

SERIE   
*Magíster*  
VOLUMEN 186

# *La letra pequeña del contrato social*

*legitimidad del poder,  
resistencia popular  
y criminalización de la defensa  
de los derechos*

---

*David Cordero*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

La letra pequeña del contrato social  
*Legitimidad del poder, resistencia popular  
y criminalización de la defensa de los derechos*

SERIE   
*Magíster*  
VOLUMEN 186

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR  
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426  
[www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL  
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12  
[www.cenlibrosecuador.org](http://www.cenlibrosecuador.org) • [cen@cenlibrosecuador.org](mailto:cen@cenlibrosecuador.org)

David Cordero

# La letra pequeña del contato social

*Legitimidad del poder, resistencia popular  
y criminalización de la defensa de los derechos*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2015

**La letra pequeña del contrato social**  
*Legitimidad del poder, resistencia popular  
y criminalización de la defensa de los derechos*

David Cordero

SERIE   
**Magister**  
VOLUMEN 186

Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Corporación Editora Nacional  
Quito, julio de 2015

Coordinación editorial:

*Quinche Ortiz Crespo*

Armado:

*Graciela Castañeda*

Impresión:

*Editorial América Latina,  
Bartolomé Alves 623 y Pedro Cepero,  
Quito*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:  
978-9978-19-707-3

ISBN Corporación Editora Nacional:  
978-9978-84-878-4

Derechos de autor:

Inscripción: 046774

Depósito legal: 005326

---

Título original: *El derecho a la resistencia y la criminalización de la defensa  
de los derechos humanos y la naturaleza*

Tesis para la obtención del título de Magister en Derecho,  
con mención en Derecho Constitucional  
Programa de Maestría en derecho, 2013

Autor: *David Cordero Heredia* (correo e.: *dac393@cornell.edu*)

Tutor: *Ramiro Ávila*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1264

---

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

# Índice

Introducción / **11**

## *Capítulo I*

**El derecho a resistir el derecho / 15**

Antecedentes históricos / **22**

Los elementos del derecho a la resistencia / **31**

¿Cuándo se resiste? / **40**

La garantía del derecho a la resistencia / **46**

## *Capítulo II*

**Nosotros los terroristas. Criminalización de la resistencia / 49**

El enemigo en el derecho / **49**

El enemigo en el contexto latinoamericano / **57**

Los defensores y defensoras de los derechos humanos como enemigos de la sociedad ecuatoriana / **61**

La construcción jurídica del enemigo: el terrorismo / **65**

Las consecuencias de la criminalización de la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza / **70**

¿Cómo evitar la criminalización? ¿Legislar o no sobre el derecho a la resistencia? / **80**

**Conclusiones / 85**

**Bibliografía / 89**



*A la memoria de mi madre Alba Esparta Heredia Vaca  
quien me enseñó a defender la alegría como una trinchera, un  
principio, una bandera, un destino, una certeza, un derecho...*

*Mientras esperábamos y esperábamos,  
llegaste, extraño y desconocido.*

*Luego supimos de unas explosiones en la selva,  
de avaricia, de corrupción, de violencia y de cómo muchos  
supay se fueron, perdidos y confundidos por el egoísmo  
y la maldad de los hombres. Entonces supimos lo que eras  
y con alegría decidimos darte un hogar  
y renovar nuestro compromiso de que vivas en un mundo  
con menos maldad, con más tolerancia, con más derechos  
y que tu selva no termine de desaparecer.*

*Dedicado a mi supay, que se resistió a la elaboración de  
esta tesis y a mi Lou Andreas-Salomé,  
por inspirarme, por apoyarme, por ser quien es  
y por acompañarme en las más locas aventuras.  
Para ustedes mi amor, mi trabajo y mi vida.*





# Agradecimientos

A mis hermanos y sobrinas por creer en mí, inclusive cuando yo dejo de hacerlo.

A mi maestro y amigo Ramiro Ávila Santamaría, por compartir sus conocimientos e impulsarme a alcanzar nuevos retos.

A los compañeros y compañeras del INREDH, del Centro de Derechos Humanos de la PUCE y de la RAMA, por recordarme siempre la importancia del trabajo que hacemos.

A mis alumnos y alumnas que optaron por convertirse en defensoras y defensores de los derechos humanos, por darle sentido a mi actividad académica, en especial a Mónica Vera, Harold Burbano y Felipe Castro quienes aportaron a esta investigación con valiosas ideas y en la recolección de información.

A los compañeros y compañeras defensores y defensoras de los derechos humanos y de la naturaleza, por permitirme apoyarles en su trabajo, por dejarme compartir sus sueños, sus alegrías y su bronca. Gracias por luchar cada día por un mundo más justo.



# Introducción

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, como toda Constitución, ley o norma, expresa un ideal de lo que debe ser la vida en una sociedad. Acortar la distancia entre el ideal y la realidad resulta una tarea a la que no todas las personas se sienten abocadas. Esa distancia entre la norma constitucional (donde se consagran los derechos humanos y sus garantías) y la realidad, es la que permite la discriminación, la violencia, la inequidad, la pobreza y, la acumulación de poder social, político y económico de las élites que no dejarán que sus privilegios desaparezcan fácilmente. Son esas élites las que secuestran las instituciones y el derecho, las que ponen las reglas de juego y no permiten que la Constitución logre tener el efecto emancipador que debería tener.

En un panorama como este, las personas y colectivos cuyos derechos humanos se ven disminuidos o son violados todos los días, no pueden tener una actitud pasiva. La Constitución de 2008 les entrega cuatro tipos de garantías para que hagan efectivos esos derechos: las normativas, las de políticas públicas, las jurisdiccionales y las sociales. Dentro de este último grupo se encuentra el derecho a la resistencia, es decir el que faculta a las personas y colectivos a resistirse a actos u omisiones del poder público cuando estos vulneran o arriesgan derechos fundamentales.

La otra cara de la moneda es la práctica estatal de restringir la capacidad de las personas de interferir en los designios del poder. Para este fin el derecho (en especial el derecho penal) ha demostrado ser útil, mediante el establecimiento de un orden social basado en la criminalización de ciertas acciones que resultan incómodas para las élites. Décadas atrás los grupos anticapitalistas fueron quienes limitaron significativamente al mercado y al poder político. En la actualidad son los derechos humanos los llamados a cumplir esa función, por lo que la actividad de defensores y defensoras incomoda al poder.

Este trabajo busca encontrar una salida a la creciente criminalización de la defensa de los derechos humanos, mediante su reconocimiento como actividad legítima dentro de la garantía social del derecho a la resistencia y los mecanismos que dicho derecho podría ofrecer a los cientos de personas que, en nuestro país y en todo el mundo, luchan por sociedades más justas. Con este fin

se ha planteado la siguiente pregunta de investigación: ¿Puede ser el derecho a la resistencia una herramienta para combatir el fenómeno de la criminalización de las defensoras y defensores de los derechos humanos y de la naturaleza?

Para responder esta pregunta, se plantearon como objetivos: (i) el comprender el alcance, características y presupuestos del derecho a la resistencia, y (ii) describir el fenómeno de la criminalización de la defensa de los derechos humanos y su interacción con el derecho a la resistencia.

Se utilizó el método cualitativo para comprender los efectos de la criminalización de la defensa de los derechos humanos, así como para dar voz a las víctimas de esta práctica. A lo largo del trabajo se escucharán las entrevistas a profundidad realizadas a tres defensores y una defensora de los derechos humanos: José Gualinga, presidente del pueblo kichwa sarayaku, acusado de terrorista; Carlos Pérez, dirigente del sistema de agua comunitaria de Azuay, actual presidente de la Confederación Kichwa del Ecuador (ECUARUNARI), condenado por terrorismo; Marlon Santi, dirigente del pueblo kichwa sarayaku y expresidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), acusado en dos ocasiones de terrorista, y Mónica Chuji, vicepresidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE), acusada por injurias calumniosas graves.

En el desarrollo del trabajo se ha visto la necesidad de delimitar el análisis del derecho fundamental a la resistencia. Tal y como está formulado en el art. 98 de la Constitución, las personas y colectivos pueden resistirse a acciones u omisiones del poder público y también de particulares. La resistencia a actos de personas particulares es una categoría diferente, que no tiene que ver con la criminalización primaria o secundaria (que siempre está a cargo del Estado). Además, los particulares solo podrían ejercer fuerza en contra de quien se resiste mediante la asistencia del Estado, por lo que finalmente es el Estado quien tomará la decisión sobre cómo responder a una situación de resistencia. Por lo anterior, en este trabajo no se abordará la resistencia a acciones u omisiones de entes privados.

La resistencia al derecho y a las órdenes de las autoridades competentes ha recibido diferentes nombres, desde la desobediencia civil, la objeción de conciencia, la protesta social e incluso la subversión o la rebelión. Todas estas manifestaciones se las entenderá como especies del género derecho a la resistencia; sin embargo, para fines de precisión se excluirá del presente trabajo a la subversión, la rebelión o cualquier otra manifestación de resistencia que tenga como objeto deponer al Estado por medios armados.

El presente tema demostró ser muy amplio y con varias aristas que, por la extensión requerida para este tipo de trabajos, no se pudo analizar. Un reto para futuros trabajos es profundizar en el análisis mismo de los tipos penales

aplicados en la criminalización, mediante el estudio de los procesos judiciales seguidos en contra de defensoras y defensores de los derechos humanos.

Muchos de los casos citados y de los ejemplos presentados se refieren a pueblos y nacionalidades indígenas. Si bien se entiende que el derecho a la resistencia puede ser ejercido individualmente, y que su dimensión colectiva va más allá de estos grupos, resultaba particularmente interesante analizar la resistencia y la sujeción a la ley de pueblos que han sido históricamente marginados de la sociedad, con los que la ficción del pacto social es imposible de aplicar y al ser quienes con mayor intensidad sufren en Ecuador de la criminalización de la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza. Las implicaciones de la vigencia de su derecho propio, del principio de autodeterminación y de la sujeción al derecho es un tema que el autor espera abordar en un trabajo posterior.

La presente investigación está dividida en dos capítulos. El capítulo I, titulado *El derecho a resistir el derecho*, presenta los antecedentes históricos para el reconocimiento del derecho a la resistencia, desarrolla un análisis respecto a los elementos que tiene el derecho, los momentos de su ejercicio y su garantía.

El capítulo II, titulado *Nosotros los terroristas. Criminalización de la resistencia*, desarrolla la noción del enemigo en el derecho; el enemigo en el contexto latinoamericano; las defensoras y defensores de los derechos humanos como enemigos de Estado, y finalmente, se exponen algunas ideas de cómo evitar la criminalización.

Una vez concluida la investigación, se ha logrado demostrar que el derecho a la resistencia genera ciertas obligaciones al Estado de disminuir la intervención penal en la esfera de la defensa de los derechos humanos. El derecho a la resistencia, más que un derecho fundamental común, es una garantía social que permite el acceso al debate público a quienes tradicionalmente son excluidos. Es además un último recurso de protección de los derechos amenazados por alguna acción u omisión estatal. Con varios elementos subjetivos en su aplicación se concluye que este derecho no debe ser regulado mediante una ley, sino que su eventual aplicación dependerá del caso concreto y del momento político. Queda claro que la resistencia no es necesaria en una sociedad plural, respetuosa y democrática.



## CAPÍTULO I

# El derecho a resistir el derecho

*La concepción de nosotros por medio de la tradición oral los yachas, nuestros padres, nuestras madres, de la gente mayor la selva es considerada viviente, tiene vida. Ahí están los seres, seres superiores el Asanga, el Sacharuna, el Yashingo, el Yakuruna, ahí están los Supays, cada pantanal, cada moretal los árboles tienen vida y la tierra igual. Las lagunas ahí está la fuerza de nuestros antepasados está ubicada en las lagunas. [...] Usamos, aprovechamos ahí vivimos, pero cómo podemos permitir que esta concepción, de la noche a la mañana pueda ser atentada, y esa concepción la defendemos, no por fanatismo, sino porque es parte de nuestra vida y eso choca con proyectos como la explotación petrolera, minera o maderera. Muchas veces las comunidades han cedido. Ceden ante la fuerza poderosa, ceden todo al principio y después están condenados a enfilarse el corredor de la miseria, pierden su identidad la pobreza cultural y se integran, prácticamente. El pueblo ya desaparece y muere.*

José Gualinga, presidente del pueblo kichwa sarayaku, defensor de los derechos de los pueblos indígenas y de la Pachamama, criminalizado.

El derecho a la resistencia es una de las novedades de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Fue incluido en el art. 98 y formulado de la siguiente manera: «Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que *vulneren o puedan vul-*



nerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos».<sup>1</sup>

El reconocimiento del derecho a la resistencia cumple con las características para ser considerado un derecho fundamental,<sup>2</sup> desde la teoría de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, a saber: es un derecho subjetivo, atribuido de manera universal a todas las personas en razón de su estatus de persona (o como miembro de un colectivo).<sup>3</sup>

Lo que resulta problemático es el poder que adjudica a sus titulares este derecho subjetivo. De la lectura del propio texto constitucional parece ser que, bajo ciertas circunstancias, las personas podrían resistirse a cumplir las órdenes emanadas de la ley o de las autoridades estatales competentes, siempre y cuando se cumplan dos requisitos fundamentales: i) que se haya vulnerado o se pueda vulnerar un derecho fundamental; y, ii) que no exista una respuesta del Estado para tutelar ese derecho. Este es un derecho antisistémico,<sup>4</sup> cuyo reconocimiento constitucional va en contra del presupuesto de la obligatoriedad del derecho que sostiene su existencia.<sup>5</sup>

Gargarella teoriza sobre la no existencia de una repuesta del Estado mediante su concepto de la *alienación legal*, «una situación en donde el dere-

1. Constitución de la República del Ecuador, art. 98, Registro Oficial (RO) No. 449, 20 de octubre de 2008.
2. A lo largo de este documento hemos utilizado, indistintamente, las categorías derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales como sinónimos. La utilidad de diferenciar estos conceptos viene de debates como su jerarquía (los derechos humanos serían parte del derecho internacional, los derechos fundamentales serían parte del derecho constitucional de cada Estado), su justiciabilidad (los derechos fundamentales serían susceptibles de tutela judicial, los derechos constitucionales serían programáticos), su fundamentación (los derechos humanos tendrían origen en el derecho natural, los derechos fundamentales y constitucionales en el derecho positivo), etc. En Ecuador todos los tratados de los derechos humanos y los derechos que se deriven de la dignidad humana se entienden integrados a la Constitución y todos los derechos contenidos en la Constitución son justiciables, por lo que en Ecuador las tres categorías se sobreponen.
3. Cfr., Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2005, p. 19.
4. Franco y Tarzia no coinciden con este punto, para ellos el derecho a la resistencia «tiene una función intrasistémica ya que se puede entender como instrumento de corrección de la ruta en el camino hacia la realización del Estado de derecho. Además, hipotéticamente podría resultar una carencia de tutela de un derecho constitucionalmente garantizado por ausencia de protección o de déficit normativo o jurisprudencial». Giuseppe Franco y Antonello Tarzia, «Derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo. El particular caso ecuatoriano», en Antonello Tarzia et al. org., *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2011, p. 35. Si bien el derecho puede tener efectos en la institucionalidad, su ejercicio se encuentra fuera de ella y la falla de respuesta de la institucionalidad es prerrequisito para su ejercicio.
5. Cfr., Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México DF, Éxodo, 2007, p. 109-117.

cho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad, sino que se presenta como un conjunto de normas ajeno a nuestros designios y control, que afectan a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente a la cual la misma parece sometida». <sup>6</sup> Siguiendo a Locke y a Jefferson, el autor argentino sostiene que la última instancia de decisión debe ser de la sociedad, incluso frente al derecho o a la autoridad, en este sentido plantea la idea de «el pueblo como última corte de apelación». <sup>7</sup>

A pesar de que en apariencia el derecho a la resistencia constituye una ruptura de la idea del Estado de derecho, es el reconocimiento de una realidad que existía fuera del ámbito del derecho: la protesta social; <sup>8</sup> las acciones de hecho han sido el mecanismo de quienes no tienen voz en el sistema de la democracia representativa, para tratar de ser escuchados por quienes ostentan el poder. El derecho es una herramienta represiva para quienes ostentan el poder político, social y económico de una sociedad. No obstante, todos los controles que se pretende implementar para que este poder no se aleje de los preceptos por los cuales fue establecido, la realidad es que los puestos de poder siguen siendo acaparados por élites que controlan la producción normativa de acuerdo con sus intereses y que deciden cuando el derecho debe o no debe cumplirse. <sup>9</sup>

La posibilidad de integrar este derecho sui generis en el sistema jurídico parte de la comprensión de qué obligaciones genera para el Estado y la sociedad, además de entender qué potestades le entrega a las personas y colectivos que podrían ejercerlo. Se puede empezar analizando tres facetas de este

6. Roberto Gargarella, «La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal», en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, coord., *Violencia y derecho*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004, p. 295.
7. *Ibid.*, p. 306.
8. Cfr. Rahul Rao, *Third World Protest. Between Home and The World*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 139-172.
9. Existe una larga tradición crítica del derecho como «voluntad del pueblo» y que busca develar su uso como legitimación de la fuerza represiva de los grupos de poder económico, social y político, que mediante este garantizan que el poder se encuentre secuestrado, por generaciones, dentro de este mismo grupo. Al inicio de esta tendencia crítica, destaca la crítica comunista al derecho: «Vuestras ideas mismas son producto de las relaciones de producción y de propiedad burguesas, como vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase. La concepción interesada que os han hecho erigir en leyes eternas de la Naturaleza y de la Razón, las relaciones sociales dimanadas de vuestro modo de producción y de propiedad –relaciones históricas que surgen y desaparecen en el curso de la producción–, la compartís con todas las clases dominantes hoy desaparecidas. Lo que concebís para la propiedad antigua, lo que concebís par la propiedad feudal, no os atrevéis a admitirlo para la propiedad burguesa». Karl Marx y Friedrich Engels, *Manifiesto del Partido Comunista*, Caracas, Monte Ávila, 2007, p. 28-29.

derecho que derivan de su condición de derecho subjetivo:<sup>10</sup> la primera es el titular del derecho o quien resiste; la segunda es el obligado o la autoridad que emitiría el acto o decisión frente al cual las personas se resisten, y finalmente, el contenido o la prestación a la que estaría obligado el Estado en cuanto al derecho a la resistencia.

En primer lugar, el derecho subjetivo significa que existe un titular del derecho que se encuentra en la posición jurídica de exigir cierto comportamiento o la abstención de cierto comportamiento por parte del Estado o de la sociedad.<sup>11</sup> Es decir que, a diferencia de las declaraciones constitutivas de los Estados Unidos de Norteamérica (EUA)<sup>12</sup> o del Estado francés,<sup>13</sup> no se trata de una mera declaración, en cuanto al derecho de los pueblos a autodeterminarse o resistir a la tiranía, sino de una institución que, sobre la base del art. 11.3 de la Constitución,<sup>14</sup> debe generar efectos jurídicos. Toda persona tiene, entonces, el derecho de resistirse a las órdenes de las autoridades públicas cuando sus derechos están siendo violados o puestos en peligro, pero además debería poder exigir a las autoridades públicas, cierto tipo de comportamiento. La definición de ese comportamiento es uno de los objetivos del presente estudio.

