedad privada en correspondencia con la intimidad personal y familiar,²⁴⁹ así como bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad personal, la libertad o el honor, que se considera “que el sujeto puede individualmente defender”.²⁵⁰ Sin embargo, un sector de la doctrina sostiene que “los bienes jurídicos comunitarios no pueden ser objeto de legítima defensa [...], porque existen otros mecanismos de defensa jurídica a los que hay que recurrir para hacerla efectiva.”²⁵¹ Sin embargo, también se acepta que los bienes que pueden ser

²⁴³ Cf. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 438.

²⁴⁴ Pero sí el estado de necesidad. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 340.

²⁴⁵ *Ibíd.*, 324.

²⁴⁶ “Frente a quien actúe *lícitamente* (por ejemplo, en legítima defensa o en ejercicio legítimo de un derecho), no cabe hablar de legítima defensa.” (énfasis añadido) *Ibíd.*, 323.

²⁴⁷ *Ibíd.*, 323.

²⁴⁸ El art. 20 del Código Penal establecía que es legítima defensa “si el acto ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o saqueo ejecutados con violencia; o atacando a un incendiario, o al que roba o hurta en un incendio, cuando son aprehendidos en delito flagrante”. Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 20.

²⁴⁹ En este sentido el Código Penal determinaba que “si el acto ha tenido lugar [...] rechazando durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas a una casa o departamento habitados o de sus dependencias”. Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 20.

²⁵⁰ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 324. Por eso la ley permite esta causal de justificación de actos en “defensa necesaria de su *persona*” (énfasis añadido) Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 19.

²⁵¹ *Ibíd.*, 324.

defendibles son “todos [... aquellos] en trance de perecer o ser acometidos” (énfasis añadido).²⁵²

- iv. Se exige también que exista una necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión típica, actual e inminente, y antijurídica. El primer criterio que debe ser analizado es el de necesidad, que implica que la defensa debe ser la única vía posible para repeler o impedir una agresión, es decir, que no se evidencie otra manera de defenderse. Por otro lado, en cuanto al medio empleado, este requiere una valoración de la proporcionalidad, tanto de la medida como de los medios empleados, para repeler la agresión. En definitiva, una vez comprobada la necesidad de la defensa, es indispensable adecuar la entidad de la defensa realizada en concordancia a la agresión sufrida.²⁵³
- v. Finalmente se requiere que no haya existido provocación suficiente por parte de quien se defiende. Haciendo una interpretación estricta de la provocación suficiente, se podría decir que si una persona ha provocado a otra y el provocado ataca al provocador, no se podría acudir a la legítima defensa. Una interpretación de esta entidad, tan extrema, niega la posibilidad de que una persona que provocó la agresión se defienda. En ese sentido se debe atender a una valoración de la entidad de la provocación en correspondencia con la agresión. No se puede, por ejemplo, aceptar como lícito un ataque con un arma de fuego cuando la provocación que ocasionó esa agresión fue un simple empujón. En este sentido, la provocación es suficiente “sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor”,²⁵⁴ en la misma medida y atendiendo a criterios de proporcionalidad.
- vi. Parece oportuno en esta parte clarificar si el derecho a la defensa es un derecho defendible. Con la intención de adelantar lo que en líneas posteriores se dirá, los estudiantes del Central Técnico defendieron su derecho a resistirse. No se analiza cada uno de los requisitos de la legítima defensa, pues ese ejercicio se hace más adelante y más bien se clarifica qué derechos se pueden defender.

La doctrina clásica definió que la legítima defensa

Una vez expuestos los elementos de la legítima defensa, el escenario de la protesta de los estudiantes. Una vez que las autoridades estatales y del colegio

²⁵² Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 441.

²⁵³ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 326.

²⁵⁴ *Ibíd.*, 326 y 327.

anunciaron el cambio de nombre de la institución, el ánimo de los estudiantes se exacerbó. Los estudiantes que estaban fuera de la institución forzaron las puertas del edificio y permitieron que el resto de los estudiantes salgan. Para ese entonces los estudiantes que estaban fuera de la institución ya habían cerrado la calle Gaspar de Villarreal. La policía ya se encontraba en los alrededores y se entrevistó con algunos estudiantes para pedirles que abandonen el sitio y, ante la negativa de los muchachos, minutos después, los policías avanzaron hacia los estudiantes para tratar de dispersarlos. Ese fue el instante exacto en el que los muchachos empezaron a lanzar piedras a los miembros de la Policía Nacional, negándose a desistir de la protesta, conforme se evidencia de los testimonios de los policías y de los estudiantes acusados.²⁵⁵

Durante todo este trabajo, se justificó que el derecho a la resistencia es un derecho constitucional y una garantía extra-institucional que se ejercitan con la finalidad de proteger otros derechos constitucionales, que en este caso, son la libertad de expresión y manifestación. Los muchachos del Central Técnico no querían que su institución cambie de denominación pues esto afectaría no solo aquel sentido de pertenencia al colegio, acompañado de la tradición y prestigio que una entidad tan antigua tenía en esta ciudad, sino también sus aspiraciones legítimas de obtener un título superior y técnico con el cual entrar al campo laboral inmediatamente después de graduados. Algunos de ellos inclusive habían ya formado su propia familia y de su trabajo dependía la subsistencia de quienes la conformaban.

Con lo dicho, el derecho a la resistencia sí es un derecho defendible, más aún cuando con la lesión de aquel se comprometen otros derechos constitucionales. Tan defendible es este derecho que si los muchachos no lo hubieran defendido, como lo hicieron en su momento, sus derechos a la educación y al trabajo hubieran perecido y el Instituto Tecnológico Superior Central Técnico, como hasta hoy se llama,²⁵⁶ se llamaría hoy Unidad Educativa Central Técnico.

De esta forma, ¿el accionar de la Policía Nacional el día de los hechos fue una agresión típica (dolosa), actual e inminente, y antijurídica? En primer lugar, hay que

²⁵⁵ Ecuador Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, "Sentencia", en *Juicio No. 17171-2013-0283*, 04 de septiembre de 2013, 2 a 25

²⁵⁶ La historia de la institución, el hecho de que todavía entrega títulos técnicos y que no depende de las autoridades que regulan el nivel medio sino del nivel superior, conforme lo establecido por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT) en el 2013, certifican lo dicho. *Vid.* Instituto Tecnológico Superior Central Técnico, accedido 01 de noviembre de 2018, <https://itsct.edu.ec/portal/>.

enfaticar que el Código Penal tipificaba algunas conductas que protegían el libre ejercicio de la libertad de expresión y de otras libertades y derechos de los ciudadanos contra las conductas (acciones u omisiones) arbitrarias o atentatorias que pueda realizar algún funcionario público y que coarten tales derechos o libertades.²⁵⁷