El segundo lugar, las obligadas serían las autoridades que adoptan la decisión que genera la resistencia. Cabe en este punto hacer una distinción entre las autoridades que serían sujeto pasivo del derecho a la resistencia. Existe la posibilidad de que quien emita el acto sea una autoridad incompetente o que

10. Para Canosa el derecho a la resistencia no podría ser considerado derecho subjetivo ya que se ejerce en el terreno de los hechos, ni tampoco de una garantía, sino de una «facultad» de participación política, cuyo efecto jurídico sería la solicitud de la suspensión cautelar del acto supuestamente lesivo de derechos. Cfr., Raúl Canosa, «Derecho a la resistencia. Evolución histórica, esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana», en A. Tarzia *et al.*, *op. cit.*, p. 67.
11. Cfr., Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. en verso castellano por Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 2a. ed., p. 163-218.
12. Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, trad. en verso castellano de National Archives, 4 de julio de 1776, en *National Archives*, <<http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>>. Consulta: agosto de 2013.
13. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 de agosto de 1789, en *Legifrance*, <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Consulta: agosto de 2013.
14. Art. 11.- 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 los 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. [...] 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. Constitución de la República del Ecuador, art. 11.3.

actúa fuera del derecho, en cuyo caso el acto ilegal o violatorio de los derechos humanos no genera una obligación de obediencia a quienes sufren sus consecuencias y, por tanto, la resistencia estaría plenamente justificada. Sin embargo, el derecho a la resistencia no está formulado de manera que pueda ejercerse únicamente en contra de actos ilegales, los actos violatorios de los derechos o contrarios a la legislación podrían ser legales y emitidos por autoridades competentes. En casos como el anterior será más difícil establecer la obligación del Estado frente a quienes ejercen el derecho a la resistencia, la justificación o no de la actuación de quienes se resisten a obedecer no se puede determinar *prima facie*, si no que se decidirá a posteriori, por las autoridades del propio Estado mediante decisiones jurídicas o políticas (o ambas).

Finalmente, los tipos de prestaciones o actitudes que se pueden exigir a las autoridades públicas que emiten los actos implican una infinidad de variantes, como la suspensión temporal o definitiva del acto, la no criminalización de quienes se resisten, la modificación de las normas que permitieron el acto, la apertura de canales de diálogo efectivo con la autoridad, entre otros. Los ejemplos presentados no son ajenos a las vías de desfogue de la presión social y política que se han utilizado al margen del derecho. El reto de la Constitución de 2008 es darle soluciones jurídicas a estos conflictos, que eviten el sufrimiento de las personas cuyas vidas y derechos son lesionados por no tener el poder político para participar en el debate formal en el que se adoptan las decisiones de un Estado.

Ante la imposibilidad de institucionalizar la protesta social, inclusive por el peligro de desnaturalizar este recurso de hecho (o *garantía social*) de la población civil,<sup>15</sup> lo que cabe preguntar es cuál debe ser la respuesta del Estado. La respuesta podría ser un factor para determinar el *grado de democracia* que tiene una sociedad, así en regímenes más democráticos la respuesta del Estado debería ser la tolerancia, aun cuando estas manifestaciones sociales hayan sido consideradas por la legislación como contravenciones o delitos. En Estados menos democráticos la consecuencia sería la represión y la criminalización. En el presente trabajo se adoptará la teoría de la *democracia sustancial*, es decir aquella que está compuesta por: (i) la participación de la sociedad en la toma de decisiones, mediante varios mecanismos entre los que se encuentra la elección de representantes, y (ii) la limitación de lo que pueden decidir los órganos polí-

15. La naturaleza no institucional de la organización social y la protesta social ha sido destacada por Gerardo Pisarello como un nuevo grupo de garantías de los derechos humanos llamadas «garantías sociales». Se desarrollará esta teoría más adelante. Cfr., Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123.

ticos del Estado por medio de los derechos humanos. El *grado de democracia* sería entonces la mayor o menor sujeción de un Estado a estos principios.

La *criminalización*, como acción por la cual se designan en la ley los actos que serán penalizados (criminalización primaria) y la forma en que efectivamente se aplica dicha ley (criminalización secundaria),<sup>16</sup> no es necesariamente negativa. Además, es una forma de proteger bienes jurídicos como los derechos humanos, incluso obligatoria, en algunos casos, en cumplimiento de convenios internacionales (p. ej., la tipificación de la tortura). Sin embargo, en el presente trabajo se utilizará el término *criminalización* en el sentido de la acción estatal de usar el derecho penal como herramienta para reprimir ciertas actividades legítimas como la protesta social, la resistencia y la defensa de los derechos humanos.

Es así que la criminalización presenta una situación más compleja (aunque no necesariamente más grave) que la represión, ya que esta última es un hecho puntual que ocurre en el momento de la manifestación, mientras que la criminalización se proyecta en el tiempo en cuanto a los hechos que acarrea y sus consecuencias. La criminalización implica vincular a una persona que participa en la protesta social, generalmente los líderes o dirigentes, a procesos penales largos, tortuosos y costosos. Sus efectos superan los daños personales y familiares de la persona criminalizada, afectando también al grupo al que pertenece mediante la desmovilización y el amedrentamiento.

Como sostiene Foucault, una de las demostraciones más efectivas del poder del Estado sobre la sociedad es cuando se apodera del cuerpo de quien quiere desestabilizarle. El dominio del cuerpo se manifiesta en la sociedad moderna con la privación de la libertad.<sup>17</sup> Es decir, la criminalización no solo tiene un trasfondo económico y político, sino sobre todo simbólico. Representa el poder del Estado y lo que puede hacer el poder con las personas que tratan de expresar su pensamiento mediante actos de resistencia, con el objeto de desincentivar ese tipo de manifestaciones sociales colocándolas fuera de la ley.

La protesta social ha sido una forma de participación de los grupos más desposeídos en el transcurso de la historia. En Latinoamérica, la protesta social se ha convertido en el mecanismo más importante de participación para las minorías (no en el sentido de menos número, pero sí de menos representación

16. Cfr., Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 2002, 2a. ed., p. 7.

17. Cfr. Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, p. 15-37.

en los estamentos de poder), debido a la falta de acceso a los espacios de toma de decisiones de la gran mayoría de su población.<sup>18</sup>

Así, en países como Argentina, Brasil, Bolivia, Perú, Colombia, México, Ecuador, entre otros, hay momentos históricos en que se puede registrar eventos en que la gente se ha salido del cauce legal, o constitucional, porque ha considerado que no existían garantías suficientes para que su opinión del gobierno o el sistema económico sean tomadas en cuenta. En estos momentos se han gestado grandes transformaciones políticas, sociales y económicas, mediante la protesta social en el marco de sistemas democráticos.<sup>19</sup> El nivel de represión o criminalización de estos movimientos sociales ha sido uno de los detonantes para que algunos grupos, que no se sienten respetados por el Estado, asuman posiciones más radicales como la creación de grupos armados irregulares.

En una sociedad que es solo formalmente democrática, la opresión es, en gran medida, reforzada por las incapacidades de los mismos oprimidos: su impotencia económica, la falta de educación, la incapacidad de expresarse ellos mismo, el desprecio a sí mismos, y lo que es más importante, su dispersión política, la desunión, incompetencia y aislamiento. Toda la sociedad conspira en forma más o menos abierta para mantener esas incapacidades. Esta situación puede ser superada solo mediante una lucha política abierta a todos. Si esta se realiza en interés de los oprimidos, tiene que ampliarse eventualmente para incluirlos. [...] Podemos afirmar lo mismo acerca de los grupos minoritarios. La piedra de toque para evaluar a los que pretenden trabajar por los oprimidos reside en que la acción que elijan motive, y no solo beneficie, a estos; y que la acción no disminuya su confianza (que ya es escasa) en la posibilidad de su propia participación democrática.<sup>20</sup>

18. Cfr., Gerardo Caetano, «Distancias críticas entre ciudadanía e instituciones. Desafíos y transformaciones en las democracias de la América Latina contemporánea», en Gerardo Caetano, comp., *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*, Buenos Aires, Clacso, 2006, p. 243-265.
19. El Movimiento Zapatista de Liberación Nacional ha cambiado el panorama político mexicano, visibilizando realidades sociales olvidadas por siglos de homogeneización de una sociedad extremadamente diversa. El levantamiento en Chiapas cambió la imagen homopolar de la gran metrópoli que entra en el concierto mundial como impulsadora del neoliberalismo y el libre mercado, para posicionar la idea de que en México existen más miradas de cómo construir la sociedad. Este movimiento ha tenido gran repercusión incluso en la forma en que los mexicanos se ven a sí mismos. Un análisis sobre los efectos sociales, culturales y políticos se encuentra en Jorge Fuentes Morúa, Guillermo Michel y Alberto Arroyo Picard, *Chia-Paz 7 años: recuento, balance y perspectivas*, México DF, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.
20. Michael Walzer, *Obediencia y desobediencia civil en una democracia*, Buenos Aires, Edisarsar, 1976, p. 50-51.

Lo que plantea Walzer es fundamental para la creación de una verdadera democracia. Los actos de resistencia tienen como fin una reacción social y del sistema que incluya los derechos de las minorías que han sido excluidas. La liberación de la opresión es un fin legítimo e íntimamente relacionado con la dignidad humana, si la institucionalidad no da espacio a las minorías, el derecho a la resistencia es una opción para exigir que el sistema sea modificado sin querer que el sistema desaparezca, pero la repuesta represiva quita por completo a las personas la esperanza de que la democracia sea una opción real para alcanzar el respeto a su dignidad humana.

En este primer capítulo se tratarán algunos antecedentes históricos del derecho a la resistencia, una suerte de delimitación de dicho derecho y las posibles formas de tutela del mismo.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El derecho a la resistencia contra el poder ilegítimo, como ruptura con los poderes constituidos, aparece en el pensamiento filosófico occidental, desde su origen en Grecia. Platón y Aristóteles desarrollan en sus obras la noción de tiranía como contraria a la libertad de los hombres y a su idea de la república. Posteriormente, el derecho a la resistencia recibe un gran aporte de Juan de Salisbury y Santo Tomás de Aquino, en los siglos XII y XIII, respectivamente, quienes desarrollaron en su obra la idea de la sujeción de los gobernantes al derecho natural, cuya consecuencia era que, en caso de desobedecer ese derecho, se convertiría en tirano. Para de Salisbury, esto incluso justificaría el tiranicidio.<sup>21</sup>

Luego, en la Ilustración, aparecen las ideas contractualistas que inspirarían a los revolucionarios norteamericanos, franceses y latinoamericanos. Tomas Hobbes, en su obra *Leviatán*, de 1651, manifiesta que «el derecho natural, [...] *jus naturale*, es la libertad que tiene cada hombre de usar su propio poder según le plazca para la preservación de su naturaleza».<sup>22</sup> Para el autor, existe una renuncia de derechos para que sean administrados por el Estado «[...] el motivo y el fin que hacen que un hombre renuncie y transfiera sus derechos no es otro que el de su seguridad personal en esta vida y el de poner los medios para conservarla y no hastiarse de ella».<sup>23</sup> La idea de conservar el derecho a

21. Cfr., Dalmacio Negro Pavón, «Derecho de resistencia y tiranía», en *Logos. Anales del seminario de metafísica*, No. extra, Madrid, Ed. Complutense, 1992, p. 683-707.

22. Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid, Alianza, 2009, 11a. ed., p. 119.

23. *Ibid.*, p. 122.

la autotutela no se perdería aun ante la idea del convenio social, ya que «[u]n convenio que me obligue a no defenderme usando la fuerza cuando la fuerza es usada contra mí siempre será nulo. [...] ningún hombre puede transferir o ceder su derecho de salvarse de la muerte, el daño físico o el encarcelamiento. El único fin de ceder cualquier derecho suyo es precisamente evitar tales cosas».<sup>24</sup>

En el contrato social, las partes acuerdan la creación de un Estado que administre sus derechos y libertades, las personas que integran la sociedad se obligan a respetar el derecho con el fin de instituir un gobierno que garantice estos derechos. Se entiende entonces que una de las partes contratantes, en este caso serían las personas que gobiernan, tienen que cumplir con ciertas obligaciones que son básicamente la de garantía y respeto de los derechos. Cuando una de las partes deja de cumplir las obligaciones del contrato, puede ser rescindido; es decir, la otra parte que venía cumpliendo sus obligaciones podría desconocer el contrato en base al incumplimiento de la otra parte.

En la obra, *Two Treatises of Government*, de 1689, John Locke habla no solo del pacto social, sino de la posibilidad de revertirlo en caso de ser necesaria la defensa de los derechos, «[...] porque la ley que fue hecha para mi salvaguardia, me permite, cuando ella no pueda interponerse para proteger mi vida de una violencia actual, que me defienda por mí mismo y me otorga derecho a la guerra».<sup>25</sup> En este contexto guerra significa el enfrentamiento al margen del derecho con quien irrespeta el derecho, «al haber el rey quebrantado su mandato, al no haber salvaguardado la forma de gobierno prometida y al haberse apartado de la finalidad misma del gobierno que es el bien público y la conservación de la propiedad deja de ser rey. Y se coloca en estado de guerra con sus súbditos u otras personas».<sup>26</sup>

Si el fin en sí mismo del contrato social es el respeto y garantía de los derechos fundamentales mediante el establecimiento de un gobierno, si ese gobierno no está cumpliendo con su fin, la sociedad tiene el derecho, entonces, de exigir el cumplimiento del contrato o de liberarse de las obligaciones contraídas mediante este, es decir dejar de obedecer el derecho.

Finalmente, en la obra de 1762 de Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, el autor defiende ideas que legitiman la Constitución de un Estado que defienda los derechos de los ciudadanos, critica el autoritarismo y sostiene la idea del pacto social como momento hipotético de fundación del Estado y de su ordenamiento jurídico.<sup>27</sup> Rousseau argumenta en contra de la monarquía lo

24. *Ibid.*, p. 127.

25. Jhon Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1990, 3a. ed., p. 16.

26. *Ibid.*, p. 18.

27. Cfr., Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2001, 2a. ed., p. 159-163.



mismo que ahora se puede argumentar del Estado: «Puesto que ningún hombre tiene autoridad natural sobre su semejante, y puesto que la fuerza no produce ningún derecho, quedan pues las convenciones como base de autoridad legítima entre los hombres».<sup>28</sup> La legitimidad es un concepto importante para las teorías revolucionarias o independentistas de la época, ya que trataban de contrastar la actuación de los gobernantes con sus obligaciones de respetar los derechos y no de la legalidad de su poder.

Fueron estas ideas de la ilegitimidad en el ejercicio del poder y, sobre todo el darle al poder una finalidad específica de protección de los derechos de los ciudadanos, lo que dio paso a que varias naciones califiquen de ilegítimo al régimen que los oprimía y se declaren en resistencia. En consecuencia, varias cartas de independencia o constituciones hacen referencia al derecho que tuvieron esas sociedades de revelarse contra el poder establecido y la necesidad de ejercerlo frente a la arbitrariedad del uso de dicho poder. Los antecedentes más importantes coinciden con el nacimiento del Estado de derecho moderno con la independencia de los EUA en 1776 y la Revolución francesa de 1789.

Mediante la Declaración de Independencia de los EUA, los separatistas buscaron la legitimidad de sus acciones en el derecho natural<sup>29</sup> que facultaría a las personas a su vez a establecer gobiernos para la protección de sus derechos y a derrocarlos en el momento que dejen de cumplir su cometido:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; *que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.*<sup>30</sup>

28. Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Madrid, Aguilar, 2a. ed., 1970, p. 10.

29. En esta investigación se entenderá el derecho natural como aquel que se reivindica como inherente a la dignidad humana, al que se puede llegar mediante la razón y la aceptación de que existen formas indignas de tratar a un ser humano, injustas y, por tanto, deberían estar prohibidas por el derecho. Este derecho natural se entiende como previo al Estado y al reconocimiento del mismo por el derecho positivo, para muchos grupos será motivo de lucha su reconocimiento; además, se utilizarán los términos derecho natural o derecho moral tanto como sinónimos cuánto para referirse a derechos que no han sido reconocidos aún por el derecho positivo o interpretaciones de los derechos fundamentales no aceptadas aún por los órganos estatales y que dan cuenta del alcance de dichos derechos.

30. Declaración de Independencia de los EUA. Las cursivas son agregadas.

En este texto histórico subyace la declaración de que los poderes deben legitimarse mediante un ejercicio respetuoso del pacto social, en especial de los derechos fundamentales, caso contrario no existiría un ejercicio legítimo del poder público y no existiría una obligación ciudadana de respetarlo. Así lo entendieron los próceres de la independencia de los EUA, cuyo ejercicio del derecho natural a la resistencia incluso llevó a justificar el levantamiento en armas en contra de la Corona inglesa:

[A] Reverence for our great Creator, Principles of Humanity, and the Dictates of Common Sense, must convince all those who reflect upon the Subject, that Government was instituted to promote the Welfare of Mankind, and ought to be administered for the Attainment of that End. The Legislature of Great-Britain, however, stimulated by an inordinate Passion for a Power not only unjustifiable, but which they know to be peculiarly reprobated by the very Constitution of that Kingdom, and desperate of Success in any Mode of Contest, where Regard should be had to Truth, Law, or Right, have at Length, deserting those, *attempted to effect their cruel and impolitic Purpose of enslaving these Colonies by Violence, and have thereby rendered it necessary for us to close with their last Appeal from Reason to Arms.*<sup>31</sup>

Ya en la carta fundacional de los EUA, los «Padres Fundadores» decidieron además mantener vivo el derecho a la resistencia en la sociedad norteamericana, es decir la posibilidad de revelarse contra la opresión de un gobierno que no cumpla con el pacto social, inclusive el gobierno que estaban constituyendo en ese momento.

Este derecho a derrocar el sistema de gobierno tendrá una expresión menos radical en la denominada desobediencia civil,<sup>32</sup> mediante la cual las personas asumen una posición de incumplimiento de las normas o de inobservancia a los designios de la autoridad como una demostración política ante lo que consideran injusto. En los EUA se puede identificar un debate sobre el derecho moral<sup>33</sup> de las personas a rechazar el derecho injusto, mediante el ejercicio de

31. «Declaration of the Causes and Necessity of Taking Up Arms, adoptado por el Congreso Continental (Estados Unidos) el 6 de julio de 1776», en Joyce Appleby y Terence Ball, edit., *Jefferson: Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 81. Las cursivas son agregadas.

32. Para efectos de la presente investigación se considera a la desobediencia civil como una especie del género resistencia.

33. Como ya se aclaró, el derecho moral aquí se refiere a un derecho que no ha sido reconocido por el derecho positivo. En el caso ecuatoriano no sería un derecho moral, sino fundamental gracias a su inclusión en la norma constitucional.

la desobediencia civil que inicia con Henry David Thoreau<sup>34</sup> y que continúa con John Rawls,<sup>35</sup> Ronald Dworkin<sup>36</sup> entre otros.

Por otra parte, respecto a la Revolución francesa, los revolucionarios requerían legitimar su accionar que pretendía modificar las relaciones de poder entre la monarquía y la burguesía, para lo cual debían plantearse un nuevo origen de la legitimidad del poder que no sea la divina. La respuesta fue la atribución de la titularidad de la soberanía al pueblo, quien funda el Estado con el fin específico obtener la protección de sus derechos. Al igual que en los EUA, la declaración de la Asamblea Nacional de Francia mantiene como derecho fundamental la resistencia a la opresión: «Art. 2. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».<sup>37</sup>

En estos documentos del siglo XVIII, no existió en la Constitución una formulación del derecho a resistir el derecho; sin embargo, referencias al mismo fueron colocadas en documentos políticos importantes en ambos Estados. Si bien es cierto que para algunos fines declarativos sus declaraciones de independencia y de los derechos, respectivamente, se entienden integradas a sus Constituciones, la fuerza del derecho a la resistencia sirvió para fundamentar la ruptura institucional, pero se cerró su práctica a futuro. En estas sociedades la legitimidad del poder nace del reconocimiento de la obligatoriedad del derecho.

En el derecho internacional, el derecho a la resistencia, ha sido reconocido en situaciones en donde los poderes fácticos no respetan el derecho a la autodeterminación de los pueblos. El derecho a la autodeterminación o libre determinación se reconoce en el art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas (1945), como uno de los principios que promueve la organización,<sup>38</sup> En la misma línea, se reconoce la libre determinación de los pueblos en el art.