En segundo lugar, la conducta de los Policías Nacionales fue *dolosa*, ellos querían realizar los elementos de los tipos penales mencionados. Sin entrar en demasiados detalles, si se hace un análisis de todos los elementos del tipo, el dolo de los policías que actuaron en la protesta²⁵⁸ no estaba dirigido, como intención final, a coartar las libertades de los muchachos que protestaban, sino en cumplir las órdenes superiores. La conducta de los policías podría ser *atípica* por un error de tipo, vencible hasta cierto punto. En tal caso, si se aplica la teoría de la autoría mediata, los policías fueron instrumentos humanos de los mandos superiores de la Policía Nacional o de funcionarios gubernamentales superiores, siendo ellos los autores mediatos, pues sobre sus hombros recaía el dominio del hecho.²⁵⁹

Con ese antecedente, esa acción típica, con los sujetos activos indicados era actual e inminente, pues los policías el día de los hechos y ante la negativa de los quejosos de retirarse de las cercanías del colegio, fue la de usar la fuerza para sacarlos. En estos casos, al menos en la época que se efectuaron las protestas, los policías casi nunca se abstendían de ejercer algún tipo de coacción para lograr esparcir a un grupo de manifestantes.

Finalmente, esa acción típica, actual e inminente, también fue *antijurídica*, pues a pesar de que la obstaculización del ejercicio del derecho a la expresión, de los derechos y las libertades constitucionales de las personas estaban prohibidas, los policías, siguiendo sus órdenes, no solo lograron dispersar a los manifestantes sino que inclusive detuvieron a casi una septena de ellos. En conclusión, la agresión fue actual e ilegítima.

²⁵⁷ “La autoridad que, por medios arbitrarios o violentos, coartare la facultad de expresar libremente el pensamiento, será reprimida con prisión de uno a cinco años e interdicción de los derechos políticos por un tiempo igual al de la condena.” Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 178.

“Cualquier otro acto arbitrario y atentatorio contra las libertades y derechos garantizados por la Constitución, ordenado o ejecutado por un empleado u oficial público, por un depositario o agente de la autoridad o de la fuerza pública, será reprimido con prisión de tres a seis meses.” Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 213 inc. 1.

²⁵⁸ Policías de tropa además, quienes cumplían las órdenes de los dos oficiales a cargo el día de la protesta, quienes a su vez, probablemente, recibían órdenes expresas de autoridades policiales o gubernamentales superiores.

²⁵⁹ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 435.

Por otra parte, ¿hubo necesidad racional de medio empleado para repeler dicha agresión? Tomando en consideración a las características de una manifestación como la que se presentó en el Central Técnico, además tomando en consideración la intervención inevitable de la policía, los estudiantes no tenían otra vía por la cual ejercer el derecho a la resistencia. Por el contrario, si hubieran procesado el problema de la misma forma que sugirió el Tribunal de Garantías Penales en su sentencia, la otra posibilidad que tenían era irse del lugar, buscar una computadora, redactar una petición, firmarla y esperar que las autoridades educativas atiendan favorablemente su petitorio. Sin embargo, esto desnaturaliza la entidad del derecho a la resistencia, además que conforme mira el constitucionalismo contemporáneo el problema, esta no es la forma adecuada de autotutelar los derechos. Por lo tanto, *sí* había necesidad de acudir a la resistencia.

Por otra parte, para evaluar si existió racionalidad del medio empleado para resistirse se hacen algunas consideraciones. Revisado el expediente, tanto el parte policial de aprehensión como los testimonios de los policías, oficiales y tropa, que acudieron a la manifestación el día de los hechos, no se puede establecer cuántos policías estuvieron presentes ese día. El único dato aceptado de forma casi unánime es que en el lugar había entre quinientos y seiscientos estudiantes protestando. En ese sentido, parte de los policías que estuvieron ese día en la manifestación pertenecía a la Unidad de Control Antimotines, así como del Grupo de Operaciones Motorizado y de Servicio Urbano de la Policía Nacional. Por lo general, un policía es un funcionario especializado y entrenado para enfrentar situaciones violentas, no por nada la policía es un grupo armado y más aún las personas que conformaban la Unidad de Control Antimotines,²⁶⁰ quienes reciben capacitación especializada en el control de disturbios, cuentan con indumentaria y equipamiento para estos fines, así como conocen el uso de material no letal (CS o gas lacrimógeno) y otros instrumentos represivos, además de dividir su trabajo para lograr la identificación y captura de manifestantes.²⁶¹ De la misma manera quienes integran el Grupo de Operaciones Motorizado, cuentan con motocicletas y prácticamente las usan para *cazar* a los manifestantes, en especial cuando son estudiantes secundarios. Dentro de esos parámetros, la comparación entre

²⁶⁰ Actualmente denominada Unidad de Mantenimiento del Orden (UMO).

²⁶¹ Ministerio del Interior del Ecuador, “Reportaje Unidad Mantenimiento del Orden (UMO)”, video de YouTube, Ministerio del Interior del Ecuador, 2014, 04:45, <https://www.youtube.com/watch?v=GrgE-tUdVK8>.

los policías, entrenados y con experiencia en este tipo de actividades, con los estudiantes, es irrisoria y desproporcionada. Por lo tanto, ante una fuerza pública especializada en disturbios y las acciones de represión que estos ejercieron sobre los estudiantes, los medios básicos que utilizaron fueron racionales para repeler la acción de la policía, una piedra, una cadena o un bate no se pueden comparar con gas lacrimógeno, escudos y motocicletas.

Para terminar esta parte, ¿hubo provocación suficiente o de algún tipo por parte de los estudiantes para que los policías recurran a la represión? Los estudiantes, ejerciendo su derecho a la resistencia, cerraron una vía para visibilizar su conflicto y expresar su opinión sobre el mismo a la comunidad ecuatoriana. Los testimonios de los policías revelan que después de haber comunicado el cambio del nombre del colegio, los representantes del Ministerio de Educación fueron abucheados y sacados por los policías del edificio. Uno de los oficiales que se encontraba en el lugar indica que al ver la presencia de los policías en el Colegio, los estudiantes les lanzaron objetos. Para nuestra opinión, la manifestación de los estudiantes es lo que *permite* el derecho a la resistencia. Los policías y funcionarios públicos del Ministerio del Interior, tenían la obligación y el deber precautelar el orden de la manifestación, más que impedirla. Con este antecedente, la subsiguiente negativa a abandonar las inmediaciones del colegio, como lo habían ordenado los policías, no es un acto de provocación. En cambio, las acciones policiales tendientes a desalojar a los estudiantes sí constituyen agresiones a los derechos de los estudiantes. Por lo tanto, este caso también se podría resolver con el ejercicio de la legítima defensa por parte de los estudiantes en contra de la actividad policial que impidió el ejercicio de sus derechos.

En cuanto al estado de necesidad, debido a que su entidad es la lesión de un bien jurídico de menor entidad para salvar otro de mayor entidad, concepto que no se puede aplicar a la norma correspondiente del Código Penal, mismo que permitía su justificación solamente cuando el bien jurídico que se quería salvar era la propiedad,²⁶² no se analiza esta causal de justificación y si se acude directamente al análisis de la antijuridicidad material.