34. Redactó sus razones en su ensayo *Civil disobedience*, de 1849; ver Henry David Thoreau, «La desobediencia civil», en Irving Louis Horowitz, comp., *Los anarquistas I. La teoría*, Madrid, Alianza, 1982, p. 367-378.

35. John Rawls realiza un análisis sobre la desobediencia civil y el deber de respetar el derecho en el cap. VI (El deber y la obligación) de su obra de 1971, *A Theory of Justice*. Cfr., John Rawls, *Teoría de la justicia*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1995, 2a. ed., p. 320-355.

36. Ronald Dworkin, dedica un capítulo de su obra de 1977, *Taking Rights Seriously*, a la desobediencia civil, sobre el que se volverá más adelante, ver cfr., Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 304-326.

37. Consejo Constitucional de Francia, «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano», París, en *Consejo Constitucional de Francia*, <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)>. Consulta: agosto de 2013.

38. Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, en *Naciones Unidas*, <<http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>>. Consulta: agosto de 2013.

1.1, común a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976).<sup>39</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) va más allá de la autodeterminación y reconoce el derecho a la rebelión cuando un Estado no respeta los derechos humanos: «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».<sup>40</sup>

Finalmente, en el campo del derecho internacional humanitario, para el Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977), 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 pueblos a la libre determinación».<sup>41</sup> Lo que significa que la comunidad internacional está dispuesta a reconocer como Estado legítimo al surgido durante la rebelión en contra de un régimen opresor o que viola los derechos humanos.

El Estado moderno ha sido un espacio unificador y represivo, en donde se ha dado poca cabida al pensamiento periférico o antihegemónico. En países como Ecuador, las organizaciones sociales, mediante acciones de resistencia, han procurado hacer escuchar su voz fuera de los canales institucionales. Mientras algunas experiencias han sido exitosas, otras han acarreado criminalización e incluso muerte. No son pocos los ejemplos de cómo en Ecuador las calles han sido el espacio para las conquistas sociales o la defensa de la democracia sustancial.<sup>42</sup>

39. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976 y el 3 de enero de 1976, respectivamente, en *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, en <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>> y en <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>>. Consulta: agosto de 2013.

40. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada mediante resolución 217A(III) de 10 de diciembre de 1948, en *Naciones Unidas*, <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>>. Consulta: agosto de 2013.

41. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, art. 1.4, en *Comité Internacional de la Cruz Roja*, <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>>. Consulta: agosto de 2013.

42. En el sentido de exigir que los derechos fundamentales de las minorías constituyan límites efectivos a lo que puedan decidir las mayorías.

La huelga de los trabajadores de Aztra en 1977, el levantamiento indígena de 1990 o las movilizaciones sociales que terminaron con la destitución de los presidentes Bucaram en 1997,<sup>43</sup> Mahuad en 2000<sup>44</sup> y Gutiérrez en 2005,<sup>45</sup> son ejemplos de acciones de hecho que han impactado la historia nacional, sin embargo con diferentes respuestas desde el poder político.

En el caso de Aztra, la represión en contra de la huelga de los trabajadores del ingenio azucarero dejó un número aún no determinado de muertos (oficialmente 23, extraoficialmente más de 100).<sup>46</sup> En cuanto al levantamiento de 1990, existieron intentos de criminalización de los dirigentes que no se materializaron, sin embargo la protesta llevó al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1998, la ratificación del Convenio 169 de la OIT, pero lo más importante la consolidación del movimiento indígena como una fuerza política a ser tenida en cuenta, no por su poder en las urnas, sino su capacidad de movilización social.<sup>47</sup>

En el caso de los movimientos que llevaron a la destitución de los tres presidentes, a pesar de que desestabilizaron el sistema democrático al punto de legitimar al Congreso Nacional para que los destituya de forma inconstitucional, los golpistas no fueron perseguidos ya que contaron con gran apoyo popular y consiguieron ganar protagonismo político.<sup>48</sup>

El fenómeno de movilización social (llamado «el movimiento de los forajidos»), que terminó con la destitución de Lucio Gutiérrez, creó un clima de desconfianza en los políticos tradicionales que ayudó al movimiento «Alianza

43. Cfr., Diego Cornejo Menacho, *¡Que se vaya! Crónica del bucaramoto*, Quito, Edimpres, 1997.
44. Cfr., Pedro Saad Herrería, *La caída de Mahuad*, Quito, El Conejo, 2000.
45. Cfr., Carlos de la Torre, «Protesta y democracia en Ecuador: la caída de Lucio Gutiérrez», en Margarita López Maya, *Luchas contrahegemónicas y cambios políticos recientes de América Latina*, Quito, Clacso, 2008.
46. Cfr., Laura Buitrón *et al.*, *Aztra: perdón y olvido de una masacre*, Quito, Centro de Educación Popular, 1985.
47. Cabe anotar que además de la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1998, en dicho documento se incluyó también una prohibición expresa de paralización de los servicios básicos que significaba darle una característica de antijuridicidad a un importante número de actos de protesta social. Cfr. Holger Díaz Salazar, «El movimiento indígena como actor social a partir del levantamiento de 1990 en el Ecuador: emergencia de una nueva institucionalidad entre los indígenas y el Estado entre 1990-1998», Quito, 2001, en, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2750/1/T0146-MRI-D%c3%adaz-El%20movimiento.pdf>. Consulta: agosto de 2013.
48. P. ej., Lucio Gutiérrez saltó a la vida pública gracias a su participación en la destitución del expresidente Jamil Mahuad, luego fue electo Presidente de la República. Francisco Velasco tuvo una participación activa en el «movimiento forajido» desde sus transmisiones radiales desde la radio La Luna, luego de la destitución de Gutiérrez ha ocupado importantes cargos públicos.

País» (que reclamaba ser la continuación del movimiento de los forajidos)<sup>49</sup> a llegar al poder. Alianza País tuvo entre sus propuestas de campaña la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual, luego de una consulta popular sobre la materia, se instaló en Montecristi en 2007.

Mientras se desarrollaba la Asamblea Nacional Constituyente, varias organizaciones de la sociedad civil presentaron una propuesta de amnistía para más de 500 defensores y defensoras de los derechos humanos y de la naturaleza que estaban sometidos a alguna clase de proceso incriminatorio.<sup>50</sup>

Las organizaciones presentaron un informe sobre los procesos de exigibilidad de derechos a las cuales estas personas habían estado vinculadas y la información de los juicios a través de los cuales se trataba de detener su actividad organizativa. Este hecho político es relevante debido a que las acciones por las que eran perseguidos, en un gran número de casos, estaban relacionadas su resistencia a decisiones estatales. «[V]arios hombres y mujeres de nuestro país, se han movilizado en defensa de la vida, de los recursos naturales y el ambiente; en contra de las compañías que han devastado el ecosistema, movidos por la desatención y el abandono; los afectados han realizado varias acciones de resistencia y protesta».<sup>51</sup>

La práctica de criminalización de la defensa de los derechos humanos consistía en encasillar actos de protesta en tipos penales comunes como las injurias, la paralización de servicios públicos o el delito de sabotaje y terrorismo. En este último caso, a su vez, las acusaciones se enfocaban en contra de los defensores y defensoras que eran líderes o lideresas de la comunidad y no en contra de las personas que habían participado directamente en las manifestaciones. En la decisión de la Asamblea Constituyente de conceder la amnistía se reconoció a la resistencia como acto legítimo:

49. La identificación del «movimiento forajido» con el movimiento Alianza País estaba en el imaginario social, aunque no era real. Nunca existió un movimiento organizado detrás de las protestas de los forajidos, quienes participaron pertenecían a diferentes ideologías, muchos de ellos incluso afiliados a partidos políticos tradicionales, otros iniciaron otros movimientos políticos. Cfr. «Forajidos tardaron un año para enrumbar sus planes», en *El Telégrafo*, Guayaquil, 3 de febrero de 2013, *El Telégrafo*, <<http://www.telegrafo.com.ec/actualidad/item/los-forajidos-definen-la-eleccion-presidencial-mas-ideologizada.html>>. Consulta: agosto de 2013.
50. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, Washington DC, 31 diciembre 2011, párr. 84.
51. Asamblea Nacional Constituyente, «Resolución. Concédase 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», Montecristi, 14 de marzo de 2008, Registro Oficial No. 343, p. 7, Quito, 22 de mayo de 2008.

Art. 1.- Conceder 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.<sup>52</sup>

Este documento, además de ser un antecedente a lo que sería luego el reconocimiento del derecho a la resistencia, daba una posible vía política de ejercicio del mismo, es decir la amnistía emitida por un órgano político a favor de quienes mediante acciones de hecho desobedecieron el derecho en defensa de sus derechos como último recurso: «[L]as personas enjuiciadas se han visto en la necesidad de ejercer el derecho al reclamo en defensa de los recursos naturales y por alcanzar una vida digna dentro de un ambiente ecológicamente sano y libre de contaminación».<sup>53</sup>

En la resolución se reconoce la existencia de una práctica sistemática de criminalización hacia las personas que ejercen la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza. Para los asambleístas que apoyaron la iniciativa de la amnistía esta criminalización no era legítima, al punto que le dieron a las amnistías el propósito de «subsanan errores judiciales y sanciones injustas a perseguidos políticos y personas inocentes, justificables en este momento de la vida política del país, que exige el restablecimiento de la calma y la concordia social».<sup>54</sup>

Esta amnistía no solo ayudó a personas que venían siendo por años intimidadas mediante procesos judiciales, sino que además develó una práctica que incluso se planteó que sea combatida dentro de la Constitución mediante una disposición que prohíba la criminalización de defensores y defensoras de los derechos humanos, la cual no prosperó. Sin embargo, sí se reconoció el derecho a la resistencia en el texto constitucional.

El resultado fue el reconocimiento de un derecho humano fundamental a participar en la vida política por vías no institucionalizadas, es decir el derecho a la resistencia en contra de decisiones de autoridades públicas o actos de privados que puedan vulnerar derechos constitucionales. El derecho a la resistencia fue introducido en el proyecto de nueva Constitución, aprobado por la mayoría de la población ecuatoriana.<sup>55</sup> La denominada Constitución de 2008

52. *Ibid.*, p. 8.

53. *Ibid.*, p. 7.

54. *Ibid.*, p. 8.

55. Constitución de la República del Ecuador.

trae un extenso catálogo de derechos que pueden ejercerse de forma individual o colectiva, de aplicación inmediata, de igual jerarquía y justiciables.<sup>56</sup>

En términos de complejidad del sistema jurídico, cada derecho reconocido ofrece infinidad de posibilidades de interacción y colisión con los demás derechos, además de constituir límites a los poderes públicos y privados.<sup>57</sup> En cada interacción con otros derechos, las personas y colectivos se verán en la posición de ofrecer una interpretación razonable de la Constitución por la que los derechos oponibles o los propios intereses del Estado deberían ceder y, al no conseguir canalizar sus aspiraciones por las vías institucionales, tendrán el recurso a la resistencia, como derecho y como garantía.

## LOS ELEMENTOS DEL DERECHO A LA RESISTENCIA

En el presente acápite se presentará una propuesta de análisis de los diferentes elementos del derecho a la resistencia, en cuanto derecho subjetivo. Antes de analizar los componentes del derecho, cabe hacer un breve análisis respecto a su naturaleza.

El derecho a la resistencia permitiría la desobediencia del ordenamiento jurídico; sin embargo, lejos de ser una forma de violar la Constitución o de atentar contra el Estado de derecho, puede verse como complementario al sistema, ya que permite la expresión de quienes en circunstancias normales estarían excluidos del debate político.<sup>58</sup> El constitucionalismo contemporáneo reconoce la posibilidad de que la interpretación y aplicación de la Constitución rompa el monopolio de las instituciones estatales y que vuelva al pueblo cuyos derechos legitiman la existencia de dicho cuerpo normativo. Así Gargarella defiende el rol que puede tener la sociedad en la interpretación constitucional, contra la tendencia que observa de delegar a los jueces esta función:

56. *Ibid.*, art. 11.

57. Cfr., Robert Alexy, «Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, 2a. ed., 2005, p. 38.

58. A lo largo del trabajo se afirma que el derecho a la resistencia sería un recurso de los excluidos del debate político. Aquí excluido se debe entender como la condición de no estar en la capacidad de intervenir en el debate político con la misma efectividad que quienes ostentan el poder político. Si una persona o colectivo está en la posibilidad de colocar en la agenda pública su discurso y de canalizar sus pretensiones por vías institucionales, entonces no se trataría de un grupo excluido.



Vivimos en democracia, entre otras razones, porque asumimos que todos, aun los jueces, pueden equivocarse. Y, asumiendo este dato, no hay buenos argumentos para privar a la ciudadanía de su derecho final a decidir: sus errores, como los de cualquier otro individuo, grupo u órgano, pueden ser muy graves, pero *nada nos dice que haya razones para pensar que corremos mayores riesgos dejando la «última palabra» legal en manos de la ciudadanía.*<sup>59</sup>

El debate detrás consiste en cómo las personas participan del proceso de interpretación y aplicación de la norma constitucional. Cuando se sienten investidas de un derecho humano de manera que una acción pública o privada pueda violentarlo aporta con dicha interpretación al debate sobre el alcance de las normas constitucionales. Dicho debate puede tomar formas diversas, como una demanda judicial que lo lleve a las cortes o una medida de hecho que lo lleve a las calles. Esta última no solo es una manera de interpretar la Constitución, sino de defenderla. Larry Kramer desarrolla estas ideas al proponer la noción del «Constitucionalismo Popular» como aquel en que la gente común recobra el poder que tiene sobre el Estado y participa en la interpretación constitucional:

The point, finally, is this: to control the Supreme Court, we must first lay claim to the Constitution ourselves. That means publicly repudiating Justices who say that they, not we, possess ultimate authority to say what the Constitution means. It means publicly reprimanding politicians who insist that «as Americans» we should submissively yield to whatever the Supreme Court decides. It means refusing to be deflected by arguments that constitutional law is too complex or difficult for ordinary citizens. [...] *The Supreme Court is not the highest authority in the land on constitutional law. We are.*<sup>60</sup>

Las ideas de Gargarella, Kramer y Balkin no desconocen la autoridad del órgano encargado constitucionalmente de interpretar la Constitución con efectos generales, sino que reivindican el rol de la ciudadanía en el proceso de formulación de la decisión judicial de estos órganos en sus distintas fases. Es la ciudadanía la que lleva los temas sobre derechos a las cortes, las que se asumen una posición activa, respecto al resultado de la controversia y la que persuade a los tribunales sobre la necesidad de que se acoja su interpretación de la Constitución. La idea común en estos autores de devolver la Constitución a la gente, es tanto un llamado a las cortes a escuchar las voces y las necesi-

59. Roberto Gargarella, «La dificultosa tarea de la interpretación constitucional», en Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 145-148.

60. Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 147-148.

dades de la ciudadanía al momento de ejercer sus funciones, como a la propia ciudadanía sobre el papel activo que debe tener en el debate constitucional.

Uno de los presupuestos establecidos en el art. 98 es que el derecho a la resistencia se pueda ejercer contra actos que «vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales».<sup>61</sup> Resulta absurdo pensar que exista una declaración judicial que tutele efectivamente esos derechos, ya que de ser así no tendría sentido el ejercicio de la resistencia. Los actos podrían no estar sometidos aún a control judicial, hallarse en proceso de revisión judicial o tener la conformidad del órgano judicial en contra de la persona o colectivo que resiste el acto. En todo caso, la interpretación de lo que dice la Constitución, que procura defenderse mediante medidas de hecho, proviene de quien se resiste.

El derecho a la resistencia puede ser, además, parte de procesos de creación o reconocimiento de nuevos derechos humanos. Así, el propio art. 98 habla de que la resistencia se puede dar contra actos u omisiones de los derechos constitucionales o de derechos de los cuales la persona o colectivo cree que le asisten e incluso «demandar el reconocimiento de [estos] nuevos derechos».<sup>62</sup> El principio de la dignidad humana que consagra la fórmula abierta de la Constitución ecuatoriana respalda esta afirmación:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:  
[...]

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los *demás derechos derivados de la dignidad* de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.<sup>63</sup>

Desde una perspectiva inclusiva, en donde las opiniones de todas las personas que integran la sociedad son valiosas, aun de las que no ostentan el poder político, social o económico, las interpretaciones que se dan fuera del ámbito institucional son de al menos de igual valor y deben ser tenidas en cuenta por los órganos que administran el Estado.

La disposición, por ejemplo, que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto al derecho a la propiedad en cuanto a su aplicación a pueblos indígenas, en donde debe respetarse la especial relación que tienen los pueblos indígenas con su territorio,<sup>64</sup> es una interpretación que

61. Constitución de la República del Ecuador, art. 98.

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*, art. 11.7.

64. CIDH, Caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni contra. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párr. 149, San José.

la Corte IDH hace sobre la Convención Americana sobre la base de la interpretación que el pueblo indígena tenía respecto a su relación con su territorio y que fue ofrecida a la Corte mediante la presentación del caso ante el Sistema Interamericano.

En muchos casos, la falta de poder económico y político de las personas o colectivos que tratan de reivindicar sus derechos hará que, mientras espera, una decisión judicial o legislativa al respecto, ese derecho desaparezca o sea violado. Entonces el derecho a la resistencia se convierte en una garantía más de la Constitución, una garantía de los derechos humanos consagrados, así como de la posibilidad de participación de las personas y colectivos excluidos de los órganos de decisión políticos. En este sentido coincide con lo que Pissarello denomina una *garantía social*:

[S]on aquellos instrumentos de tutela o de defensa de los derechos que, sin perjuicio de las mediaciones institucionales que puedan instaurarse, dependen fundamentalmente de la actuación de sus propios titulares. Aunque, normalmente, consisten en el ejercicio de derechos civiles y de participación dirigidos a reclamar la satisfacción de aquellas necesidades e intereses básicos tutelados por los derechos, también pueden asumir, como se dirá, formas más intensas de autotutela.<sup>65</sup>

Precisamente es a esta doctrina a la que se adscribe esta investigación en cuanto la interpretación del derecho a la resistencia y su vinculación con la no criminalización de la defensa de los derechos humanos. A continuación se analizarán los elementos que componen el derecho a la resistencia como derecho subjetivo: el titular, el obligado y el contenido.

## El titular

Como desarrolla Robert Alexy, todo derecho humano tiene un alto grado de indeterminación<sup>66</sup> de manera que su acción pueda expandirse sobre cada aspecto de la vida de la sociedad, inclusive los que eran desconocidos al momento de la elaboración del texto constitucional.<sup>67</sup> La indeterminación en el ámbito constitucional no es una falla de técnica normativa, sino una potencialidad deseable que permite, mediante la legislación secundaria y la interpreta-

65. G. Pisarello, *op. cit.*, p. 123.

66. Cfr., R. Alexy, «Los derechos...», p. 35.

67. Cfr., R. Gargarella, «La dificultosa...», p. 145-148.

ción constitucional, que el derecho se adapte a las necesidades actuales de una sociedad en constante desarrollo:

Fidelity to the Constitution means *applying its text and its principles to our present circumstances* and making use of the entire tradition of opinions and precedents that have sought to vindicate and implement the Constitution. [...] We decide these questions by reference to text and principle, *applying them to our own time and our own situation and, in this way, making the Constitution our own*. The conversation between past commitments and present generations is at the heart of constitutional interpretation.<sup>68</sup>

El *constitucionalismo vivo*, sobre el que teoriza Balkin,<sup>69</sup> se desarrolla en una sociedad con una Constitución de más de 200 años de antigüedad, en donde la pugna se da entre quienes quieren conservar los valores de los fundadores del país y quienes quieren que se adapte a la realidad actual. Sin embargo en las sociedades latinoamericanas cobra connotaciones distintas, ya que la desigualdad social, la pobreza y la explotación han hecho que el constitucionalismo actual deba adaptarse a realidades sociales cambiantes en donde los actores se mantienen en un constante conflicto entre el sostenimiento de privilegios de grupos de poder y la demanda de justicia de colectivos históricamente excluidos.