²⁶² “No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la *propiedad ajena*, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.” (énfasis añadido) Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 24.

3.2. La antijuridicidad material

Otra de la cara de la antijuridicidad, fuera de su aspecto formal, tiene que ver con su contenido material, el cual se identifica con la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger.²⁶³ Esta ofensa puede consistir en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La función principal del concepto de antijuridicidad material es la de graduar la gravedad de la lesión y la que permitió establecer criterios como la insignificancia del bien jurídico (principio de oportunidad) o la mínima intervención penal, entre otros. Estos conceptos son fundamentales para restringir el ámbito de aplicación del derecho penal a los ataques más graves a los bienes jurídicos de las personas.²⁶⁴

En este aspecto el caso de los estudiantes del Central Técnico también tiene serios inconvenientes. En primer lugar, desde la concepción del delito que el Tribunal expuso en su resolución. Por un lado, ha dicho que es un delito de mera actividad y que no requiere un resultado, pero por otro lado, también ha dicho que es un delito de resultado y que los resultados que se han verificado son las lesiones personales de los policías y los daños materiales a bienes públicos y privados. El Tribunal también estableció que el bien jurídico tutelado por la rebelión es la administración pública, que conforme se mencionó, está encarnada en la libre acción del funcionario público, pues la resistencia y el ataque al funcionario público limitan la libertad funcional de este último y por intermedio de esta actividad se lesiona el imperio del Estado.

En este orden de cosas, la evaluación de la afectación del bien jurídico protegido compromete gran dificultad, sobre todo porque el quebrantamiento de la eficiente administración pública no se verifica por un abuso del funcionario de esa facultad de la autoridad estatal, como en el peculado, sino que la lesión proviene de la actividad de un tercero, de un particular. La actividad de este tercero intrusivo impide al funcionario público realizar sus actividades y al ser el funcionario estatal, por decirlo de alguna forma, un brazo ejecutor de la autoridad del Estado, lo que el tercero hace es directamente atacar la actividad del Estado, que en principio se reconoce legal y, por lo

²⁶³ En el causalismo la antijuridicidad material no existía, hasta ese entonces la antijuridicidad era un concepto objetivo-normativo, que culminaba con un examen formal del injusto. El penalista alemán Edmund Mezger introduciría con posterioridad ciertos elementos valorativos a los elementos descriptivos de la tipicidad y la antijuridicidad. Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal, esquemas del delito*, 61 y 74.

²⁶⁴ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 300 a 302.

tanto, ética, y que al fin de cuentas propende el bien común entendido como el bien de muchas personas.

En este sentido, el Tribunal de Garantías Penales arguyó de cierta forma que tras la administración pública o con la forma de este bien jurídico, lo que se lesionó fue la seguridad pública. De esta forma, la actividad de los muchachos del Central Técnico lo que provocó fue que la seguridad de las personas se viera afectada por su protesta y que la resistencia que ofrecieron ante las ordenes de la policía atentó contra ese bien jurídico colectivo. En ese sentido, si se toma en consideración el contenido de la seguridad pública se resume en la sensación de que nada va a pasar en contra de su integridad física, la de sus bienes y, en fin, su vida.

Entonces, la pregunta es si la seguridad pública puede ser afectada por una protesta estudiantil y se responde que no, pues no se habla de una asociación ilícita que se organiza para cometer delitos, sino de la manifestación de un grupo social que quiere hacer escuchar su opinión sobre un asunto que le compete. Es más adecuado, de esta manera, hablar de una colisión de derechos, entre el derecho a la resistencia y a la manifestación de la opinión y de la seguridad pública. Objetivamente es difícil establecer parámetros para afirmar que la sensación de seguridad de la población se vio afectada por la manifestación y más seguro es decir que las personas aceptaron que la protesta podría haber tenido motivaciones adecuadas de ejecución. Por lo tanto, al menos la seguridad pública no fue afectada por la manifestación.

En ese sentido, la lesión de un bien jurídico que proviene de la autoridad del Estado, perpetrado por los ciudadanos no puede ser el de proteger una autoridad ciega, sin sentido ni legitimidad, cuya única finalidad es proteger el poder en manos de ciertas personas, tal y cual lo planearon quienes redactaron el Código Penal de la Italia fascista, sino la de proteger aquellas actividades estatales que promueven el bien común. Más aún, con la Constitución de 2008 vigente, no se puede legitimar un derecho penal con características autoritarias y retrógradas, como el contenido en el Código Penal anterior. Por lo tanto, la antijuridicidad material no se ha justificado, pues el bien jurídico protegido no es conmensurable y sobre todo no se puede justificar objetivamente su lesión.

4. La culpabilidad

En el Código Penal la culpabilidad consistía en el nexo psicológico entre autor y resultado y estaba constituida por el contenido de ese nexo psicológico, es decir, el dolo o la culpa. Sin embargo, el Tribunal de Garantías Penales realiza una fundamentación finalista de la culpabilidad.

La culpabilidad es sinónimo de responsabilidad personal, que se le endilga a un individuo que ha cometido un hecho típico y antijurídico, es un reproche que le hace la sociedad a una persona que pudo haber actuado de modo distinto a como efectivamente actuó. Actualmente, la culpabilidad se fundamenta en consideraciones emanadas de la dignidad del ser humano como sujeto responsable, conforme la concepción democrática del derecho penal que procura limitar el poder punitivo del Estado.²⁶⁵

En tal caso, como sujeto responsable que es, la persona puede sentirse motivada por la norma y de esta afirmación se pueden extraer los elementos de la culpabilidad. En primer punto, la culpabilidad está conformada por el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. En esta parte se valora si el sujeto puede ser motivado por la norma penal, en la medida en que aquel pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones. En otras palabras, si un individuo no sabe que su hacer está prohibido, no tendría la posibilidad de abstenerse de actuar y si bien su actividad es típica y antijurídica no puede atribuírsele a título de culpabilidad.²⁶⁶

Ahora bien, puede suceder que por alguna razón se desconozca que la conducta que se realiza no es antijurídica o cuando cree que se actúa lícitamente, que es lo que se conoce como error de prohibición.²⁶⁷ En este caso y en relación con el derecho a la resistencia, Zaffaroni plantea que en la protesta social una conducta puede adoptar la forma de injusto penal (acción típica y antijurídica) porque “la justificación de necesidad se excluye en razón de que existían caminos institucionales viables y realmente idóneos para satisfacer las necesidades”²⁶⁸ de los quejosos, lo que pudiera haber dado lugar a un error de prohibición, pues puede suceder que “estos caminos eran ignorados por los protagonistas de la protesta o si estos creían no poseer a su alcance los medios para encaminar por ellos sus reclamos o no los creían eficaces con motivos

²⁶⁵ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 355 a 357.

²⁶⁶ *Ibíd.*, 458.

²⁶⁷ *Ibíd.*, 382.

²⁶⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en *Protesta social, libertad de expresión y Derecho penal*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 27.

fundados en experiencias anteriores.”²⁶⁹ Sin embargo, el error de prohibición planteado en ese caso por Zaffaroni puede ser vencible y dar lugar a un remanente de culpabilidad o a una culpabilidad reducida, lo que a nuestra opinión es irreconciliable con la característica extra-institucional del derecho a la resistencia, la cual se funda principalmente en que, a pesar de existir caminos institucionales para conseguir tutelar el derecho, quienes se resisten eligen, por cualquier razón, un método anti-sistémico para autotutelar ese derecho, rechazando el camino institucional. En definitiva, se aprecia que las vías no institucionales son más eficaces pues, como lo afirma el mismo Zaffaroni, el conflicto ocasionado por la protesta social debe ventilarse mediante una vía política más que por una vía judicial, por ser la primera la vía adecuada.²⁷⁰

Por otro lado, para seguir analizando la culpabilidad, el derecho penal exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. Sin embargo, el derecho penal tampoco puede exigir a una persona comportamientos heroicos. Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse ninguna responsabilidad. Pero la valoración de ese ámbito de exigencia, si bien se mide bajo parámetros objetivos, es un problema individual, pues será en el caso concreto donde se comprobarán los límites de la exigencia de que una persona se comporte de un modo u otro.²⁷¹

Además de analizar la imputabilidad, y presumir que esta se verifica en los estudiantes, el Tribunal de Garantías Penales establece que los estudiantes tenían conocimiento de la antijuridicidad de su actuar, lo que a nuestro criterio no es un factor en discusión, a pesar de que al estar en sede de culpabilidad, se debe analizar el contenido de esa voluntariedad que fue analizada al momento de examinar el contenido volitivo del dolo. En ese análisis se concluye que los estudiantes realizaron la conducta del tipo objetivo de forma dolosa. Pero después de haber sobrepasado la antijuridicidad, al haberse justificado la conducta, pues los muchachos al momento de la protesta ejercitaban un derecho constitucional de resistencia, el contenido de la antijuridicidad se ve difuminado al haber realizado un acto típico que está justificado por el ordenamiento constitucional del Ecuador. En concreto, no puede haber conciencia de la antijuridicidad del actuar de los estudiantes, pues ellos actuaban de forma lícita.

²⁶⁹ *Ibíd.*, 27.

²⁷⁰ *Ibíd.*, 28 y 29.

²⁷¹ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 458.

Para analizar el otro elemento de la culpabilidad, la exigibilidad de otra conducta, el Tribunal de Garantías Penales determina que a los estudiantes “se le podía exigir otra conducta, no reñida con el Derecho, sin poner injustificadamente en riesgo el bien jurídico protegido, esto es sin poner en riesgo la administración pública, incluyendo a la ciudadanía misma, ya que debió mantener las normas de respeto social y buen comportamiento”.²⁷² Se difiere de la opinión del Tribunal, el derecho a la resistencia era la conducta exigida al colectivo de estudiantes cuando percibió la violación de otros de sus derechos fundamentales. Los estudiantes tenían un comportamiento debido, que nunca debió ser objeto de reproche.

Concluyendo, al haber analizado las tres categorías dogmáticas de la teoría del delito, se puede afirmar que el ejercicio de un derecho fundamental no puede ser criminalizado. Conforme las funciones de la dogmática jurídico-penal, como supramétodo interpretación de la ley penal, se deduce que un derecho penal democrático y de *última ratio*, fundado en la Constitución de la República del Ecuador, no puede soportar racionalmente formas totalitarias y abusivas de criminalización. El derecho penal ha tenido y siempre tendrá la función de reducción del poder punitivo del Estado y sobrevivirá a los embates de los abusos del Estado policial que siempre lo asecha.

5. Resultados procesales

Luego de la audiencia de juzgamiento, los jueces del Tribunal de Garantías Penales sentenciaron a los doce estudiantes del Colegio Central Técnico a doce días de prisión correccional por haberse justificado que incurrieron, como autores, en la conducta tipificada y sancionada en el art. 218, en concordancia con el último inciso del art. 221, es decir, el delito de rebelión cometido sin concierto previo pero con armas. A pesar que no debían cumplir una pena de privación de libertad, pues el tiempo que pasaron detenidos cumpliendo la medida de prisión preventiva agotó los doce días a los que fueron condenados.

Los abogados de los muchachos apelaron a la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha la sentencia condenatoria. Los alegatos principales de los estudiantes versaron sobre la inadecuada determinación del grado de responsabilidad de

²⁷² Ecuador Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio No. 17171-2013-0283*, 04 de septiembre de 2013, 35.

los estudiantes condenados, ya que ningún elemento de prueba justificó qué actividad en específico realizó cada uno de ellos, además que el delito investigado por Fiscalía fue el de rebelión con concierto previo y con armas y que el Tribunal no analizó estos elementos típicos y que condenó a los estudiantes sin los elementos de concierto previo y sin armas y, finalmente, que existieron varias contradicciones en los testimonios de la policía al momento de identificar a los detenidos y en cuanto a las horas en que se efectuaron las violencias y luego la detención. La Fiscalía, al igual que en la audiencia de juzgamiento, afirmó que no hizo caso a una orden emitida por parte de la policía, que es el fundamento y la causa de la condena de los estudiantes, además de los destrozos en los bienes públicos y privados y, lo más importante, que los estudiantes fueron detenidos en las inmediaciones del colegio, con lo que se debería dar por probado que su presencia en ese lugar no era circunstancias sino directamente relacionado con el delito sancionado.

En este sentido, tal y como se analizó al momento de establecer el nexo causal entre la actividad de los muchachos del Central Técnico y el resultado de las actividades con violencia y amenaza, ni se ha podido justificar por parte de la Fiscalía cuáles son esas actividades, ni se ha podido establecer que alguno de los estudiantes sancionados haya cometido tales actos. En conclusión, si bien las observaciones de los abogados de la defensa de los estudiantes condenados fue adecuada para revocar la sentencia condenatoria, el Tribunal que conoció el recurso de apelación, una vez que analiza de forma textual los elementos de prueba de la sentencia del Tribunal inferior, en su sentencia de 26 de diciembre de 2013, se adscribió a esta sentencia e indicó de forma escueta que

[e]l hecho de que no se individualice a los participantes, responde a que el hecho típico se produjo bajo una conducta tumultuaria, ejecutada en grupo, en la que los testigos manifiestan claramente, sin dubitación alguna que los hoy recurrentes formaron parte del grupo de individuos que provocaron los desmanes que devinieron en atentados contra la integridad física de las personas y la propiedad pública y privada del entorno del Instituto Técnico Superior Central Técnico²⁷³

Con ese razonamiento, dejaron sentado que el criterio de sus inferiores era el adecuado y legitimaron su razonamiento legalista y violatorio de derechos, pero más aún, legitimaron la condena de una actividad que no fue procesalmente justificada.