El alto grado de indeterminación de un derecho permite generarle límites sobre la base de los otros derechos que coexisten en el sistema. Es obligación del legislativo (de forma general) y de la judicatura (de forma particular), fijar algunos límites para la coexistencia pacífica de los derechos e intereses sociales, siempre y cuando estos límites se encuentren fundamentados en el respeto y garantía de otros derechos. Sin embargo, esto no es posible con el derecho a la resistencia. Como está formulado el derecho a la resistencia, no podría estar limitado por la acción legislativa, al ser antisistémico, la norma no podría indicar cuándo se puede y ejercer y cuándo no. Por principio, si una actividad es legal y autorizada no es un acto de resistencia.<sup>70</sup>

68. Jack Balkin, «Fidelity to text and principle», en Jack Balkin y Reva Siegel, edit., *The Constitution 2020*, Nueva York, Oxford Press, 2009, p. 23.

69. Cfr., Jack Balkin, «The roots of living constitution», en *Boston University Law Review*, vol. 92, No. 4, julio, Boston, Boston University Press, 2012, p. 1.129-1.160.

70. Esta característica se refuerza al comparar el derecho a la resistencia (Constitución de la República del Ecuador, art. 98) con la acción ciudadana (*ibid.*, art. 99). En ambos casos opera una facultad de las personas o los colectivos de reaccionar frente a una violación o amenaza, sin embargo, en el caso de la acción ciudadana la situación se coloca ante la autoridad competente para tutelar el derecho por lo que su naturaleza es sistémica. Mientras que, en el derecho a la resistencia se dejan de obedecer las normas u órdenes de autoridades competentes, lo que le da su característica de antisistémico.

Con estos elementos se puede entonces establecer quién es titular del derecho a la resistencia. Como ya se presentó antes, la resistencia parte de dos condiciones fundamentales: (i) que se haya vulnerado o se pueda vulnerar un derecho fundamental, y (ii) que no exista una respuesta del Estado para tutelar ese derecho. Sin embargo, la vulneración o el peligro de vulneración del derecho no está, y quizá nunca llegue a estar, delimitado por un juez. Las nociones de vulneración o riesgo obedecen a la interpretación que la persona o el colectivo hagan de sus derechos, por lo que resulta ser una práctica eminentemente subjetiva.

En el texto ya mencionado, «La desobediencia civil», el autor defiende su postura de negarse a pagar sus impuestos en vista de que no quería aportar dinero a un Estado que llevaría adelante una guerra «inmoral» contra México. Para Thoreau la inmoralidad radicaba en invadir a un país vecino y tratar de apoderarse de su territorio, lo que él consideraba opuesto a sus valores, por lo que de acuerdo con su conciencia y a las disposiciones de la Declaración de Independencia, él podía resistirse a un gobierno inmoral.<sup>71</sup> Quien en este caso hizo la calificación de inmoral a la guerra contra México fue Thoreau y su postura nunca fue compartida por una autoridad competente.

Otros ejemplos pueden encontrarse en la objeción de conciencia de grupos pacifistas y religiosos para participar en la conscripción militar obligatoria de varios países por considerar que la guerra iba en contra de sus principios morales.<sup>72</sup> En este mismo sentido los movimientos liderados por Gandhi y por Martin Luther King realizaron varios actos de resistencia pacífica no violenta en los que desafiaron a la autoridad por la defensa de ideales de libertad e igualdad, sus actos de resistencia lograron importantes cambios políticos en sus respectivos países.<sup>73</sup>

71. Cfr., H. D. Thoreau, *op. cit.*, p. 367-378.

72. Al respecto, existen varios casos en Europa que tuvieron el efecto de generar precedente y ahora muchos países deben modificar su legislación para permitir que no se obligue a hacer el servicio militar a quienes se declaren objetores de conciencia. Cfr., Corte Europea de Derechos Humanos, *Erçep v. Turquía*, No. 43965/04, Estrasburgo, 22 de noviembre de 2011.

73. La filosofía de Gandhi sobre la no violencia y la desobediencia civil fueron vitales para conseguir la independencia de la India de Gran Bretaña. Las acciones de desobediencia civil de Martin Luther King Jr. pusieron en la mesa de discusión los derechos civiles, en especial los derechos de las personas negras en los EUA, los derechos reclamados por su «movimiento de los derechos civiles» fueron integrados mediante reformas legislativas al derecho norteamericano, como el derecho al voto y la eliminación de la segregación racial. Cfr. Eduardo Mora Altamirano, *Desobediencia civil: de Thoreau a Gandhi y Martin Luther King, Jr.*, Quito, Universidad de los Hemisferios / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 277-306.

## El obligado

Existen dos tipos de sujetos pasivos del derecho a la resistencia según el art. 98 de la Constitución, que establece que los actos u omisiones podrían provenir «del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales».<sup>74</sup> Ahora bien, dentro del poder público existirán distintos actores obligados de acuerdo a su función en el Estado, a) quien por acción u omisión pone en riesgo o viola un derecho humano (por decisiones del Ejecutivo o del Legislativo); b) quien puede tutelar el derecho antes de que sea necesaria la resistencia y, finalmente, c) la función judicial que decidirá cuál es la consecuencia (generalmente penal) por haber participado en las actividades de resistencia.

## El contenido

Algunas conclusiones sobre el contenido del derecho a la resistencia pueden deducirse de forma lógica mediante la aplicación de la teoría de los derechos humanos de Robert Alexy, según la cual el análisis de las normas en forma de principio requiere su uso a la luz de las modalidades deónticas propias de las normas jurídicas. «La lógica deóntica es la lógica de los conceptos y enunciados deónticos. Los conceptos deónticos básicos son los de mandato, prohibición y permisión. Los enunciados deónticos son los enunciados formados con la ayuda de estos conceptos».<sup>75</sup>

Desde estos enunciados deónticos se pueden establecer algunas deducciones lógicas sobre las obligaciones, prohibiciones y permisiones que son consecuencia de la formulación de un derecho formulado como principio, como el derecho a la resistencia que podría estar formulado de la siguiente manera:

1. Está permitido que *a* se resista a una orden de autoridad que vulnere o pueda vulnerar derechos.

De este postulado de permisión se pueden inferir los demás postulados deónticos, «para la teoría de los derechos fundamentales, tiene especial interés el concepto de permiso. Si se siguen las definiciones presentadas, que corresponden al sistema estándar de la lógica deóntica, entonces el permiso consiste en la negación de la prohibición».<sup>76</sup> Tomando en cuenta esto, significa que de un postulado de permisión, como el del art. 98 de la Constitución, se podrá inferir una obligación de no prohibición:

74. Constitución de la República del Ecuador, art. 98.

75. R. Alexy, *Teoría de los...*, p. 173-174.

76. *Ibid.*, p. 175.

2. No está prohibido que *a* se resista a una orden de autoridad que vulnere o pueda vulnerar derechos.

Los postulados deónticos dan lugar a *posiciones jurídicas*. Mientras los derechos fundamentales, por efecto de su adjudicación universal, se adjudican *prima facie* a todas las personas, la delimitación de esos derechos por los supuestos jurídicos y fácticos hace que finalmente el titular se encuentre en un lugar en donde queden plenamente establecidas las prestaciones que puede exigir del obligado. Este lugar es la posición jurídica, la que permite establecer derechos y obligaciones que se derivan del derecho, el cual estaría inmerso en «una relación triádica cuyo primer elemento es el *portador* o titular del derecho, su segundo elemento, el destinatario del derecho y su tercer elemento, el objeto del derecho».<sup>77</sup>

Para Alexy, esas posiciones jurídicas serán derechos a acciones negativas o derechos de defensa, derechos a acciones positivas, libertades y competencias. Esto constituye una división estructural de los efectos del derecho, es decir coexisten dentro de un mismo derecho.

Para el caso del derecho a la resistencia, tenemos los postulados 1 y 2, los mismos que permiten la resistencia y que no la prohíben, de lo cual se pueden deducir algunas consecuencias:

Respecto a los derechos de libertad o de expectativas negativas

3. *a* tiene frente al Estado un derecho a que este no le dificulte a llevar a cabo la acción *h*.<sup>78</sup>

Siendo en este caso *h* las acciones que decidan tomar los titulares del derecho a la resistencia para defender sus derechos de una actual o posible vulneración. Estos actos podrían ser plantones, cierre de vías, marchas, desacato de órdenes judiciales, etcétera.

4. *a* tiene frente al Estado un derecho a que este no afecte la propiedad *A* (la situación *B*) de *a*.<sup>79</sup>

Entiéndase *A*, como la posibilidad de ejercicio del derecho como por ejemplo, la posibilidad de los funcionarios públicos de asistir a manifestaciones; o, *B* como impedir que se ocupe un espacio público para realizar la acción *h*.

5. *a* tiene frente al Estado un derecho a que este no elimine la posición jurídica *PJ* de *a*.<sup>80</sup>

Entendiendo *PJ* como, el reconocimiento del derecho a la resistencia en la Constitución y su regulación posterior, lo que no podría el Estado es eliminar el derecho de la Constitución o limitarlo de manera regresiva.

77. *Ibid.*, p. 163-164.

78. *Ibid.*, p. 168.

79. *Ibid.*, p. 169.

80. *Ibid.*, p. 168.

El derecho a la resistencia también puede ser considerado como derecho a acciones positivas. «Los derechos que tiene el ciudadano a acciones positivas del Estado, y que puede ejercer contra este, pueden dividirse en dos grupos, el de aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa».<sup>81</sup> Así respecto al derecho a la resistencia:

6. *a* tiene frente al Estado un derecho a que este lleve a cabo la acción positiva fáctica *h*.<sup>82</sup>

En donde *h* podría ser, dado el caso, la protección de los manifestantes respecto a retaliaciones de grupos rivales, la concesión de permisos en espacios controlados para minimizar el impacto a personas ajenas a la protesta y proteger a los manifestantes, prevenir que las acciones represivas de la fuerza pública dañen a los manifestantes, etcétera.

7. *a* tiene frente al Estado un derecho a que este lleve a cabo la acción positiva normativa *h*.<sup>83</sup>

Donde *h* puede ser desde condiciones para establecer que reconozca como legítimo el ejercicio del derecho a la resistencia, reformas al Código Penal para descriminalizar algunas acciones relacionadas con la protesta social o la creación de causas de justificación, así como de atenuantes, cuando el acto típico corresponde al ejercicio del derecho a la resistencia.

La otra estructura importante de los derechos es la libertad jurídica. «Se hablará de libertad jurídica solo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción. [...] El concepto de libertad negativa no dice nada acerca de qué debe hacer una persona libre en sentido negativo o qué hará bajo determinadas condiciones; tan solo dice algo acerca de sus *posibilidades* para hacer algo».<sup>84</sup> Esta sería por excelencia la fórmula del derecho a la resistencia:

8. *x* es libre (no libre) con respecto a y para hacer *z* o no hacer *z*.<sup>85</sup>

Donde el titular del derecho a la resistencia es *x*, y sería el obligado a no impedir las acciones (podría ser el Estado o un particular) y *z* (en caso de hacer) serían las acciones por las cuales se ejerce el derecho a la resistencia o (en caso de no hacer) la orden de autoridad (norma o acto jurídico) que se desobedece por ser contrario a los derechos fundamentales de *x*.

Finalmente, los derechos pueden tener la forma de competencias, para Alexy la competencia es la posibilidad de alterar una posición jurídica.

81. *Ibid.*, p. 171.

82. *Ibid.*, p. 172.

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*, p. 189.

85. *Ibid.*



Una competencia es una posición conferida por una norma de competencia. Aquí se considerará tan solo la posición que tiene un sujeto jurídico cuando, sin que sean necesarias al respecto acciones de otros sujetos jurídicos, puede modificar la posición jurídica de otro sujeto. Que *a* puede modificar la posición jurídica de *b* significa que *a*, por medio de su acción, puede crear una posición jurídica de *b* que, en circunstancias similares, no existiría sin esa acción.<sup>86</sup>

El derecho a la resistencia como competencia quedaría formulado de la siguiente manera:

9. *a* tiene frente a *b* la competencia para crear una posición jurídica *PJ* de *b*.<sup>87</sup>

Donde *a* es quien, o quienes, ejercen el derecho a la resistencia, *b* es el obligado (Estado o particular), la competencia podría ser la posibilidad de esgrimir en un juicio penal como causa de justificación el ejercicio del derecho a la resistencia y la *PJ* básica que se alteraría podría ser la posición jurídica de *b* de exigir una condena penal en contra de *a* por su ejercicio del derecho a la resistencia.

Si bien las formulaciones de Alexy permiten entender algunas obligaciones que generaría el derecho a la resistencia al Estado, no soluciona la coexistencia de este derecho con los demás derechos fundamentales. Tomando en cuenta que la resistencia implica la violación del derecho (sea de normas o de órdenes de autoridades legitimadas por el derecho), necesariamente su ejercicio va a colisionar con alguna norma del sistema, incluso quizá con un principio de la misma jerarquía (es decir otro derecho humano). Sin embargo, el derecho a la resistencia resulta funcional al ejercicio y tutela de los demás derechos fundamentales, en particular del que está siendo violado o está en peligro. En un análisis de ponderación, las acciones de resistencia serían, en todo caso, la medida adoptada que implica la satisfacción del derecho de la persona o colectivo que se resiste, versus el derecho que juegue en sentido contrario, muchas veces será únicamente el de obediencia a la autoridad.

### ¿CUÁNDO SE RESISTE?

Se debe establecer, además, cuales son los momentos del ejercicio del derecho a la resistencia y las consecuencias de esta temporalidad. Siguiendo a Ronald Dworkin,<sup>88</sup> al analizar el fenómeno de la desobediencia civil, exis-

86. *Ibid.*, p. 209.

87. *Ibid.*

88. Cfr., R. Dworkin, *op. cit.*, p. 310.

ten tres momentos fundamentales que serían aplicables en el caso ecuatoriano al derecho a la resistencia. Estos momentos son, cuanto existe incertidumbre sobre lo que ordena el derecho, cuando se espera una resolución judicial definitiva o cuando existe una resolución desfavorable a la persona o colectivo que ejerce el derecho a la resistencia.

### **Cuando existe incertidumbre sobre lo que ordena el derecho**

El primer momento es cuando existe la incertidumbre sobre lo que ordena el derecho,<sup>89</sup> es decir cuando se confrontan la interpretación de lo que dice la Constitución de la persona o colectivo que resiste y la de la autoridad que podría, por acción u omisión, violar derechos constitucionales; y que aún no han sido resueltos por la autoridad judicial competente. Un ejemplo de ello puede ser el derecho a la consulta previa a pueblos y nacionalidades indígenas y el debate alrededor de la necesidad de alcanzar el consentimiento de la comunidad. La Corte Constitucional aún no ha conocido un caso en el cual haya tenido que determinar si la formulación de dicho derecho implica que el pronunciamiento de la comunidad sea vinculante para el Estado.

El gobierno actual de Ecuador ha manifestado, en reiteradas ocasiones, que ese derecho al veto de las comunidades indígenas no existe, y que es una mala interpretación de la Constitución. Mientras tanto, la posición de los pueblos y nacionalidades indígenas de Ecuador ha sido que el Estado necesita su consentimiento para realizar cualquier actividad dentro de sus territorios, para lo cual se basan en su derecho propio, en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, de la Organización Internacional de Trabajo, del Sistema Universal y en tratados y declaraciones internacionales. Siendo que la existencia del derecho a la consulta debería tener consecuencias jurídicas, ambas interpretaciones serán igualmente válidas hasta que la Corte Constitucional no se pronuncie al respecto. Mientras la Corte Constitucional no delimite el alcance de este derecho se debería respetar las posiciones de las partes, lo que significaría no imponer por la fuerza la posición de la parte que tiene el poder político y económico. Ante la imposición represiva de la posición estatal, el derecho a la resistencia estaría justificado.

En esta posición de indeterminación del derecho, propia de los principios constitucionales, va a ser común que se produzcan interpretaciones contradictorias y por tanto posiciones jurídicas igualmente válidas. En este caso, lógicamente, la persona o colectivo más débil carece de los medios para

89. Cfr., *ibid.*, p. 310.

imponer su visión por medio de la fuerza pública, o mediante los canales democráticos, como lo hacen las personas o grupos que ostentan el poder público. Los actos encaminados a impedir que se consuma la acción estatal serían el resultado de la falta de diálogo en un foro que garantice la representación argumentativa,<sup>90</sup> por encima de la representación electoral y, constituirían actos de defensa de bienes jurídicos constitucionales y, por tanto, atípicos.

### **Cuando se espera una resolución judicial o administrativa**

El segundo caso es cuando las interpretaciones contrapuestas de lo que dice la Constitución se encuentran en conocimiento de una autoridad judicial, administrativa o legislativa con competencia para resolver en la materia.<sup>91</sup> Se debe tomar en cuenta que independientemente de la autoridad que tome la decisión, por principio constitucional su accionar está sometido a control constitucional, lo que significa que la última palabra en un conflicto de esta clase lo tendrá la Corte Constitucional. De tomarse las previsiones adecuadas para tutelar los derechos en peligro (con una medida cautelar) el hecho de que las acciones que puedan violar derechos no se vayan a ejecutar debería evitar el conflicto entre los y las titulares del derecho y el Estado, por tanto sería innecesario acudir al derecho a la resistencia. Si la sentencia de la Corte Constitucional toma en cuenta la representación argumentativa y está construida de forma lógica, persuasiva y alcanza una resolución justa, podría eliminar el problema sin necesidad de conflicto.

Sin embargo, en la realidad ecuatoriana un caso podría pasar varios años en esta situación. En cuanto a las decisiones administrativas no existen plazos de respuesta, un proyecto de ley sin apoyo podría pasar varios años sin una decisión del legislativo y una resolución de la Corte Constitucional puede tardar varios años, en especial si antes se iniciaron acciones ordinarias o si se impugna la inconstitucionalidad de una norma. En caso de que la autoridad que deba decidir sobre el conflicto de interpretaciones no busque la manera de detener el acto u omisión que lesionaría los derechos de la persona o colectivo, la resistencia se convierte en una medida cautelar extraordinaria que, de no adoptarse, podría provocar un daño irreparable. Esta medida cautelar extraordinaria<sup>92</sup> buscaría la protección de bienes jurídicos constitucionales, por lo que los actos de resistencia en este caso tampoco serían antijurídicos.

90. Cfr., R. Alexy, «Los derechos fundamentales...», p. 40.

91. Cfr., R. Dworkin, *op. cit.*, p. 310.

92. A pesar de las discrepancias en otros puntos fundamentales, varios autores ecuatorianos consultados coinciden con este planteamiento (de la resistencia como medida cautelar) en

Se podría suponer que los casos de conflictos de interpretación se irán solucionando conforme la Corte Constitucional se pronuncie y que cada vez sería menor la necesidad del uso derecho a la resistencia. Sin embargo esto no es así, porque el hecho de que exista delimitación del derecho no significa necesariamente que se hayan llenado todos los vacíos o posibilidades de interpretación que se podrían dar y, por otro lado, no garantiza que esta interpretación vaya a ser respetada. Siguiendo el ejemplo del derecho a la consulta, de existir una ley que regule posteriormente la consulta previa y que afirme que es vinculante, o una decisión de la Corte Constitucional en el mismo sentido, un intento del gobierno de impulsar un proyecto sin el consentimiento de la comunidad sería contrario a la interpretación ya realizada. En este caso no existe una laguna interpretativa, sí no que el gobierno estaría descatando la posición del intérprete calificado de la Constitución al pretenden impulsar el proyecto extractivo. La comunidad que se resiste en este caso hace, además de una defensa de sus derechos, una defensa del derecho, la resistencia además de estar justificada debería recibir un reconocimiento posterior mediante una orden de investigación y sanción de quienes ordenaron el acto u omisión contrario a la Constitución.