²⁷³ Ecuador Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Sentencia de apelación”, en *Juicio No. 17121-2013-0391*, 26 de diciembre de 2013, 11.

La Sala Penal de la Corte Nacional, por su parte, celebró una audiencia para motivar el recurso de casación interpuesto por los abogados de los estudiantes. En esta audiencia se esgrimieron alegatos similares a los entregados en el recurso de apelación, sobre todo (1) al insistir sobre la inexistencia de individualización de la responsabilidad criminal de cada uno de los estudiantes sancionados, (2) que el delito de rebelión es un delito de actividad y no de resultado y (3) que los hechos investigados pudieron haber sido sancionados como una contravención y no como un delito. Por su parte Fiscalía invoca el art. 349 del Código de Procedimiento Penal e indica que el recurso de casación debe realizar un análisis y control jurídico de la sentencia.

Al resolver el recurso, el 13 de mayo de 2014, la Sala Penal se decantó por la argumentación de Fiscalía, arguyendo que (1) al revisar la sentencia han verificado que el Tribunal de apelación determina que la calidad en la que son sancionados los estudiantes es la de autores del delito de rebelión, aunque evitan pronunciarse sobre si se justificó un nexo causal de las presuntas actividades de ataque o resistencia de la rebelión. Así también, y en concordancia con lo dicho con anterioridad, también establecen que (2) el delito de rebelión es un delito de mera actividad y no de resultado, que bastaba verificar la rebelión por parte de la multiplicidad de sujetos activos, como en este caso, para que se pueda sancionar el mismo. Finalmente, (3) indican los jueces que el delito de rebelión fue el tipificado por Fiscalía y por aquel delito se defendieron los estudiantes sancionados, sin haber violentado su derecho a la defensa, aunque una vez más, la Sala evita analizar si la tipificación como delito fue o no adecuada, sino solamente si se garantizó el derecho a la defensa.

Al haber hecho el análisis indicado y al contrario de lo esperado, en la parte resolutive de la sentencia, la Sala indica que los recurrentes pretendieron que se vuelva a valorar la prueba actuada en esta causa, actividad prohibida por el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, y declara improcedente el recurso de casación planteado.²⁷⁴ Con ese antecedente, el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha, mediante auto de 30 de junio de 2014 dispone la ejecución de la sentencia.

²⁷⁴ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, "Sentencia de Casación", en *Juicio No. 17721-2014-0094*, 13 de mayo de 2014.

6. ¿Cuál era la tutela adecuada? Lo que sí debió hacer el Estado

El proceso penal que se instauró en contra de los estudiantes con más de 18 años pudo haber sido abordado de forma diferente a la que se detalló en nuestro análisis del caso. El día de los hechos los policías aprehensores redactaron el parte de aprehensión de los doce estudiantes mayores de edad y lo entregaron a la Unidad Judicial de Contravenciones de Quito. Una de las juezas de la Unidad Judicial de Contravenciones de Quito se inhibió del caso pues consideró que los hechos se subsumían en los tipos penales de “Sabotaje a servicios públicos o privados y el presunto delito de destrucción con violencia a bienes muebles ajenos”²⁷⁵ y remitieron el parte y lo actuado en la Unidad de Flagrancia de Quito. En este punto temporal se suspende el análisis y se especulará acerca de las otras posibilidades para la resolución del caso.

En ese orden de ideas, el delito de sabotaje a servicios públicos estaba tipificado en el art. 158 del Código Penal y sancionaba con penas de entre ocho a doce años de reclusión mayor ordinaria a quien interrumpa o paralice servicios públicos, entre otros verbos rectores, sancionando con el máximo de la pena cuando existiesen lesiones a personas.²⁷⁶

En cuanto al delito de destrucción violenta de propiedades muebles, estaba tipificado en el art. 405 del Código Penal y sancionaba con una pena de entre tres a seis años de reclusión menor “la destrucción o el detrimento de propiedades muebles de otro, ejecutado con violencias y amenazas, en una casa habitada o en sus dependencias [... e indicaba que l]a pena será de reclusión menor de seis a nueve años, si el delito ha sido cometido en reunión o en pandilla.”²⁷⁷

Así también, el art. 606 del Código Penal contenía las contravenciones de tercera clase y la primera de aquellas indicaba que quien “hubiere dañado o destruido voluntariamente los bienes muebles de otro”²⁷⁸ sería sancionado sancionada con prisión de entre dos y cuatro días y una multa de siete a catorce dólares. Esta contravención se aplicaba cuando la conducta investigada no se adecuara a ninguna de las conductas

²⁷⁵ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “Oficio N.-249.-2013.UCF”, en *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 22 de febrero de 2013, 48.

²⁷⁶ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 158.

²⁷⁷ *Ibíd.*, art. 405.

²⁷⁸ Ecuador, *Código Penal*, art. 606.

establecidas en el capítulo VII del título V, libro II del Código Penal, es decir, del capítulo del incendio y otras destrucciones, de los deterioros y los daños.

Finalmente, en cuanto al delito de rebelión, por el cual fueron sancionados los doce estudiantes del Central Técnico, esto es, el delito del art. 218 en concordancia con el art. 221 inc. 2 del Código Penal, cuyos elementos típicos se analizaron abundantemente y con el cual se sancionó a los acusados con una pena de doce días de prisión.

Los delitos y contravención que se mencionaron en párrafos anteriores eran las opciones con las que contaba la administración de justicia una vez que se enfrentaba a la tarea de resolver la situación jurídica de los estudiantes detenidos. El tipo penal de rebelión no solamente resultó inadecuado por la imposibilidad de sostenerse como acción típica, antijurídica y culpable, al haber violentado elementos básicos de imputación y del principio de culpabilidad, como se lo demostró, pero también por no haber podido tutelar los derechos de las víctimas y haber procurado la reparación de los daños ocasionados por la protesta, tanto en los bienes públicos como privados.

Por otro lado, de haberse imputados los delitos de sabotaje a servicios públicos o de destrucción violenta de bienes muebles la Fiscalía habría tenido los mismos inconvenientes probatorios que efectivamente tuvo al tratar de justificar el delito de rebelión, pues hubiera sido imposible justificar que alguno de los estudiantes paralizó la circulación vehicular fuera del Colegio, en el caso del sabotaje a servicios públicos, o que produjo la destrucción de la propiedad de alguna persona en particular, en el caso de la destrucción violenta. Al fin de cuentas, las dificultades probatorias habrían sido un obstáculo inclusive si se hubiera elegido imputar la contravención de destrucción.

Sin embargo, las posibilidades que menos hubieran violentado a derechos fundamentales de los sujetos procesales en este caso se pueden resumir en dos. La primera pudo haber sido imputar una contravención, lo que hubiera abierto la posibilidad de que el procedimiento tome una salida alternativa al conflicto penal y se realice un acuerdo reparatorio entre los doce estudiantes detenidos y los propietarios de los bienes privados afectados, así como de los representantes de las entidades públicas cuyos bienes públicos también fueron afectados. La ventaja principal de esta posibilidad era evitar un proceso largo, sobre todo por la prisión preventiva, pero aquello a costa de la autoincriminación, pues al momento en que se pagaba la reparación, también se aceptaba la responsabilidad de los daños materiales.

La segunda posibilidad incluye la investigación por cualquiera de los delitos mencionados y obligaba a la Fiscalía a iniciar una indagación previa, lo que hubiera posibilitado una investigación más amplia, una tutela efectiva de los derechos de los investigados y de las víctimas y sobre todo hubiera permitido agotar todas las vías posibles para verificar si era posible realizar una acusación eficiente en contra de los estudiantes, que incluyera elementos de convicción sobre la responsabilidad de cada uno de los estudiantes y no actuar mediante presunciones, como se hizo en el caso concreto.

En conclusión, la vía penal posiblemente era la única que se pudo adoptar en este caso, aunque hubo otras posibilidades dentro de este mismo ámbito que pudieron ser agotadas antes de proceder con una instrucción fiscal por delito flagrante. En cuanto a la eficacia de esta vía el análisis del caso nos ha dado algunas respuestas: el derecho penal no soluciona ningún conflicto, en muchos casos simplemente lo agrava.

Sin embargo, se toma en consideración que el derecho a la resistencia no es un derecho absoluto y que debe ser evaluado mediante un examen de proporcionalidad constitucional²⁷⁹ en el caso de colisión con otros derechos constitucionales, cuya finalidad es limitar la actividad de resistencia a la afectación a derechos de terceras personas no involucradas en el conflicto.

En el caso concreto, el ejercicio de la resistencia realizado por los alumnos del Central Técnico, afectó la propiedad de particulares, la propiedad pública y puso en peligro la integridad física de los policías que acudieron a la manifestación y de otras personas que pudieran haber estado en el lugar de los hechos. A pesar de aquello, hay que resaltar que en este particular se está ante el mismo inconveniente probatorio para justificar la imputación de los estudiantes, ya que no se puede comprobar de forma cierta que los doce estudiantes detenidos estuvieron en la manifestación y provocaron los daños o pusieron en peligro la integridad personal de otros al momento de la manifestación. Por lo tanto, sin el establecimiento de responsabilidades es muy difícil la reparación de las víctimas, si no es porque se presume su responsabilidad, lo que en muchas ocasiones sucede con el apareamiento de salidas alternativas al conflicto penal, en este caso, en el acuerdo reparatorio.

²⁷⁹ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 66-68.

7. Consideraciones finales

Un poco más de cuatro años después de que los muchachos del Colegio Central Técnico fueran sentenciados, el actual Consejo de la Judicatura de transición creó en agosto de 2018 “la Mesa por la Verdad y la Justicia”.²⁸⁰ La finalidad de esta comisión es la recepción de denuncias e investigación de quienes se consideren víctimas de acciones políticas y judiciales durante el gobierno de Rafael Correa.²⁸¹ Esta comisión ha recibido más de cien denuncias sobre estos hechos y ha señalado aproximadamente a cuatrocientos cincuenta jueces y fiscales que habrían participado en este tipo de persecuciones. De manera similar a las comisiones de la verdad que se crearon en varios países que tuvieron dictaduras militares o gobiernos dictatoriales en América Latina en las últimas décadas del siglo pasado, esta comisión también toma posición y exige que no exista más persecución por razones políticas en el futuro del país.

Una de las lecturas de esta nueva actitud ante la persecución por razones políticas, nace a partir de las experiencias de un gobierno con marcados tintes autoritarios durante una década en el Ecuador. Sin embargo, volviendo a la misma analogía de las comisiones de la verdad y tomando como ejemplo el Informe de la Comisión de la Verdad del Ecuador, documento emitido en el 2010, iniciativas como esta determinan un hito para que la violación de los derechos humanos por parte del Estado o de sus agentes no vuelvan a suceder. Ahora bien, el hecho de que un informe de este tipo sea publicado, no implica que las violaciones a los derechos humanos no se repitan o, dentro de nuestro tema, la investigación y reconocimiento de víctimas de persecución política a través de la justicia (penal) no exime la posibilidad de que el poder estatal o sus allegados criminalicen la protesta social nuevamente. En resumen, estos actos simbólicos, que podrían trascender al ámbito judicial, son necesarios pero no suficientes para evitar la criminalización de la protesta social.

¿Cómo evitar entonces que la criminalización de la protesta social se detenga?

²⁸⁰ El Comercio, “Consejo de la Judicatura investigará a perseguidos políticos”, 22 de agosto de 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/consejojudicatura-identificacion-perseguidospoliticos-rafaelcorrea-mesaverdad.html>.

²⁸¹ Consejo de la Judicatura, “Consejo de la Judicatura presentará Mesa por la verdad y justicia: perseguidos políticos, nunca más”, 17 de agosto de 2018. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/saladeprensa/noticias/item/6857-consejo-de-la-judicatura-presentar%C3%A1-mesa-por-la-verdad-y-justicia-perseguidos-pol%C3%ADticos-nunca-m%C3%A1s.html>.

En primera instancia reforzar la visión de derechos con la que la actividad estatal lleve adelante sus actividades. Los derechos fundamentales son el gran logro de la modernidad, pues la implementación de axiomas de protección del ser humano es uno de los hitos fundacionales para el Estado de derecho. Lamentablemente este tipo de visión ha sido colocado después de razones de Estado, con una lógica de poder bien definida y, en fin, como normas que se aplican a la conveniencia de quien ostente el poder.

El respeto a los derechos fundamentales dará el guion que permitirá el respeto al derecho a la resistencia, a fin de cuentas, uno de los derechos fundamentales más importantes para desinstitucionalizar la justicia y darle (por fin) al individuo o a los colectivos de personas la posibilidad de garantizar de propia mano sus derechos constitucionales, sin esperar la intervención del Estado, que muchas veces no llega o llega demasiado tarde para evitar cualquier tipo de violación de derechos e injusticias.

En último término, en el ámbito penal, la teoría del delito es un voto por la racionalidad en la selección criminalizante y una forma de conseguir que una pena sea aplicada de forma justa al ciudadano. El derecho penal va asumiendo entonces el papel de dique del poder punitivo del Estado, es decir, un derecho penal como apéndice del derecho constitucional, encargado de la garantía de los derechos fundamentales de las personas. De esta forma, la observancia de la Constitución como norma fundante del Estado de derecho posibilitan al ciudadano la seguridad jurídica, es decir, la previsibilidad de que las normas jurídicas siempre serán aplicadas de forma parecida en los casos similares y la arbitrariedad del Estado será mínima, como mínima será la afectación a los derechos fundamentales de las personas. La interpretación de la norma constitucional desarrollará de manera progresiva los derechos fundamentales, permitiendo asimismo una adecuada tutela de los mismos.