Un caso paradigmático, en este sentido, sería la sentencia de la ley de minería de la Corte Constitucional ecuatoriana en la cual determinó que por esa ocasión permitiría que el congreso nacional realice una consulta prelegislativa a los pueblos y nacionalidades indígenas sin seguir los estándares internacionales debido a la falta de normativa.<sup>93</sup> Pero en cambio, la nueva legislación que pueda afectar a pueblos indígenas debería seguir los lineamientos que la propia Corte determinó, lo cual fue una interpretación del alcance al derecho a la consulta prelegislativa. La Corte además determinó que sus lineamientos estarían vigentes hasta que la Asamblea dicte la ley correspondiente.<sup>94</sup> Sin embargo, el legislativo en vez de empezar la discusión para la aprobación de una ley de consulta previa lo que hizo fue emitir un instructivo por parte del Consejo de Administración de la Asamblea.<sup>95</sup> Además en el proceso de aprobación de nuevas leyes no se

la obra *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, cuyos artículos se encuentran citados en este trabajo. Ver por ejemplo, Jaime Rodríguez-Arana, «El derecho a la resistencia en la Constitución ecuatoriana: notas sobre la efectividad de la protección de los derechos constitucionales», en Marco A. Elizalde Jalil, *et al.*, *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2011, p. 99-100.

93. Cfr., Corte Constitucional, 001-10-SIN-CC, MP. Patricio Pazmiño, 18 de marzo del 2010, p. 15, RO No. 176, Quito, 21 de abril de 2010.

94. Cfr., *ibid.*, p. 17.

95. Cfr., Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea Nacional, «Instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa», Considerandos, RO No. 733, Considerandos, Quito, 27 de junio de 2012, p. 2.

siguieron los lineamientos de la sentencia, ni los del instructivo. Por lo que los pueblos y nacionalidades indígenas que no fueron consultados podrían iniciar nuevas manifestaciones (como las que siguieron a la aprobación a la Ley de Minería precisamente y que terminaron con varios líderes criminalizados).<sup>96</sup> En caso de ejercer su derecho a la resistencia las comunidades estarían defendiendo, además de sus derechos, la interpretación calificada de la Constitución.

### **Cuando toda respuesta se ha negado y la injusticia persiste. El derecho extremadamente injusto no es derecho**

En tercer caso tiene lugar cuando ya existe un pronunciamiento judicial de última instancia, contrario a la posición de la persona o colectivo que, a pesar de ello, ejerce el derecho a la resistencia. Se pueden encontrar hitos históricos de como las luchas por el reconocimiento del voto a las mujeres o la eliminación de la segregación racial, que las conquistas en cuanto al alcance de los derechos no siempre es apoyada inicialmente por la función judicial y que no es si no después de varios procesos judiciales y décadas de movilización social que esos cambios se alcanzan, ya que incluso la interpretación de la Corte Constitucional puede ser injusta. Este es el presupuesto más problemático y en donde se verá la verdadera vocación democrática de quienes detentan el poder en el sentido de donde trazará la línea entre la tolerancia a las manifestaciones sociales y la criminalización.

La noción del derecho injusto como no-derecho viene desde la edad media, Santo Tomás de Aquino en su Suma Teológica decía que «[I]a ley tiránica, por lo mismo que no se conforma a la razón, no es propiamente ley, sino más bien una perversión de la ley».<sup>97</sup> Una formulación contemporánea de este postulado la encontramos en la obra del filósofo alemán Gustav Radbruch, conocida como la *Radbruchsche Formel* (Formula Radbruch) que ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional Alemán para desconocer las leyes de régimen Nazi y de la República Democrática Alemana:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder resolverse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al

96. Cfr., El Comercio, «Pepe Acacho conocerá hoy la sentencia», 8 de julio de 2013, en *El Comercio*, <[http://www.elcomercio.com/politica/PepeAcacho-Pachakutik-terrorismo-sabotaje\\_0\\_952104852.html](http://www.elcomercio.com/politica/PepeAcacho-Pachakutik-terrorismo-sabotaje_0_952104852.html)>. Consulta: agosto de 2013.

97. Santo Tomás de Aquino, *Suma de teología*, t. II, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989, p. 719.

contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como «Derecho injusto» ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es solo «derecho injusto», sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.<sup>98</sup>

Varias razones podrían llevar a la Corte Constitucional a adoptar una postura interpretativa contraria a la protección de los derechos humanos. La falta de independencia, la parcialidad o la corrupción pueden ser algunos factores. Ante una decisión política, carente de argumentación y que incluso va en contra de la Constitución, no se puede esperar que las personas perjudicadas por estas irregularidades adopten una posición pasiva respecto a la injusticia.

Incluso en sistemas jurídicos del *common law*, en donde la regla del precedente (*stare decisis*) está totalmente afianzada, existe la posibilidad de modificar las decisiones judiciales (*overruling*) si el precedente anterior ya no respondía a los valores o la realidad de sociedades cambiantes. La posición de la Corte Suprema de los EUA, por ejemplo, en materia de segregación racial experimentó un cambio a favor de las personas afrodescendientes en dicho país: de la doctrina de separados pero iguales, a la eliminación de la segregación.<sup>99</sup>

Por lo anterior, resulta posible que una persona o colectivo cuyos derechos no hayan sido tutelados, espere que una nueva Corte Constitucional, que supere los problemas de falta de independencia, ineficiencia, corrupción y falta de preparación, dicte una sentencia en un sentido más fiel a los principios constitucionales y a los derechos humanos.

Sin embargo, no en todos los casos se podría hablar de una juridicidad, tomando en cuenta que pueden existir casos extremos como los que señala Roberto Gargarella, en cuanto a las condiciones de vida de las personas.<sup>100</sup> En muchas legislaciones existe, por ejemplo, la excepción del estado de necesidad

98. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1990, p. 89, citado por Robert Alexy, «Una defensa de la fórmula de Radbruch», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, No. 5, La Coruña, Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, 2001, p. 75-76.

99. Sobre el avance de la tutela de la igualdad en la Corte Suprema de los EUA, del caso *Plessy v. Ferguson* (1896) al caso *Brown v. Board of Education*, se puede consultar: Edward Knappman, edit., *Great American Trials*, Detroit, Visible Ink, 2003, p. 218-220 y 466-470.

100. Cfr., Roberto Gargarella, «El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema», en Roberto Gargarella, edit., *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Miño y Dávila Ed., 2005, p. 12-48.

como una justificación de lo antijurídico del acto. En la sociedad ecuatoriana, la resistencia a las actividades petroleras y mineras, en los territorios de las comunidades y pueblos indígenas es un acto de resistencia a las actividades que pueden destruir su forma de supervivencia cultural y física. Su cosmovisión los vincula a su territorio no solo por la necesidad de subsistencia, sino de una forma espiritual con un espacio en el que existen ellos, sus ancestros y las generaciones futuras.<sup>101</sup> La defensa de su territorio es la defensa de la existencia misma de su cultura, lo cual no podría ser considerado un acto típico.

Miguel Hernández Terán no comparte estas tesis, en su obra *El derecho constitucional a la resistencia*, afirma que no se podría alegar resistencia sobre un tema que ha sido sentenciado en cuanto al fondo de la causa:

La institucionalidad democrática se resentiría gravemente si institucionalmente el derecho admite su incumplimiento. Sería sencillamente una burla al derecho. De ahí que estimamos que en ningún caso el derecho a la resistencia instituido en el artículo 98 de la Constitución pueda, ni deba, incluir a las decisiones judiciales de fondo ni en general a ninguna providencia judicial, cualquiera fuera la naturaleza, materia o vía.<sup>102</sup>

El enfoque del autor contiene dos tesis cuestionables. Primero, coloca el ejercicio al derecho a la resistencia como subsidiario de la decisión judicial, como ya se ha argumentado es perfectamente posible que la injusticia que viola o desconoce la violación del derecho fundamental provenga de la función judicial. Segundo, el derecho a la resistencia es antisistémico y tiene un carácter autotutelar y, como tal, está fuera del derecho. Si las controversias se ventilan dentro de la función judicial no se puede hablar de un derecho a la resistencia. Reducir de esta manera el derecho a la resistencia equivale a suprimirlo.

## LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA RESISTENCIA

El derecho a la resistencia, de la forma en que está formulado en la Constitución ecuatoriana, implica un derecho subjetivo a resistir al derecho, entendiéndose este derecho como toda decisión de la autoridad competente, norma jurídica escrita o norma jurídica de carácter particular, como una sentencia.

101. CIDH, Caso pueblo indígena kichwa de Sarayaku contra Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, San José, párr. 148.
102. Miguel Hernández, *El derecho constitucional a la resistencia. ¿Realidad o utopía?*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, p. 204.

Sin embargo, no es un derecho absoluto. Como todos los demás derechos constitucionales coexisten en un plano en el que gozan de igual jerarquía y cuyas esferas colisionan frecuentemente cuando se aplican en casos concretos. Cada vez que aparece una colisión de derechos al menos uno deberá ceder y, por tanto, será limitado. Así, el límite del derecho a la resistencia son los demás derechos fundamentales.

Sobre la base de este derecho subjetivo, como ya se mencionó, sus titulares estarían en la posición jurídica que exigir al Estado la abstención del ejercicio de su potestad de hacer uso de la fuerza para hacer cumplir el derecho. Dos consecuencias jurídicas de que los derechos fundamentales sean derechos subjetivos es la facultad de las personas de exigir su cumplimiento, sin embargo, la forma y los momentos de exigir el cumplimiento de los derechos difieren entre uno y otro. Mientras algunos derechos se exigen a los órganos judiciales por las violaciones cometidas por las autoridades no judiciales, otros son intrínsecos a la labor de la judicatura. Estos últimos son imperativos sobre la forma en que la función judicial debe realizar su labor y la violación de los mismos implica el control de la labor judicial por parte de otros jueces.

Respecto a la primer tipo de actividad de la función judicial, implicaría que las personas podrían presentar acciones para pedir la tutela del derecho a la resistencia, es decir de forma autónoma y no como parte de un proceso en el que se está discutiendo el derecho que las personas defienden mediante los actos de resistencia. Estos casos serían poco comunes, tomando en cuenta que la aplicación del derecho a la resistencia implica que ya existe la violación o el peligro de violación de una norma jurídica o una orden que podría generar de por sí un proceso judicial independiente.

Por ejemplo, en un caso de despido intempestivo de trabajadores públicos en que las personas deciden manifestarse ocupando un edificio público. Si bien es cierto que los manifestantes podrían presentar una acción para defender su derecho a resistirse a la decisión judicial y a las normas que les prohíben su manifestación, lo más lógico será iniciar una acción en contra del despido intempestivo.

En su artículo sobre el tema Elizalde y Flores plantean que esta tutela debería realizarse mediante la presentación de medidas cautelares y que el derecho a la resistencia en sí mismo sería una medida cautelar hasta que el asunto se resuelva por el fondo.<sup>103</sup> Sin embargo, como ya se anotó, de presentarse una

103. Cfr., Marco Elizalde y Xavier Flores, «El derecho constitucional a la resistencia en el constitucionalismo ecuatoriano. Análisis jurídico para una interpretación integral de este derecho-garantía», en *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2011, p. 123.



medida cautelar debería ser con el objeto de tutelar el derecho fundamental que está siendo violado, no el de la resistencia que actúa como garantía. Y, en segundo lugar, si bien el derecho a la resistencia es una garantía excepcional y antisistémica, por lo que su aplicación responde a la autotutela del derecho y no podría, por tanto, depender de la decisión de fondo que sobre el tema adopte la función judicial.

Por otra parte, podría resultar más común que el derecho a la resistencia sea invocado dentro de procesos judiciales en donde, a causa de su ejercicio, una persona corra el riesgo de ser sancionada civil, administrativa o penalmente. En el mismo ejemplo, un trabajador que pliega a la manifestación de sus compañeros y a quien, por este hecho, se le inicia un sumario administrativo, podría alegar que el despido injusto le daba el derecho de manifestar su inconformidad y que lo hizo así amparado en el derecho a la resistencia.

En el supuesto de que se deba evaluar la proporcionalidad de los actos de resistencia, se deben tomar en cuenta los tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>104</sup> Sin embargo, al no tratarse de limitación de derechos o de interdicción del exceso estatal, los subprincipios no deberían tomarse en sentido estricto. La idoneidad debería ser tomada como el vínculo entre el derecho que se pretende proteger y la acción tomada, así por ejemplo el cierre de vías podría ser parte de una manifestación social, pero no así ataques a la integridad física de los transeúntes. Sobre la necesidad, de las acciones se debería mirar desde la óptica desde la comunidad, es decir no podría exigirse a las personas que antes de realizar acciones de hecho presenten un reclamo judicial, pero si se podrían evaluar los contactos previos con las autoridades para presentar sus objeciones.

Finalmente, respecto a la proporcionalidad en sentido estricto se tiene que analizar que el uso de los medios de hecho haya sido racional en el sentido que los manifestantes tienen la obligación de minimizar los daños que su protesta pueda provocar. Ahí donde se ha excedido la racionalidad cabría la acción sancionatoria del Estado, siempre y cuando esta se enmarque en los principios del derecho penal de acto y no como excusa para la criminalización de los defensores y defensoras de los derechos humanos, como se analizará en el siguiente capítulo.

104. Cfr., Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 66-68.

## CAPÍTULO II

# Nosotros los terroristas. Criminalización de la resistencia

*[U]n terrorista no es solamente alguien con un arma o una bomba, también es alguien que difunde ideas que son contrarias a la civilización occidental y cristiana.*

Jorge Rafael Videla, recogida por Peter Straffor, «Argentina: back on the rails, but at what cost?», en *The Times*, London, 3 de enero de 1978, p. 12, issue 60201 (traducción del autor).

### EL ENEMIGO EN EL DERECHO

La antítesis de la resistencia es la criminalización. La criminalización es el acto mediante el cual, se establecen en una sociedad que actos serán tipificados y la forma en que se dirigirá la aplicación de esa norma penal.<sup>105</sup>

La criminalización históricamente es el mecanismo de control social por excelencia. Su uso se identifica con el mantenimiento del *estatus quo* del poder económico social o político dentro de la sociedad, disfrazado de la idea de proteger a la sociedad de los riesgos que podrían generar los individuos más peligrosos de esta. La criminalización moldea a la sociedad bajo normas de comportamiento o estereotipos de las personas que son deseables dentro de la sociedad y cuáles deben ser excluidas.<sup>106</sup> Mediante el derecho en general y el derecho penal en particular, se ha creado un sistema que sostiene el modelo de sociedad del grupo hegemónico, práctica que puede ser identificada en todas las sociedades, sea cual sea la bandera ideológica que enarboleden.

Esta normatividad trasciende el campo de lo cultural al campo represivo; mediante esta se crean ideas de lo bueno o decente en una sociedad. Con el sistema penal se consigue reprimir a un reducido número de personas, sin embargo con los estereotipos se consigue multiplicar la capacidad represiva ya que cada

105. Cfr., E. Raúl Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *op. cit.*, p. 7.

106. Cfr., Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005, p. 195-197.

miembro de la sociedad se convierte en un agente que defiende la normalidad. Mediante la normalidad se definen quiénes son aptos para ser reconocidos como parte del «pacto social» y quienes deben ser expulsados hacia adentro (cárceles y manicomios), quienes deben ser expulsados hacia afuera (deportaciones o extradiciones) e incluso quienes deben ser eliminados (pena de muerte).

Si bien algunas normas penales sancionan atentados a bienes jurídicos como los derechos humanos, el aparato penal se dirige primordialmente a neutralizar a los enemigos del sistema. El poder que le da el derecho penal a los Estados sobre el cuerpo de otros, ha generado varios intentos para racionalizar su uso<sup>107</sup> y reducirlo a su mínima expresión (derecho penal mínimo),<sup>108</sup> o su supresión (abolicionismo penal).<sup>109</sup>

En un sistema totalitario el derecho penal estará diseñado para limitar sin control las libertades. Por ejemplo, gran parte del trabajo de los servicios de inteligencia del régimen nazi (la Schutzstaffel o SS) lo hacían los propios ciudadanos que denunciaban a sus vecinos y familiares por actos que consideraban contrarios al régimen nazi en busca de recompensa o simplemente de no ser denunciados a su vez.<sup>110</sup>

Las sociedades que heredaron el modelo del Estado de derecho, a pesar de adscribir a la teórica contractualista, conforme más tiempo pasa del momento hipotético de la firma del contrato social más se alejan de la idea del Estado como garante del derecho y adoptan la postura de la *razón de Estado*. Basados en las ideas de Thomas Hobbes,<sup>111</sup> se desarrolla otra línea de pensamiento respecto al fin del Estado como vehículo del ejercicio de poder, la necesidad de su existencia y de su protección. Desde la perspectiva hobbesiana el Estado es el salto cualitativo del estado de naturaleza a la civilización, mientras en uno los derechos están en constante riesgo, en el otro el Estado protege esos derechos a un costo: la obediencia a la razón de Estado.

La idea misma de *la razón de Estado* implica que existe una sola voluntad detrás del poder, y por tanto de la Ley. Las visiones diferentes chocan con el deseo de imponer esa visión única de la sociedad, los derechos y el desarrollo. Un Estado autoritario en el que las personas y los colectivos deciden resistirse a sus órdenes o a una ley expedida dentro de los cánones de la insti-

107. Uno de los intentos más tempranos es el Beccaria con su obra de 1764 «De los delitos y las penas». Cfr., Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 3a. ed., 2000.

108. Cfr., Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2004, 6a. ed., p. 103-110.

109. Cfr., Raúl Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 101-117.

110. Cfr., Elizabeth Roudinesco, *Nuestro lado oscuro. Una historia de los perversos*, Barcelona, Anagrama, 2009, p. 139-181.

111. Cfr., T. Hobbes, *op. cit.*, p. 119-127.

tucionalidad democrática, no solo desconocen la autoridad de las personas o instituciones que emiten dichas disposiciones, sino que enfrentan el postulado de la visión única, del bien común y ponen a tambalear el sistema autoritario. A pesar de que el poder de quienes dirigen el Estado debería basarse en un consenso de lo que es el bien común, la idea se debilita ante la imposibilidad fáctica de participación en la toma de decisiones de ciertos grupos dentro de la sociedad. Para Celso Lafer, analizando la obra de Hannah Arendt, *Crisis of the Republic*, la idea del *consensus universalis* del contractualismo se rompe ante la constatación de que en el pacto fundacional de la sociedad existieron personas que no fueron tomadas en cuenta,<sup>112</sup> en el caso ecuatoriano los pueblos y nacionalidades indígenas, muchos de ellos integrados a la fuerza a la vida nacional hace menos de 30 años.

Es por eso que el derecho a la resistencia ha sido históricamente el más poderoso y, al mismo tiempo, el más temido de los derechos por parte de quienes ostentan los poderes del Estado. La resistencia social confronta la ilusión de la obligatoriedad de la Ley y recuerda a los grupos de poder que sus privilegios se sostienen en una ficción (el derecho) y en una realidad (el poder) que es puesta en tela de juicio cada vez que la sociedad desafía a la autoridad. La posibilidad de la resistencia no solo significa que eventualmente, mediante su uso, se pueda cambiar las decisiones que van en contra de los derechos de las personas, sino que a la vez mina la autoridad de los gobernantes y las instituciones lo cual conlleva la disminución del poder de control social de las élites. Es entonces connatural que ante la posibilidad del ejercicio de la resistencia los Estados pretendan reprimirlo de la forma más agresiva posible.