En ese sentido, para la aplicación adecuada del derecho, los funcionarios públicos que tengan como facultad aplicar la ley, deberán poseer un conocimiento profundo de la Constitución, de la ley y de los estudios del derecho penal y constitucional. Como se explicó al tratar la dogmática del derecho penal, el estudio del derecho permite confeccionar una metodología que sirve para la consecución de resultados más justos dentro de un conflicto social. Pero además, la dogmática ayuda a entender la profundidad de las instituciones del derecho, lo que a la postre permitirá discernir sobre la conveniencia o no de la aplicación de una norma, en especial, sobre su constitucionalidad.

Finalmente, otro aspecto importante para detener la condena a la desobediencia es el fortalecimiento de la ética, pero no de la ética estatal sino aquella ética de la que habla Thoreau en la Desobediencia Civil, esa conciencia humanista que busca el equilibrio y el funcionamiento recto de los actos de cada quien y la exigencia de que nuestro Estado y nuestros gobernantes tengan lineamientos idénticos. Sólo el fortalecimiento de principios como la solidaridad, la equidad, la justicia y el bien individual conjugado con el bien común permitirán conformar una ética ciudadana, desde el primero hasta el último de los ciudadanos. No servirá de mucho exigir una ética al funcionario o mandatario estatal mientras no se exija como parte fundamental de actos de las personas.

Entonces, si se suman los puntos antes mencionados, si se condensan la ética y la racionalidad en el uso del derecho en alguna práctica, esta sería la función pública. Los funcionarios públicos son la mano que ejecuta el poder de la administración estatal y gracias al principio democrático de división de poderes ha entregado a diferentes estamentos la tarea de establecer contrapesos para evitar que un solo poder domine a otros. Para que un Estado funcione de manera correcta y realice sus labores de forma adecuada, sus instituciones deben ser independientes. En específico, la administración de justicia debe ser impermeable al poder político del ejecutivo, del legislativo, del electoral o de participación ciudadana y ser cortante frente a las tentativas de intromisión.

Ningún Estado es perfecto y que en ningún lugar del mundo las instituciones funcionan conforme lo esperado, como tampoco se puede ser tan ingenuos para pensar que el derecho puede escindirse de la política, pero tanto derecho como política tienen sus parcelas de acción separadas y que sus objetivos son distintos para que deban mezclarse en la misma olla. Para los muchachos del Colegio Central Técnico, como para todos quienes siguieron el caso desde cualquier ámbito, el tiempo ha pasado y ha enseñado que el poder punitivo del Estado, cuando está en manos autoritarias, trata de solucionar todos los conflictos a través de la violencia, pero que al final de cuentas, cuando se utilizan los instrumentos equivocados, como al querer arreglar un computador a martillazos, solo se consigue arruinar lo poco que se podía salvar.

Conclusiones

El caso de los estudiantes del Colegio Central Técnico fue un caso en el que intervinieron diversos actores, tanto en el proceso como fuera de él y por ello se considera importante condensar en algunas conclusiones referente a los roles jugados por ellos.

- a. Los estudiantes del Central Técnico son sujetos de derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República. Sin embargo, al final de cuentas, sus derechos fueron los más afectados durante todo el proceso judicial seguido en su contra. Estos muchachos fueron aprehendidos por la policía, presuntamente torturados con gases lacrimógenos cuando trataron de escapar, encarcelados durante cuarenta y cuatro días y tuvieron que seguir un proceso judicial por más de un año hasta que su condena fuera declarada en firme por la Corte Nacional. De la misma forma como sucede con muchos criminalizados, fueron escogidos por el poder punitivo en calidad de víctima sacrificial para mostrar los alcances del poder que puede ejercer un gobernante. Hasta la fecha actual no se ha realizado una compensación por aquellas violaciones.
- b. Los abogados patrocinadores de los estudiantes sancionados, durante el proceso investigativo y judicial y, de forma particular, en las audiencias orales, realizaron varias alegaciones de forma adecuada. Solamente uno de ellos en la audiencia preparatoria de juicio y en la audiencia de juzgamiento invocó el derecho a la resistencia para defender a sus clientes. Los demás abogados se centraron en la indeterminación de la participación criminal y prefirieron utilizar pequeñas contradicciones en los testimonios de los policías para defender a sus representados. En resumen, los abogados pudieron haber realizado un análisis constitucional y dogmático-penal más profundo de los hechos para defender a sus clientes, lo que pudo haber cambiado el panorama final, aunque debido a la evidente injerencia política de las decisiones estatales de Fiscalía y Judicatura posiblemente sus esfuerzos también podrían haber sido vanos.

- c. La Policía Nacional fiel a su papel histórico ha realizado lo posible para legitimar la decisión política de criminalizar la protesta de los estudiantes. El día de los hechos reprimió la manifestación y sin un criterio técnico detuvo a la mayor cantidad de personas que le fue posible, utilizando medios violentos inclusive cuando ya no eran necesarios, como el episodio del camión donde fueron encerrados algunos de los estudiantes y en donde, a decir de ellos, se esparció gas lacrimógeno y se cerró totalmente la carpa que los rodeaba, golpeando las cabezas de aquellos que salían a respirar. Durante la audiencia de juzgamiento acomodaron de tal forma los testimonios de oficiales y tropa para legitimar la teoría de la Fiscalía.
- d. La Fiscalía respondió a la tendencia criminologizante establecida desde el inicio del caso y procuró justificar el delito de rebelión de cualquier manera. Al fin de cuentas los videos que decía tener para justificar su teoría del caso no fueron presentados durante la audiencia de juicio y su caso se basó con los testimonios de los policías aprehensores, los agredidos y de aquellos oficiales que estuvieron en el lugar el día de los hechos, unos pocos objetos reputados como armas, las experticias de daños y unos certificados médicos de los policías aprehendidos. Con estos pobres elementos consiguió una sentencia condenatoria, aunque la individualización de participación criminal nunca pudo ser satisfactoriamente probada. El caso fue tan débil que la inesperada decisión del Dr. Peñaherrera, fiscal que se abstuvo de acusar, casi consiguió que los estudiantes fueran absueltos de toda culpa, si no hubiera sido por la intervención del Fiscal Provincial de Pichincha quien revocó su decisión, aunque sin ningún fundamento racional.
- e. La Función Judicial, al igual que Fiscalía, fue evidentemente manipulada. Sin embargo, la responsabilidad de la Función Judicial es mayor pues sus facultades de garantes de derechos debían ser suficientes para realizar un adecuado análisis del caso y sobreseer o ratificar la inocencia de los estudiantes. Durante todo nuestro trabajo fueron analizados los razonamientos jurídicos de los jueces, de los que se puede concluir que ninguno de ellos posee la juridicidad adecuada para justificar una condena, sino que más bien sobresalen los razonamientos forzados y las contradicciones evidentes, con la finalidad de justificar y legitimar un castigo

que en otras circunstancias parece inadmisibles. El único óbice para una condena total a los actos judiciales es la evidente presión política que ejercieron sobre ellos mediante la intrusión política en el Consejo de la Judicatura y las posibles sanciones en el caso de no obedecer a lo indebidamente dispuesto.