En Latinoamérica encontramos algunas muestras de esta aseveración. Por ejemplo, la necesidad de eliminar los grupos políticos de izquierda, que empezaban a ganar espacio político, en los países del Cono Sur llevó a la instauración de dictaduras para reprimir cualquier intento de desviar dichos Estados de la senda capitalista (neoliberal) que sus élites habían trazado.<sup>113</sup> Dichos Estados instauraron la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada de personas como la política de control social.<sup>114</sup>

Los Estados legitiman estas acciones violentas, que conllevan graves violaciones de los derechos humanos, con el discurso de la protección de la sociedad y del Estado. Venden la idea de que quienes se oponen al gobierno son

112. Cfr., Celso Lafer, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un dialogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 259.

113. Cfr., Naomi Klein, *The Shock Doctrine : The rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Picador, 2007, p. 25-74.

114. Cfr., Baltasar Garzón y Vicente Romero, *El alma de los verdugos*, Barcelona, RBA Libros, 2008.

personas que quieren desestabilizar la sociedad, destruirla o implantar formas de vida ajenas a la cultura.

Identificar a un grupo social como «enemigo» de la sociedad es una herramienta poderosa para empobrecer el debate sobre los temas nacionales y distraer la atención del accionar de gobiernos corruptos o ineficientes. Implantar en el imaginario social la idea de que un grupo es el enemigo permite destruir toda posibilidad de solidaridad entre el pueblo en general y el grupo estigmatizado, sobre el cual puede caer impunemente todo el poder del Estado.

La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona y solo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas.<sup>115</sup>

Entre los años 50 y 90, Latinoamérica sufrió innumerables conflictos armados internos gracias a que las élites gobernantes no permitieron salidas democráticas a las propuestas ideológicas que trataban de cambiar la inequidad social y la pobreza de sus sociedades. El acelerado avance de las ideas de izquierda y el apareamiento de grupos armados subversivos generó la implantación de dictaduras militares coordinadas y apoyadas por la Agencia de Inteligencia de los EUA (CIA).<sup>116</sup> El gran logro de estos gobiernos fue implantar la idea de que estos grupos subversivos eran enemigos de la sociedad y que, por tanto, debían ser eliminados a toda costa. Sin embargo, una vez abierta la puerta para que los Estados desplieguen toda su fuerza, otras personas fueron también incluidas en el grupo, aun cuando no tenían que ver con la lucha armada, pero que estaban en contra del paradigma capitalista.<sup>117</sup>

Las políticas de seguridad hemisférica ya no apuntaban a la defensa de las invasiones externas, sino a atacar a las amenazas internas, los militares que unos años atrás habían combatido entre sí por rencillas territoriales ahora

115. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, EDIAR, 2006, p. 18.
116. Cfr., Patrice McSherry, «Operation Condor as a Hemispheric Counterterror Organization», en Cecilia Menjivar y Néstor Rodríguez, edit., *When States Kill: Latin America, the U.S., and Technologies of Terror*, Austin, University of Texas Press, 2005, p. 28-56.
117. Noam Chomsky ilustra cómo se logró que los medios den poca importancia a las atrocidades cometidas en El Salvador y Nicaragua, bajo el auspicio de los EUA, al vender la idea de que estaban defendiendo la libertad. Incluso la muerte de monseñor Romero no fue digna de reseña, quizá por su colaboración con grupos de derechos humanos que documentaban los excesos de la derecha en El Salvador. Noam Chomsky, *Turning the tide. US Intervention in Central America and the Struggle for Peace*, Boston, South End Press, 1985, p. 162-173.

estaban coordinados en contra del avance comunista gracias a iniciativas como la Escuela de las Américas:

The correlation between domestic militarization and foreign «activism» held in the three periods of military expansion mentioned earlier, notably the latter two. Consider just Latin America. In 1951, «in a historic turn», Congress passed the Military Defense Assistance Act «that created new ties between Washington and Latin American armed forces», and the US undertook training of Latin American officers at the School of the Americas in the Panama Canal Zone. «By the end of 1954» not merely coincidentally, «military dictators ruled thirteen of the twenty Latin American nations», «a new high for the twentieth century», including all Central American nations except Costa Rica. The Kennedy Administration changed the emphasis of the military assistance program from «hemispheric defense» to «internal security» –meaning war against their own populations.<sup>118</sup>

Este modo de manejar la divergencia política tuvo también mecanismos más sutiles como la instauración de sistemas penales que permitan reprimir en primera instancia los intentos de realizar activismo de izquierda. Estos esfuerzos quedaron consagrados en normas penales que aún siguen vigentes en varios países de Latinoamérica.<sup>119</sup> En el presente capítulo se sostendrá que esta misma identificación del enemigo dentro del derecho penal ahora se ha movido a quienes defienden los derechos humanos.

Los defensores y defensoras de los derechos humanos, entendidos como tales desde la definición que hace la Organización de las Naciones Unidas, son todas las personas que, individual o colectivamente, promueven y procuran la protección y la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional.<sup>120</sup> Estos defensores y defensoras de los derechos humanos, gracias a sus luchas de reivindicación de los derechos, han conseguido incomodar a más de un gobierno y se han convertido en el nuevo enemigo perseguido y criminalizado,<sup>121</sup> al punto que los sistemas re-

118. *Ibid.*, p. 337-338.

119. Una muestra es el tipo penal de terrorismo en Ecuador que se analiza más adelante.

120. Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, Nueva York, Resolución 53/144, Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/53/625/Add.2) en la 85a. Sesión Plenaria, 9 de diciembre de 1998, art. 1.

121. Cfr., CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, Washington DC, OEA/Ser.L/V/II.124, doc. 5 rev.1, 7 de marzo 2006, p. 13.

gionales americano<sup>122</sup> y universal<sup>123</sup> han establecido relatorías especiales para documentar las violaciones contra estas personas.

En años recientes han adquirido importancia los movimientos que buscan proteger los derechos de quienes son perjudicados por las políticas neoliberales del capitalismo radical. Tal es el caso de los grupos sindicales; de campesinos; los «Sin tierra», en Brasil; trabajadores; los pueblos y nacionalidades indígenas en Latinoamérica, o «los indignados» en Europa. Las armas y el discurso comunista han dado paso a nuevas reivindicaciones desde un nuevo frente, el de los derechos humanos.

Si bien los derechos humanos nacieron desde un discurso liberal que procuraba crear categorías para frenar ciertos abusos extremos por parte de los Estados, fenómenos como la globalización, la concentración de la riqueza, la destrucción de la naturaleza y la necesidad de expansión de las fronteras extractivas han llevado a la humanidad a un extremo en que simplemente los derechos humanos no pueden coexistir con el sistema capitalista, al menos como se está imponiendo actualmente.

En un contexto como este es especialmente importante para los Estados mantener las instituciones que años atrás se crearon para luchar en contra de grupos subversivos, ahora ya no en contra de grupos armados sino en contra de cualquier grupo que busque reivindicar sus derechos.

El terrorismo aparece en este contexto internacional como un concepto que engloba una serie de actividades violentas que tienen como fin generar terror en la sociedad. No existe un acuerdo sobre el significado del término, lo cual resulta muy conveniente para las personas que tratan de justificar sus actos en la «lucha contra el terrorismo». El gobierno de EUA, por ejemplo, usó el término terrorista, para calificar a quienes participaron en los ataques a las Torres Gemelas, el 11 de septiembre de 2001, pero también a quienes resistían la invasión norteamericana a Irak. El terrorismo ha pasado de sustantivo (como acto) a adjetivo (como autor).

La CIDH, en su informe sobre terrorismo y derechos humanos de 2002, indica que los actos terroristas

122. CIDH, Decisión de crear la Relatoría de defensores y defensoras de derechos humanos, en el marco del 141o. período de sesiones de la CIDH, Washington DC, en *CIDH* <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.asp>>. Consulta: abril de 2015.

123. Comisión de Derechos Humanos, Decisión de establecer un relator especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, Resolución 2000/61, aprobado el 65o. período de sesiones, Ginebra, 26 de abril de 2000, en *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/SRHRDefendersIndex.aspx>>. Consulta: abril de 2015.

son los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas [que] son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos.<sup>124</sup>

La ambigüedad de esta definición se repite en varios convenios para la prevención de ciertos actos terroristas, pero, más grave aún, se traslada con ese grado de imprecisión a tipos penales, a veces acompañados de leyes que flexibilizan la vigencia de los derechos humanos para los sospechosos de cometer estos actos.

Ese es el caso de las leyes que se han dictado, por ejemplo, en los EUA, a raíz de los atentados contra las Torres Gemelas, y que han llevado a cientos de personas, sujetas a investigación por terrorismo, a centros de detención ilegales fuera del territorio de los EUA, sin control judicial, para someterlos a tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes,<sup>125</sup> tal es el caso de la cárcel de Guantánamo en territorio cubano, donde se han demostrado hasta la saciedad estas prácticas.<sup>126</sup>

A pesar de la evidente arbitrariedad de estos actos, pocos miembros de la sociedad se atreven a protestar abiertamente por el miedo de que se le identifique como defensores de terroristas o cómplices de los mismos.<sup>127</sup>

El 11 de septiembre no solo cambió el panorama en el mundo político sino en el mundo del derecho. Nuevas teorías penales o el reciclaje de antiguas teorías decimonónicas fueron necesarias para justificar la existencia de un nuevo tipo penal que vaya acorde a los excesos que ahora eran permitidos en la lucha contra el terrorismo.

En este contexto adquiere relevancia la teoría del «derecho penal del enemigo». Para el autor alemán Günther Jakobs:

124. CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, Washington DC, CIDH, OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre 2002, párr. 17, 2002.

125. Amnistía Internacional, *Guantanamo, Bagram and Illegal U.S. Detentions*, en *Amnistía Internacional*, <<http://www.amnestyusa.org/our-work/issues/security-and-human-rights/guantanamo>>. Consulta: agosto de 2013.

126. Cfr., Amnistía Internacional, *Guantánamo: 10 años de derechos pisoteados*, 1 noviembre 2012, en *Amnistía Internacional*, <<http://www.amnesty.org/es/news/guantanamo-10-anos-derechos-pisoteados-2012-11-01>>. Consulta: agosto de 2013.

127. Noam Chomsky elabora un análisis de cómo el miedo lleva a justificar la tortura en Guantánamo y en Bagram, Cfr., Noam Chomsky, «*Nothing Can Justify Torture*»: *An Interview With Noam Chomsky on Obama's Human Rights Record*, 12 de diciembre de 2012, en *Counterpunch diario digital*, <<http://www.counterpunch.org/2012/12/12/an-interview-with-noam-chomsky-on-obamas-human-rights-record/>>. Consulta: agosto de 2013.



en derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona es incompleta; [...] la formulación correcta de la proposición es la siguiente: todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona, y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona.<sup>128</sup>

Entonces una vez ubicada la persona peligrosa o la persona que podría cometer un acto en este sentido, es obligación del Estado prevenir estos daños actuando de inmediato sin necesidad que medie el cometimiento de un ilícito. Toma el nombre de derecho penal del enemigo o derecho penal de autor ya que busca proteger a la sociedad de personas que el sistema califica como peligrosas o enemigas de la sociedad:

[E]ste fenómeno llamado derecho penal del enemigo representa un claro retroceso en la defensa de los derechos y garantías de la persona, cuya aparición y posterior desarrollo se compadece con una *política criminal guiada ya no por la racionalidad, necesidad y proporcionalidad, sino por la idea de pseudo peligrosidad permanente* que resulta operativa para una democracia populista, cuya legitimación se procura en la búsqueda del favor segmentario, sin atender a los verdaderos orígenes de este estado de excepción que pretende imponerse en un estado social y democrático de derecho.<sup>129</sup>

El derecho penal del enemigo sirve de justificación a los Estados para crear perfiles de personas que pueden ser consideradas peligrosas para la sociedad y en virtud de dicho sistema penal relativizar los principios del debido proceso que tenían la función de proteger a la gente inocente que podía ser acusada del cometimiento del delito. La vinculación a ciertos grupos denominados terroristas, la simpatía hacia ellos o incluso compartir su ideología hacen que una persona deba ser observada y, eventualmente, pueda ser procesada por delitos como del de terrorismo. Para este fin los tipos abiertos son especialmente útiles.

Considerar a una persona como enemigo de la sociedad de acuerdo con esta doctrina, como ya se manifestó, es considerar a esa persona como alguien que no ha firmado el pacto social. Sin embargo, el enemigo no es solamente quien no ha firmado el pacto social, sino quien se convierte en una persona que trata de destruir la sociedad que se funda con él mismo. Al ser una persona ais-

128. Günther Jakobs, «¿Terroristas como personas en derecho?», en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coord., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. II, Buenos Aires, B. de F., 2006, p. 83.

129. Gustavo Eduardo Aboso, «El llamado «Derecho penal del enemigo» y el ocaso de la política criminal racional: El caso argentino», en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez, *op. cit.*, p. 78.

lada de la sociedad, a veces en cárceles en otros países, es fácilmente colocada en un limbo jurídico o en una burbuja en donde el derecho que se aplica al resto de la población, no le es aplicable. En el momento en que se le niegan las garantías básicas empiezan a aparecer los excesos.

## EL ENEMIGO EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

En los años 70, en los que se dicta la ley que instaura el tipo penal de sabotaje y terrorismo en Ecuador, Latinoamérica pasaba por momentos agitados. Luego del triunfo de la Revolución Cubana, varios movimientos de izquierda empiezan a tener cada vez más espacio e influencia en la sociedades latinoamericanas. Algunos grupos optan por la lucha armada, otros fundan partidos y procuran mediante las vías democráticas alcanzar el poder e instaurar el socialismo.<sup>130</sup>

En ambos casos, los grupos históricos de poder rechazaban la posibilidad de reformas en el sentido de permitir la reivindicación de los derechos sociales de trabajadores y campesinos. La forma de frenar estas propuestas de cambio fue la instauración de dictaduras militares, tanto en los Estados con grupos subversivos armados, cuanto en los que los partidos socialistas ganaban terreno en el campo político.

La clase militar fue consecuente con los deseos de protección de los beneficios económicos de las élites, conseguidos mediante décadas de explotación a las clases campesinas y obreras. Siendo estos grupos económicos los que habían conseguido el poder dentro del Estado no iban a perderlo a manos de grupos subversivos o de partidos políticos que buscaban precisamente destruir las bases y los privilegios que sostenían inmensas fortunas. Es en este contexto que, bajo el auspicio de la CIA, se gestó un plan de coordinación internacional para la lucha «antisubversiva» denominado «Operación Cóndor».<sup>131</sup>

La Operación Cóndor fue diseñada para combatir el «enemigo interno» representado en quienes sostenían tesis que, para EUA, eran contrarias a la democracia. Sus estrategias consistían en la acción combinada y coordinada de actividades militares y de inteligencia. Con estos fines, EUA aportó con recursos técnicos e incluso con una escuela de formación militar, la *U. S. Army School of the Americas* (SOA), en donde el entrenamiento incluía técnicas de

130. Cfr., Francisco Martorell, *Operación Cóndor. El vuelo de la muerte*, Santiago, LOM, 1999, p. 36-70.

131. Cfr., P. McSherry, *op. cit.*, p. 28-56.

interrogatorio y tortura. Entre los graduados de la SOA se destacan algunos de los más sanguinarios criminales que asolaron Latinoamérica.<sup>132</sup>

Inspirados por las teorías económicas neoliberales de la Escuela de Chicago, cuyos miembros asesoraron a los dictadores del Cono Sur para implantar políticas de apertura de empresas norteamericanas, las dictaduras buscaron eliminar a la oposición política e instaurar regímenes de terror en los cuales las personas carezcan de toda posibilidad de reacción social, y, por tanto, las políticas económicas pudiesen implantarse con facilidad.<sup>133</sup>

A la par de la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada de personas, se expidieron leyes con tipos penales abiertos y penas elevadas. El fin fue estigmatizar a los acusados como enemigos de la sociedad, no solo investigar a los presuntamente terroristas, sino además sacarlos del sistema jurídico a un espacio donde los derechos y las garantías no existen. La apertura de los tipos de terrorismo es parte de la teoría del derecho penal del enemigo:

[L]a heterogeneidad de los supuestos y los ejemplos que Jakobs maneja, así como la diversidad de caracteres con que trata de caracterizar al enemigo, por contraste con el ciudadano, solo se puede explicar desde la siguiente interpretación: enemigo es todo aquel que en sus comportamientos y/o en sus actitudes diverge de la propensión a la obediencia con que se delimita al ciudadano.<sup>134</sup>

Aun superados estos regímenes, la estructura se mantiene en muchos países, los nuevos enemigos son las organizaciones y personas que procuran defender los derechos humanos y de la naturaleza, y una de las estrategias es la criminalización. La seguridad de los defensores y defensoras de los derechos humanos ha decrecido de forma alarmante en los últimos años. Tanto la CIDH, como la ONU, han elaborado preocupantes informes sobre la situación de este grupo y las estrategias que usan los Estados en su contra que van desde las ejecuciones extrajudiciales, tortura, amenazas, hostigamiento y criminalización.<sup>135</sup>

132. Cfr., Katherine E. McCoy, «Trained to Torture? The Human Rights Effects of Military Training at the School of the Americas», en *Latin American Perspectives*, vol. 32, No. 6, noviembre, Riverside, SAGE, 2005, p. 47-64.

133. N. Klein, *The shock doctrine*, p. 75-130.

134. Juan Antonio García Amado, «El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs», en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez, *op. cit.*, t. I, p. 907.

135. La CIDH presenta la tipología de las amenazas a defensores y defensoras de los derechos humanos en su informe de 2007 en donde establece que los problemas que enfrentan son: a) Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas; b) Agresiones, amenazas y hostigamientos; c) Campañas de desprestigio e iniciación de acciones penales que menoscaban el trabajo de las defensoras y defensores de los derechos humanos; d) Violación de domicilio y otras injerencias arbitrarias o abusivas en instalaciones de organizaciones de los derechos humanos, en la correspondencia y las comunicaciones telefónicas y electrónicas; e) Activida-

Los atentados en contra de los defensores y defensoras de los derechos humanos se vuelven cada vez más frecuentes. En países como México<sup>136</sup> o Colombia,<sup>137</sup> la constante crítica a los Estados sobre su inacción para proteger a las personas de los grupos armados irregulares, de la violencia generalizada o a las políticas extractivas, han convertido a estas personas en escollos a salvar, para la consecución de sus actividades económicas, y se los empieza a ver como bajas en un conflicto en el cual deberían abstenerse de participar. En su segundo informe sobre la situación de defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, la CIDH registró 68 asesinatos entre 2006 y 2010 en Colombia;<sup>138</sup> 3 asesinatos en 2009 en El Salvador por actividades de resistencia a la minería;<sup>139</sup> 59 asesinatos desde 2006 en Guatemala;<sup>140</sup> 56 asesinatos desde 2008 en Honduras<sup>141</sup> y, 27 asesinatos, entre 2005 y 2011, en México.<sup>142</sup>

Si bien en Ecuador no se encuentra una práctica de asesinatos a defensores de los derechos humanos (salvo el caso de Juan Bravo en Shushufindi,

des de inteligencia dirigidas contra las defensoras y defensores de los derechos humanos; f) Restricciones al acceso a la información en poder del Estado y a las acciones de hábeas data; g) Controles administrativos y financieros arbitrarios a las organizaciones de derechos humanos; h) Impunidad en las investigaciones de ataques sufridos por defensoras y defensores de los derechos humanos. CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores.