- f. La Función Ejecutiva tuvo una gran influencia sobre las decisiones de los estamentos judiciales y fiscales, sobre todo con aseveraciones públicas realizadas por el señor presidente a esa época, Rafael Correa, quien continuamente solicitaba una sanción a los estudiantes e inclusive criticó al fiscal que se abstuvo de acusarlos. La entrevista concedida por el Dr. Peñaherrera hace presumir que presiones de la Presidencia de la República, dentro de este caso, fue un asunto común.
- g. Los medios de comunicación hicieron eco del problema desde su origen hasta cuando los estudiantes fueron condenados. Los reportajes de prensa escrita y virtual, así como televisivos dan cuenta del drama humano que tuvieron que vivir los estudiantes como sus familiares, así como las manifestaciones de persecución que el entonces presidente de la república hacía en cada oportunidad posible. Su actividad en este caso es la adecuada, aunque posiblemente hizo falta un apartado crítico que valore desde otros ángulos el problema.

Bibliografía

- Agudelo Betancur, Nodier, *Curso de derecho penal, esquemas del delito*. Medellín: Ediciones Nuevo Foro, 2013.
- Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.
- . *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 63.
- Bacigalupo, Enrique, “Welzel y la generación argentina del finalismo”, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, directores Hans Joachim Hirsch y Edgardo Alberto Donna. Santa Fe:Rubinzal-Culzoni, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- Chicaiza, Gloria, “Minería y derechos humanos: conflictividad y criminalización, Ecuador 2010”, *Informe de sobre derechos humanos*, com. Programa Andino de Derechos Humanos. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2010.
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- . *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 811, 812, 841 y 842.
- Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Editorial Ariel, 2012.
- Gargarella, Roberto, “El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema”, en *El derecho a resistir el derecho*, ed. Roberto Gargarella. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.
- . “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, ed. Roberto Gargarella. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Derecho penal de la Edad Media*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- . *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.
- Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*. México: Porrúa, 1977.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2013.
- Locke, Jhon, *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Aguilar, 1990.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2014.
- Monroy Victoria, William, “Lección 20: Causales de exclusión de la antijuridicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2011.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*., Valencia: Tirant lo Blanch: 2010.
- Pablo, “Carta a los Romanos”, en *La Biblia*, edición de Bernardo Hurault y Ramón Ricciardi. Madrid: Editorial Verbo Divino, 1994.
- Pásara, Luis, *Independencia Judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, Washington DC: Fundación para el Debido Proceso, 2014.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta: 2207.
- Sabato, Ernesto, “Uno y el Universo”, en *Obra completa: Ensayos*. Buenos Aires: Seix Barral, 2007.
- Sampedro Arrubla, Camilo, “Lección 19: La antijuridicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2011.
- Savater, Fernando, *Diccionario filosófico*. Barcelona: Editorial Ariel, 2007.
- Soriano, Ramón, *Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1997.
- Thoreau, Henry David, “Desobediencia Civil”, en *Desobediencia civil y otros escritos*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.: 1994.
- Urbano Martínez, José Joaquín, “Lección I: Concepto y función del derecho penal”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2011.

Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Justicia Material*. Madrid: Aguilar, 1979.

Zaffanoni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

Publicaciones electrónicas

Consejo de la Judicatura, “Consejo de la Judicatura presentará Mesa por la verdad y justicia: perseguidos políticos, nunca más”, 17 de agosto de 2018. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/saladeprensa/noticias/item/6857-consejo-de-la-judicatura-presentar%C3%A1-mesa-por-la-verdad-y-justicia-perseguidos-pol%C3%ADticos-nunca-m%C3%A1s.html>.

Ecuador Instituto Tecnológico Superior Central Técnico, “Historia”, Instituto Tecnológico Superior Central Técnico, accedido 01 de noviembre de 2018. <https://itsct.edu.ec/portal/historia/>.

El Comercio, “Consejo de la Judicatura investigará a perseguidos políticos”, 22 de agosto de 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/consejodjudicatura-identificacion-perseguidospoliticos-rafaelcorrea-mesaverdad.html>.

El Universo, “Daños y detenidos en protesta de colegio Central Técnico en Quito”, 23 de febrero de 2013. <https://www.eluniverso.com/2013/02/23/1/1355/danos-detenidos-protesta-colegial.html>.

Francia Conseil Constitutionnel, “Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789”, *Conseil Constitutionnel*, accedido el 01 de octubre de 2018. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.

Library of Virginia, “The Virginia Declaration of Rights, June 12, 1776”, Library of Virginia, United States of America, 12 de junio de 1776. <http://edu.lva.virginia.gov/docs/VADeclaration.pdf>.

Naciones Unidas, “Carta de las Naciones Unidas”, Naciones Unidas, accedido el 29 de octubre de 2018. <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-ix/index.html>.

Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, Naciones Unidas, 23 de marzo de 1976, https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf.

Naciones Unidas, “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, accedido el 24 de septiembre de 2018. <http://dle.rae.es/?id=48mrGJP|48n9xGt|48o83Vt>.

United States Holocaust Memorial Museum, “*Las Leyes Raciales de Nuremberg*”, Holocaust Encyclopedia, accedido 23 de agosto de 2018. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/the-nuremberg-race-laws>.

Tesis

Cordero Heredia, David Alberto, “El derecho a la resistencia y la criminalización de la defensa de los derechos humanos y la naturaleza”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013. <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3706/1/T1264-MDE-Cordero-El%20derecho.pdf>.

Díaz Salazar, Holger, “El movimiento indígena como actor social a partir del levantamiento de 1990 en Ecuador: emergencia de una nueva institucionalidad entre los indígenas y el Estado entre 1990 y 1998”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2001. <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3706/1/T1264-MDE-Cordero-El%20derecho.pdf>.

Leyes

Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 360, Suplemento, 13 de enero de 2000.

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009.

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971.

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Resolución

Ecuador Asamblea Constituyente, *Resolución s/n: Concédese amnistía general para los procesos penales enumerados en esta resolución, vinculados a las acciones de resistencia y de protesta que ciudadanos y ciudadanas han llevado adelante en defensa de sus comunidades y de la naturaleza, frente a proyectos de explotación de los recursos naturales, y que por ello han sido enjuiciados penalmente por delitos comunes tipificados en el Código Penal*, Registro Oficial 343, Segundo Suplemento, 22 de mayo de 2008, considerando quinto.

Sentencia

Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del D.M.Q, Tribunal de Garantías Penales Noveno de Pichincha, Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia. En *Juicio No. 17281-2013-0508, 17171-2013-0283, 17121-2013-0391 y 17721-2014-0094*, 22 de febrero de 2013, 01 a 34.