136. Los datos sobre defensores y defensoras de los derechos humanos no son oficiales, la prensa recoge datos de las organizaciones no gubernamentales sobre la materia, en artículos como: Contralínea. Periodismo de investigación, «63 defensores de derechos humanos asesinados», 7 de diciembre de 2011, en *Contralínea. Periodismo de investigación*, <<http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2011/12/07/63-defensores-de-dh-asesinados/>>. Consulta agosto de 2013; «Defensor de derechos humanos: profesión de alto riesgo en México», en *TlapehualagroGro*, <<http://tlapehualagro.com/defensor-de-derechos-humanos-profesion-de-alto-riesgo-en-mexico/sin-censura/>>. Consulta: agosto de 2013; CNN México, «27 defensores de derechos humanos fueron asesinados en 6 años: CNDH», 7 de julio de 2011, en *CNN México*, <<http://mexico.cnn.com/nacional/2011/07/07/27-de-fensores-de-derechos-humanos-fueron-asesinados-en-5-anos-cndh>>. Consulta: agosto de 2013.
137. En Colombia la situación es similar: Semana, «Cada semana es asesinado un defensor de los derechos humanos en Colombia», 5 de marzo de 2012, en *Semana*, <<http://www.semana.com/nacion/articulo/cada-semana-asesinado-defensor-derechos-humanos-colombia/254284-3>>. Consulta: agosto de 2013; Centro de Noticias ONU, «Asesinados dos defensores de derechos humanos en Colombia», 27 de marzo de 2013, en *Centro de Noticias ONU*, <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=26050#UdnF3kFkMSM>>. Consulta: agosto de 201.; El Espectador, «Unos 15 defensores de DD.HH. han sido asesinados en Colombia en 2013», 23 de abril de 2013, en *El Espectador*, <<http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-417871-unos-15-defensores-de-ddhh-han-sido-asesinados-colombia-2013>>. Consulta: agosto de 2013.
138. Cfr., CIDH, Segundo informe..., párr. 32.
139. Cfr., *ibid.*, párr. 33.
140. Cfr., *ibid.*, párr. 34.
141. Cfr., *ibid.*, párr. 35.
142. Cfr., *ibid.*, párr. 36.

beneficiario de medidas cautelares de la CIDH en 2008 y Marlo Lozano Yulan en Guayaquil en 2011), existen otras formas menos violentas de frenar la tarea de las defensoras y defensores de los derechos humanos. La criminalización se convierte en una forma refinada de persecución en la que se funden la legalidad y la propaganda que logran estigmatizar a quienes defienden derechos humanos al grado de colocarles la etiqueta de enemigos del desarrollo y, por tanto, de la sociedad. Para la CIDH:

La criminalización de las actividades de defensa de los derechos humanos constituye por tanto, un obstáculo complejo que incide de varias maneras en el libre ejercicio de la defensa de los derechos humanos. [L]a Comisión observa que la iniciación de acciones penales sin fundamento puede violar los derechos a la integridad personal, protección judicial y garantías judiciales así como de la honra y dignidad de las defensoras y los defensores de derechos humanos; sin perjuicio de las afectaciones al ejercicio legítimo del derecho que sea restringido indebidamente mediante el uso inapropiado del sistema penal, tales como la libertad personal, libertad de pensamiento y expresión o el derecho de reunión. Asimismo, *la Comisión advierte que el uso de un tipo penal ambiguo o contrario con los estándares democráticos para criminalizarlas acciones legítimamente desarrolladas por los defensores comprometería adicionalmente una violación al principio de legalidad.*<sup>143</sup>

En cuanto a la criminalización, la CIDH establece que uno de los problemas que enfrentan las defensoras y defensores es la instauración de procesos penales, en algunos casos usando tipos penales que impiden las actividades que realizan y en otros iniciando procesos manifiestamente infundados.<sup>144</sup>

En el informe citado la CIDH reconoce que Ecuador asumió su responsabilidad por la criminalización de las defensoras y defensores de los derechos humanos y que procuró resolverlos con dos amnistías en 2008.<sup>145</sup> Sin embargo, apunta que a raíz de este hecho, se han dado nuevos casos de criminalización de la defensa de los derechos humanos.<sup>146</sup> Estos nuevos hechos han sido recogidos por la sociedad civil y presentados a la propia CIDH y a instancias nacionales e internacionales. En el año 2011, la Defensoría del Pueblo de Ecuador emitió un informe sobre criminalización denominado «Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un estado constitucional de derechos»,<sup>147</sup> en el que se adjunta una matriz de

143. *Ibid.*, párr. 80-81.

144. Cfr., *ibid.*, Informe sobre..., párr. 179.

145. Cfr., *ibid.*, Segundo informe..., párr. 84.

146. Cfr., *ibid.*, párr. 87.

147. Defensoría del Pueblo, «Informe temático. Los escenarios de la criminalización a defensores de los derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un estado constitu-

nuevos casos de criminalización posteriores a la amnistía, actualizado a junio de 2011, en el que se presentan 21 nuevos casos y aproximadamente 60 defensoras y defensores criminalizados.

## LOS DEFENSORES Y DEFENSORAS DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO ENEMIGOS DE LA SOCIEDAD ECUATORIANA

¿Por qué los defensores de los derechos humanos en contextos como el ecuatoriano se pueden convertir en los nuevos enemigos de la sociedad ecuatoriana? En los discursos del Presidente de la República se puede distinguir claramente su idea de desarrollo planteada como razón de Estado: alta inversión en política social gracias a una alta actividad extractivista en territorios de pueblos y nacionalidades indígenas, de campesinos o sitios de alta diversidad biológica. Dado que el gobierno presenta estas dos actividades como interconectadas, es fácil convencer al público que quienes se opongan a la extracción de minerales o de petróleo son personas que se están oponiendo a un plan de gobierno social, por tanto se convierten en entes que ponen en peligro las nuevas prestaciones sociales que recibe la sociedad:

[H]ay excesos y fundamentalismos que harían fracasar cualquier proyecto político. Dogmáticamente se ha pasado de un extremo a otro, de considerar al ser humano como lo único importante en la naturaleza [...] a considerarlo ahora un poco menos que un estorbo para la naturaleza [...]. El imperativo moral es sacar a ese ser humano de la pobreza para lo cual necesitamos un uso responsable y total de los recursos naturales [...]. Sobre la participación social, algunos pretenden, no la consulta previa, sino el consentimiento previo, que en la práctica nos lleva de la democracia de las mayorías a la democracia «restringida» donde ciertos grupos tienen capacidad de veto, lo cual desarrolla corrupción, además de hacer a nuestros países ingobernables [...]. Nadie puede negar la legitimidad democrática de nuestra propuesta, [...] pero siempre queda el recurso de declararse dirigente social, invocar el derecho a la resistencia y tratar de imponer su agenda política, aun cuando han sido derrotados en las urnas, ser demócratas a conveniencia. No permitiremos que el derecho a la resistencia, consagrado en nuestra Constitución, se convierta en patente de corso para que los perdedores de las elecciones impongan su agenda a la fuerza.<sup>148</sup>

cional de derechos», p. 93, en *Defensoría del Pueblo Ecuador*, <[http://www.dpe.gob.ec/index.php?option=com\\_jdownloads&Itemid=82&view=finish&cid=54&catid=14](http://www.dpe.gob.ec/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=82&view=finish&cid=54&catid=14)>. Consulta: agosto de 2013.

148. Rafael Correa Delgado, Discurso de Posesión Mandato 2013-2017 «El capital domina al mundo», pronunciado ante la Asamblea Nacional de Ecuador, 24 de mayo de 2013, audio en

Dado que en Ecuador la inversión social ha sido históricamente dejada de lado, los derechos sociales han sido los últimos en garantizarse, generando alto grado de pobreza, desnutrición y analfabetismo. Un Estado dedicado a la tarea de incrementar la inversión en estos campos es fácilmente aceptado, seguido y defendido por la mayor parte de la población a quienes resulta extraña e incluso etérea la idea de que existan personas que puedan oponerse o estar siendo afectadas por este tipo de actividades. El discurso inicial de Rafael Correa atrajo adeptos de todas las latitudes, Naomi Klein en su obra *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, hablaba del Presidente en estos términos:

In November 2006, Ecuador's presidential elections turned into a similar ideological battleground. Rafael Correa, a forty-three-year-old left-wing economist, won the vote against Alvaro Noboa, a banana tycoon and one of the richest men in the country. With Twisted Sister's «We're Not Going to Take It» as his official campaign song, Correa called for the country «to overcome all the fallacies of neo-liberalism». When he won, the new president of Ecuador declared himself «no fan of Milton Friedman».<sup>149</sup>

La misma autora, dos años más tarde, le dirigía una carta de preocupación al presidente Correa por el cierre de la organización de derechos humanos «Acción Ecológica», en ella expresa su confusión por lo que había visto al principio de su gobierno y lo que entonces ocurría:

En mi libro *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, escribo con gran admiración sobre como de muchas maneras usted se ha mantenido firme frente al imperialismo de los EE.UU. [...] [e]ntonces fue con genuina confusión y conmoción que me enteré de la gestión del Ministerio de Salud para cerrar Acción Ecológica retirando su estatus legal. Qué lástima es que en lugar de ver lo que yo vi, estos activistas están viendo en su lugar algo muy familiar: un Estado aparentemente usando su poder para debilitar el disenso.<sup>150</sup>

El cambio de una posición abierta al diálogo, la diversidad y la construcción colectiva que tuvo el movimiento Alianza País, en los primeros años de gobierno, se vieron enfrentados a la realidad de que una alta inversión social requería recursos económicos. Por eso, los pueblos y nacionalidades indígenas son, en principio, los más afectados por las actividades extractivas petrolera

Ivoox, <[http://www.ivoox.com/24-05-2013-discurso-del-presidente-rafael-correa-la-audios-mp3\\_rf\\_2072830\\_1.html](http://www.ivoox.com/24-05-2013-discurso-del-presidente-rafael-correa-la-audios-mp3_rf_2072830_1.html)>. Consulta: abril de 2015.

149. N. Klein, *The Shock Doctrine*, p. 452.

150. Naomi Klein, «Carta abierta a Rafael Correa», 12 de marzo de 2009, en *Rebellion*, en <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=82273>>. Consulta: noviembre de 2014.

y minera, y al ser un grupo históricamente marginado por la sociedad, difícilmente generan simpatías respecto a las afectaciones a sus territorios, a sus culturas producto de las actividades económicas que el gobierno necesita impulsar para financiar su agenda social. En este camino, los grupos de ecologistas y defensores de los derechos humanos vinculados a los pueblos y nacionalidades indígenas se convierten en un obstáculo para el desarrollo.

Entonces adquiere sentido la definición de criminalización como la actividad que establece ciertas actividades como antijurídicas y por las cuales se activa el uso del derecho penal. Se puede mirar la criminalización desde dos perspectivas: una jurídica enmarcada en el análisis de las normas del derecho penal o lo que supuestamente está prohibido o criminalizado dentro de la sociedad, y otra sociológica que permite identificar qué realmente se está castigando o criminalizando en la sociedad<sup>151</sup> e incluso quién se beneficia de la existencia de la norma.

Un ejemplo en Ecuador son los tipos penales asociados con el tráfico de sustancias estupefacientes, desde la perspectiva jurídica la norma busca proteger el bien jurídico salud pública. Desde la perspectiva sociológica se encuentra que lo que se acaba por criminalizar son actos de supervivencia de personas socialmente excluidas. Tal es el caso de un 95% de las mujeres de la cárcel del Inca en Quito, quienes se encuentran detenidas por esta clase de delitos, la mayoría por servir como mulas o por vender pequeñas cantidades en las calles.<sup>152</sup> La norma genera además un gran beneficio para los productores de los estupefacientes que pueden vender a elevados precios estas sustancias gracias a la prohibición de su comercialización, además de todos los funcionarios que reciben parte de las ganancias para permitir que la actividad continúe.<sup>153</sup>

En el ámbito de la defensa de los derechos humanos, las leyes heredadas de la dictadura hacen que cada acto de protesta social pueda ser criminalizado y, por tanto, que cada acción de hecho se convierta en ejercicio del derecho a la resistencia. Así en Estados como Ecuador donde la opinión negativa sobre la gestión de un funcionario público es un delito, cualquier ejercicio público de la libertad de expresión en materia de asuntos públicos es ejercicio del derecho a la resistencia. Las *garantías sociales*, como son definidas por Pissarello,<sup>154</sup> constituyen la forma de defensa de los derechos humanos fuera de los canales institu-

151. Cfr., Raúl Eugenio Zaffaroni, *En busca de...*, p.137-138.

152. Cfr., David Cordero Heredia, «La ley de drogas como sistema jurídico paralelo», en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 187-215.

153. Cfr., Coletta Youngers y Eileen Rosin, *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U. S. Policy*, Washington DC, Washington Office on Latin America (WOLA), 2004, p. 1-9.

154. Cfr., G. Pisarello, *op. cit.*, p. 123.



cionales (garantías políticas y jurisdiccionales) mediante la movilización y sobre todo la organización social. Penalizar estos actos constituye no solo la criminalización de la protesta social, sino de la defensa de los derechos fundamentales.

En Ecuador son innumerables las ocasiones en que las medidas de hecho han sido la forma de la sociedad civil para exigir cambios políticos que no pueden alcanzarse por la vía de las urnas. Quienes las ejercen pertenecen generalmente a grupos históricamente excluidos que procuran defender sus derechos sociales y colectivos. Si bien estos actos constituyen violaciones al sistema jurídico (representado en tipos penales, contravenciones y ordenanzas), la costumbre dentro del Ecuador ha sido considerar este tipo de manifestaciones como actos propios de la actividad política del Estado. Dependiendo del momento político del país, han sido más o menos tolerados en aras de permitir que los grupos protestantes puedan sentarse en una mesa de negociaciones con el Estado y así conseguir que se escuchen sus reivindicaciones y, en algunos casos, adoptar algunas de ellas.

Sin embargo, en los últimos años la doctrina de la posición única correcta rige la política estatal. La razón de Estado juega en Ecuador un papel central en las relaciones del Gobierno con quienes disienten en algún grado con su visión. No solo ocurre la aplicación selectiva del derecho penal en contra de actos de resistencia, sino también es selectivo en cuanto a las personas que se aplica. La criminalización de la defensa de los derechos humanos tiene una connotación diferente cuando se encarcela a un manifestante o a un dirigente, en ambos casos se obtiene un efecto desalentador, pero en el segundo caso se afecta además el funcionamiento mismo de la organización social.

En las siguientes líneas se desarrollarán el proceso de la criminalización de la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: la construcción jurídica del enemigo de la sociedad y las consecuencias de la criminalización.

## LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL ENEMIGO: EL TERRORISMO

Si bien es cierto que la criminalización a defensoras y defensores de los derechos humanos se realiza mediante varios tipos penales, en el caso de Ecuador resulta particularmente paradigmático el uso del tipo penal de terrorismo que revierte características particulares, tanto en la criminalización primaria como en la secundaria y en los efectos simbólicos que tiene en la cultura.

En cuanto a la criminalización primaria, es un tipo abierto que puede moldearse a prácticamente cualquier acción organizada de protección de los derechos. En cuanto a la criminalización secundaria, a pesar del uso poten-

cial que podría tener, solo se usa de forma selectiva en contra de defensores y defensoras de los derechos humanos. Y, finalmente, su efecto simbólico al estigmatizar a quien es acusado de este delito como enemigo de la sociedad. En contextos de permanente intercambio cultural en el ámbito internacional, las palabras se convierten en símbolos que trascienden el imaginario local. El concepto terrorista no puede ser entendido como el tipo penal antitécnico contenido en el Código Penal, sino que es un concepto adscrito a la cultura y solo en esta se puede comprender el verdadero impacto que produce catalogar a una persona como terrorista.

El tipo penal de terrorismo en Ecuador nace de una ley de la época de la dictadura militar del general Guillermo Rodríguez Lara, exestudiante de la Escuela de las Américas,<sup>155</sup> emitida mediante Decreto Supremo No. 1273, publicado en RO No. 705 de 19 de diciembre de 1974.<sup>156</sup>

Artículo innumerado siguiente al 160 del Código Penal.- Los que, individualmente o formando asociaciones, como guerrillas, organizaciones, pandillas, comandos, grupos terroristas, montoneras o alguna otra forma similar, armados o no, pretextando fines patrióticos, sociales, económicos, políticos, religiosos, revolucionarios, reivindicatorios, proselitistas, raciales, localistas, regionales, etc., cometieren delitos contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos de cualquiera clase o de sus bienes: ora asaltando, violentando o destruyendo edificios, bancos, almacenes, bodegas, mercados, oficinas, etc., ora allanando o invadiendo domicilios, habitaciones, colegios, escuelas, institutos, hospitales, clínicas, conventos, instalaciones de la fuerza pública, militares, policiales o paramilitares, etc., ora sustrayendo o apoderándose de bienes o valores de cualquier naturaleza y cuantía; ora secuestrando personas, vehículos, barcos o aviones para reclamar rescate, presionar y demandar el cambio de leyes o de órdenes y disposiciones legalmente expedidas o exigir a las autoridades competentes poner en libertad a procesados o sentenciados por delitos comunes o políticos, etc.; ora ocupando por la fuerza mediante amenaza o intimidación, lugares o servicios públicos o privados de cualquiera naturaleza y tipo; ora levantando barricadas, parapetos, trincheras, obstáculos, etc. con el propósito de hacer frente a la fuerza pública en respaldo de sus intenciones, planes, tesis o proclamas; ora atentando, en cualquier forma, en contra de la comunidad, de sus bienes y servicios, serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y multa de mil setecientos sesenta y siete a cuatro mil cuatrocientos dieciocho dólares de los EUA.

155. Según la organización norteamericana SOA Watch, Guillermo Rodríguez Lara tomó tres cursos en la Escuela de las Américas en 1961, 1966 y 1967. SOA Watch, «SOA grads», en *SOA Watch*, <<http://www.soaw.org/soaw/media/soawgrads.xls.zip>>. Consulta: agosto de 2013.
156. Este artículo fue reformado por la Ley No. 47, RO No. 422, Quito, 28 de septiembre de 2001 y por el art. 20 de Ley No. 75, RO No. 635, 7 de agosto de 2002.

Esta norma contiene cinco etcéteras dentro de la formulación del tipo penal. Esto significa que es un tipo penal abierto donde el juez puede llenar el contenido del tipo penal de acuerdo a su interpretación, tanto en su objeto, verbo rector y elementos subjetivos y objetivos. Tipos penales como los del terrorismo, sabotaje, subversión, traición a la patria, atentando a la seguridad interna, responden a la tendencia dominante de la época, esto es la Operación Cóndor y de la Doctrina de Seguridad Hemisférica, no solo para legitimar el poder de los Estados sobre el cuerpo del delincuente, sino para justificar sus excesos ante la sociedad.

Al cierre de este trabajo, se estima que hay más de 163 personas, entre ellos líderes sindicales, líderes campesinos, líderes indígenas que están siendo sometidos a distintos procesos,<sup>157</sup> entre ellos, procesos penales por sabotaje y terrorismo en el Estado ecuatoriano.<sup>158</sup> Algunos casos se han archivado, otros avanzaron hasta alcanzar la condena como en los casos de Carlos Pérez o de los 10 de Luluncoto.<sup>159</sup>

En [1987], la época de Febres Cordero, en un evento que se organizó desde la CONAIE con la organización CRIC de Colombia para un evento sobre la educación bilingüe y las experiencias organizativas de organizaciones indígenas de Popayán. Nosotros de una manera confusa fuimos apresados por el servicio de inteligencia colombiana donde fuimos torturados, estuvimos incomunicados luego fuimos entregados en Rumichaca. Pasamos 12 días incomunicados, luego fuimos torturados. Nos acusaban de [guerrilleros] fue una experiencia muy dura en la juventud. [...] Tuve que refugiarme tres años en Sarayaku, porque nos buscaban acusándonos, teníamos miedo aunque no teníamos nada que ver con estos movimientos [...] Fuimos trasladados al penal García Moreno amarrados, vendados los ojos esos doce días incomunicado prácticamente.

Posteriormente cuando ya asumí la dirigencia de la OPIP volvimos a salir pero ese antecedente hacía que el ejército en Shell controlara todo. Toda persona ecuatoriana o extranjera que pensaban que no era parte de Sarayaku tenía que pasar por el servicio militar en Shell. Tenía que ser investigada. Cuál es el

157. Cfr., Rodrigo Trujillo y Mérida Pumalpa, *Criminalización de los defensores y defensoras de derechos humanos en Ecuador*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), 2011, p. 159.

158. El Informe del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, sostiene que serían más de 200 las personas acusadas por sabotaje y terrorismo, sin embargo el autor no pudo verificar este número. Cfr., Programa Andino de Derechos Humanos, «Balance de la situación de derechos humanos 2011», en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Informe sobre derechos humanos Ecuador 2011. Versión ampliada*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012, p. 13-14.

159. Si bien este caso no se tratará aquí, un resumen del caso puede encontrarse en el especial elaborado por *El Comercio* al respecto: «Caso 10 de Luluncoto», en *El Comercio*, <[http://especiales.elcomercio.com/2013/01/10\\_de\\_luluncoto/](http://especiales.elcomercio.com/2013/01/10_de_luluncoto/)>. Consulta: agosto de 2013.

objetivo de su visita, cuál es la razón de su viaje. [...] Estábamos en el mapa considerado Sarayaku como zona roja, [...] consideraban a la OPIP y a nosotros como dirigencia como una amenaza que estábamos ligados con las guerrillas, con las FARC, sendero luminoso y todas estas.<sup>160</sup>

A pesar de que el Estado ha manifestado en foros internacionales, como ante la CIDH, en dos ocasiones,<sup>161</sup> que modificaría el tipo penal de terrorismo por ser antitécnico, esto no ha pasado durante los ya más de siete años de gobierno del presidente Correa, debido a la utilidad que representa para este Gobierno poder perseguir penalmente, prácticamente cualquier actividad organizativa.

El derecho es un concepto de embrague para la política de nuestro siglo: el rastro de una violencia que se quiere razón, y que tiene en la –más que dudosa– hipótesis de su neutralidad, un aval cotidiano casi imperceptible. La legalidad aporta las formas de lo político, dispone los procedimientos y supone los principios que sostienen el ejercicio de un poder concreto: la política, por necesidad, ha de extender siempre su marco, la política como campo semántico y como juego de fuerzas que dan (o restan) sentido a la propia ley.<sup>162</sup>

Los casos analizados para el presente estudio son muestras claras de este manejo político del derecho. El dirigente indígena Carlos Pérez, condenado finalmente por obstaculizar vías públicas, fue inicialmente perseguido como terrorista por parte del Estado. A pesar de la arbitrariedad y de lo abusivo que fue su enjuiciamiento (al tratar de calificar el cierre de una carretera como acto terrorista), Carlos Pérez no logró levantar simpatía en la sociedad. El discurso del Presidente logró convencer a las grandes mayorías (habitantes de las ciudades) que aquellos que se oponían a la minería se oponían al avance social y que ponía en riesgos las prestaciones sociales que brinda el Estado.

«[Para la sociedad] soy un delincuente, soy un reo común y corriente. De manera directa no nos han dicho. Pero si nos han dicho que somos delincuentes nacionales por ser procesados penalmente. La mayoría de la provincia

160. Entrevista a José Gualinga, Quito, 22 de junio de 2011.

161. Cfr., Estado ecuatoriano, «Audiencia sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en Ecuador», llevada a cabo en el 137o. período de sesiones de la CIDH Washington DC, 28 de octubre a 13 de noviembre de 2009, en *CIDH*, <<http://www.cidh.org/audiencias/137/21.mp3>>. Consulta: agosto de 2013, y Estado ecuatoriano, «Audiencia sobre la situación de los defensores de los derechos humanos y defensores del medio ambiente en Ecuador», llevada a cabo en el 146o. período de sesiones de la CIDH, Washington DC, 29 de octubre a 16 de noviembre de 2012, en *CIDH*, <<http://www.cidh.org/audiencias/146/15.mp3>>. Consulta: agosto de 2013.

162. Fernando Escalante Gonzalo, *La política del terror. Apuntes para una teoría del terrorismo*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 116.

me conoce como defensor del agua y saben que por defender al agua me estaba yendo a la cárcel».<sup>163</sup>

El juicio denominado «Los diez de Luluncoto», en 2012, es un ejemplo claro de cómo se puede utilizar este tipo penal. En ese caso, diez jóvenes reunidos en la ciudad de Quito para discutir las reformas constitucionales y el buen vivir fueron capturados por la policía y acusados de ser los autores de la colocación de cuatro bombas panfletarias en las tres principales ciudades de Ecuador. Esos chicos a pesar de ser estudiantes de clase media, no pudieron ganar fácilmente el apoyo de la mayor parte de estudiantes del país, tomando en cuenta sus edades y que sus actividades no fueron delictivas, desde ningún punto de vista. El solo hecho de que el Presidente de la República y el Ministro del Interior realizasen declaraciones a favor de la condena por terrorismo, habla de la falta de respeto a la independencia judicial. El miedo llegó a la justicia que condenó sin criterios jurídicos y a la Defensoría del Pueblo, que ante el abuso de la autoridad en el caso solo tuvo un tibio pronunciamiento.<sup>164</sup>

La teoría del fiscal a cargo del caso consistió en demostrar que existía un grupo terrorista denominado Grupo de Combatientes Populares, que al ser el único grupo de esta clase en el país y, por antecedentes de uso de explosivos, este grupo debía ser el responsable por la detonación de explosivos, luego si demostraba que los acusados eran parte de este grupo, habrían cometido delito de sabotaje y terrorismo.<sup>165</sup> El tribunal acogió el argumento de la fiscalía y resolvió:

Por lo tanto, el tipo penal se encuentra justificado con la acción emprendida, existiendo varios sujetos activos del delito [...], quienes han concordado en sus voluntades, de pertenencia a un grupo de corte subversivo como es el GCP o Grupo de Combatientes Populares, que en forma material y directa cometieron la infracción, pues son quienes en base a su liderazgo y dirección pretendían y fueron sorprendidos con evidencias materiales destinadas a cometer delitos contra la seguridad común de bienes y personas, como se refleja de las evidencias, consistentes en apuntes, documentos de discusión consistentes en estatutos del Grupo aludido, planificación de actividades, documentos de adiestramiento y aprendizaje, como el referido manual de química que no sino una

163. Entrevista a Carlos Pérez, Kimsacochoa, 28 de abril de 2013.

164. Cfr., Ecuador Inmediato, «Defensoría del pueblo vigila caso Luluncoto; se pronunciará si detecta violaciones», 11 de julio de 2012, en *Ecuador Inmediato.com*, <[http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=187257&umt=defensoria\\_del\\_pueblo\\_vigila\\_caso\\_luluncoto\\_se\\_pronunciara\\_si\\_detecta\\_violaciones](http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=187257&umt=defensoria_del_pueblo_vigila_caso_luluncoto_se_pronunciara_si_detecta_violaciones)>. Consulta: agosto de 2013..

165. Cfr., Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, Sentencia del juicio por sabotaje y terrorismo No. 17243-2012-0124, Quito, 13 de mayo de 2013.

guía de confección y elaboración de diversos tipos de bombas de uso casero, artesanal o hecho.<sup>166</sup>

Los jóvenes fueron sentenciados a un año de prisión por presuntamente militar en un grupo que no había sido calificado como terrorista antes de este proceso. Nunca se trató siquiera de probar que las personas habían cometido algún «acto terrorista», sin embargo eran peligrosos. Un factor común de los procesos judiciales que han llegado a tener sentencia, es la mala calidad de la fundamentación jurídica, hecho que puede tener varias explicaciones como la ineptitud del juez o juez, la falta de separación de poderes y la politización de estos procesos. Todas estas explicaciones confluyen en la finalidad de estos procesos: la persecución del enemigo ideológico del Estado. Ser terrorista es una idea que se encuentra en las propias personas criminalizadas y que corresponde a la idea que subyace en la cultura:

De acuerdo a las informaciones que existen de lo que pasa en Medio Oriente, lo que pasó en EUA, conozco que el terrorismo es atentar contra la vida de gente inocente, la vida de un pueblo: aterrorizar, dinamitar, explotar. Eso es lo que conozco por medios de comunicación que es el terrorismo asustar, impedir la vida de la gente inocente de cualquier tipo de raza o civilización que exista.<sup>167</sup>

Terrorismo es todo acto que siembra pánico que siembra desazón que siembra terror, es decir que convulsiona que puede traer estragos incluso no solo con fines patrimoniales sino que con la vida misma de las personas, por ejemplo lanzar bombas de gas para hacer explotar vehículos automotores, secuestrar a personas, asesinar a personas, eso es acto de terrorismo.<sup>168</sup>

Pero no solo es el miedo a lo que pueden hacer las personas clasificadas como terroristas, sino lo que podrían llegar a conseguir si triunfan en sus supuestos fines. Para el caso de los defensores y defensoras de los derechos humanos, vinculados en especial a la defensa del ambiente o de los pueblos y nacionalidades indígenas, sería el respeto al territorio y a la naturaleza mediante la no autorización al Estado para que explote los recursos naturales de su territorio o en áreas protegidas. Las personas que reciben algún tipo de subsidio, por ejemplo el Bono del Desarrollo Humano, aquellas personas que han recibido alguna beca del gobierno, aquellas que se benefician del mejoramiento de salud, de la educación pública y todos los demás beneficios que ha traído al país el Estado de bienestar, temen retroceder en sus estándares de vida al anterior estado de ineficiencia del Estado o a la carencia total de servicios públicos que

166. *Ibid.*

167. Entrevista a J. Gualinga.

168. Entrevista a C. Pérez.

además son derechos fundamentales de las personas. La amenaza de un retroceso en las condiciones sociales alcanzadas puede ser más fuerte que el temor que genera la amenaza de que actos violentos puedan ser cometidos por los presuntos terroristas.

## LAS CONSECUENCIAS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA NATURALEZA

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

Otro aspecto de la mayor preocupación es la utilización de acciones legales contra las defensoras y defensores, tales como investigaciones o acciones penales o administrativas, cuando son instruidas con el objeto de acosarlos y desprestigiarlos. En algunos casos, los Estados utilizan tipos penales que restringen, limitan o coartan los medios utilizados por las defensoras y defensores para realizar sus actividades. La Comisión nota que algunos países de la región han promulgado leyes o han recuperado tipos penales ya en desuso, como los delitos que atentan contra la forma de gobierno o los delitos de desacato, tipificación penal cuya eliminación la Comisión reiteradas veces ha sugerido a los Estados.<sup>169</sup>

En su segundo informe, de 2011, la CIDH acoge la denominación con que la sociedad civil de varios países americanos había catalogado esta práctica, «la criminalización de defensores y defensoras de los derechos humanos».<sup>170</sup> Esto implica un salto importante, pasa de considerar que los Estados tienen la práctica de iniciar juicios penales en contra de defensas y defensores, a decir que la actividad «defensa de los derechos humanos» es una actividad perseguida por el Estado.

Las defensoras y los defensores de los derechos humanos procuran conseguir el mayor impacto mediante sus acciones, de manera que los derechos de las personas o colectivos que defienden sean tomadas en cuenta en los ám-

169. CIDH, *Informe sobre...*, p. 51.

170. CIDH, *Segundo informe...*, p. 30.

bitos de toma de decisiones. Su trabajo es importante para las personas cuyos derechos defienden, ya que son grupos que no tienen peso político en una democracia electoral. Las medidas judiciales, los reclamos administrativos y, finalmente, las medidas de hecho son los mecanismos con los que cuentan para ser tomados en cuenta e influir en el diseño de la política estatal.

Los actos de protesta muchas veces van en contra de las disposiciones legales y reglamentarias como la prohibición del uso de espacios públicos, la prohibición del cierre de vías y carreteras o la suspensión de actividades que son consideradas estratégicas en la esfera nacional. Sin embargo, para muchas víctimas de violaciones de los derechos humanos, son la última opción de ser escuchados dentro de un ámbito nacional que cada vez más les cierra las puertas.<sup>171</sup> Como ya se puso de manifiesto, el discurso del gobierno ecuatoriano es que quienes perdieron las elecciones no pueden imponer su punto de vista a la sociedad.<sup>172</sup>

Se ha tratado de evitar la movilización es así que se realizaron trámites administrativos solicitando documentación pero lastimosamente nunca nos dieron. La documentación que debe ser información pública nunca ha sido otorgada, se ha logrado obtener a través de la Defensoría del Pueblo. Y solo cuando el presidente Correa conformó una comisión por dos grandes paros que hicimos bloqueo de vías de 8 días cada uno de ellos decide conformar la comisión tripartita pero dichos datos son secreto de Estado. Además los compañeros de Girón presentaron un amparo constitucional pero no es posible batallar con las multinacionales que dominan a los Estados nacionales y a la justicia. El único camino, y que se ha demostrado a nivel mundial las luchas históricas en los países es la movilización. Estado en la vía judicial es desperdiciar energías de lo que se ha hecho. [...] Es nuestro derecho a ejercer la resistencia y defender el derecho a la agüita. La población estaba consciente que la única forma de exigir el respeto de nuestra Pachamamita es a través de la resistencia.<sup>173</sup>

Quizá en este sentido, el caso más dramático es el de los pueblos y nacionalidades indígenas, cuyos derechos recogidos en la Constitución y en tratados internacionales, incluyen el principio de autodeterminación.<sup>174</sup> Este prin-

171. En su obra de 1994, *Civil resistance*, Michael Randle desarrolla la idea de la resistencia civil estrategia de acción política colectiva de resistencia activa no violenta por la cual el autor está convencido (y argumenta desde un recuento histórico), se puede incidir en la política aun de los regímenes más extremos como las dictaduras militares. Cfr., Michael Randle, *Resistencia civil*, Buenos Aires, Paidós, 1998, p. 65-112.

172. Cfr., R. Correa Delgado, *op. cit.*

173. Entrevista a C. Pérez.

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



cipio da cuenta del derecho que tienen estos colectivos de escoger su modelo de desarrollo, de que se respete su derecho al territorio y a mantener su cultura, pero sobre todo implica que debe existir una conexión entre el Gobierno central y los pueblos y nacionalidades indígenas que permita un diálogo legítimo entre las dos partes con el fin, sobre todo, de proteger esta autodeterminación. Este espacio es la consulta previa libre e informada contenida en el Convenio 169 de la OIT,<sup>175</sup> la Constitución de 1998<sup>176</sup> y la actual Constitución de 2008.<sup>177</sup> Para estos pueblos la no existencia de la consulta previa constituye una violación a sus derechos y al pacto social *sui generis* que se firma entre las nacionalidades que conforman el Estado plurinacional y que hace que las nacionalidades indígenas reconozcan la autoridad del Estado sobre sus territorios.

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

La criminalización de la defensa de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas es la más intensa en el contexto actual. Esto debido a los planes de implementar proyectos extractivos en sus territorios, situación que no ha sido, ni será, tolerada por gran parte de estos colectivos. La identificación de estas defensoras y defensores como enemigos de la sociedad, se basa no solo en el desafío a la autoridad, sino porque en el discurso gubernamental las prestaciones sociales de la población en general están condicionadas a que se pueda explotar minerales e hidrocarburos de estas zonas.<sup>178</sup>

La pena en el derecho penal tiene una función simbólica. Ninguna sociedad puede pretender que la aplicación del derecho penal sea absoluta, de manera que no toda persona que viole una norma penal vaya a sufrir el castigo

175. Cfr., Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en el marco de la 76a. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 27 de junio de 1989, ratificado el 30 de abril de 1998, mediante Decreto Ejecutivo No. 1387 (Presidencia de la República del Ecuador, *Decreto Ejecutivo No. 1387*, RO No. 311, Quito, 6 de mayo de 1998, p. 3.), previa la aprobación del Congreso Nacional (Congreso Nacional del Ecuador, *Resolución s/n*, publicada en el RO No. 304, Quito, 24 de abril de 1998, p. 2.), art. 6(1)(a), 6(2), 15, 17, 22(3), 27(3) y 28(1).

176. Cfr., Constitución de la República del Ecuador, art. 84(5).

177. Cfr., *ibid.*, art. 57(7) y 57(17).

178. Información conseguida en la entrevista realizada a Fernando Santi, presidente de la nacionalidad shiwar del Ecuador, sobre la consulta previa realizada por la Secretaría de Hidrocarburos con ocasión de la Ronda Suroriente.

que se le adjudica en la norma. Lo que sí se espera es que los castigos que se infrinjan a las personas que hayan violado la ley sean suficientemente ejemplares o que se difundan de tal manera que otra persona que pretenda en algún momento cometer los mismos delitos se vea disuadida por la dureza que muestra el sistema penal o la efectividad de los órganos judiciales y de investigación que logran capturar, enjuiciar y sancionar a los infractores de la Ley.<sup>179</sup> Esta función simbólica de la sanción es lo que realmente se busca con la tipificación de los delitos dentro de las sociedades.

Cuando se usa en sentido crítico del concepto de derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan solo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. Más adelante podrá hacerse alguna consideración acerca de otras funciones latentes del derecho penal simbólico, manifestadas en su descendiente, el derecho penal del enemigo.<sup>180</sup>

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

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

179. Para Foucault castigar el crimen es una forma de curar la afrenta hecha al poder del soberano. «Pero hay más: la atrocidad de un crimen es también la violencia del reto lanzado al soberano; es lo que va a provocar de su parte una réplica que desempeña la función de sobrepujar esta atrocidad, de dominarla, de triunfar de ella por un exceso que la anula». M. Foucault, *op. cit.*, p. 62.

180. Manuel Cancio Meliá, «¿Derecho penal del enemigo?», en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 68.

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

## Miedo

Uno de los efectos que la CIDH y el Relator Especial de las ONU han encontrado a la criminalización de defensores y defensoras de los derechos humanos es el miedo a continuar realizando sus actividades.<sup>181</sup> Además, el distanciamiento con la autoridad penal hace que sean más propensos a otros riesgos adicionales como atentados contra la vida y la integridad, que nunca se investigan ni se sancionan con la misma agilidad que en los procesos instaurados contra las defensoras y defensores.

[En el 2004,] siempre llamaban al teléfono convencional de Sarayaku, decían que en alguno momento alguien iba a morir, esas amenazas hacían y teníamos registrados los números. Cada vez que nos mandaba nosotros hacíamos una demanda, denunciamos. Entonces yo venía [a Quito] para viajar a Washington [para acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], el viaje yo tenía que venir a las 3 de la mañana y estar aquí 5 y 6 de la mañana y el viaje era por la tarde. [...] Cuando llegamos al terminal me cogieron entre dos. Me cogieron apenas bajamos del bus. Dos con un revólver y me llevaron [...] Me golpearon con la cachea en la parte de la nuca otra cachea me cogió aquí y otra cachea en otra parte. Cuando me dieron el golpe en la nuca me mareó la cabeza, me había caído lo que ellos me dijeron es que debía sacar el caso Sarayaku, que dejara el caso si quería vivir que si no pues que morir como cualquier perro así en la calle.<sup>182</sup>

En países como Colombia donde existe un gran número de defensores y defensoras de los derechos humanos, desaparecidos o ejecutados extrajudicialmente, ser un defensor o defensora de los derechos humanos se convierte en una tarea extremadamente peligrosa. En sociedades donde no existen grados de violencia tan altos, como en la ecuatoriana, resulta políticamente menos costoso encerrar o al menos enjuiciar a defensores y defensoras de los derechos humanos antes de cometer este tipo de actos.

Los efectos de la criminalización en este sentido van por dos vías, en primer lugar logran que defensores y defensoras de los derechos humanos tengan temor de realizar los actos que tradicionalmente han realizado dentro del uso de su derecho a la resistencia, al desobedecer órdenes judiciales, adminis-

181. CIDH, *Segundo informe...*, párr. 51-52.

182. Entrevista a M. Santi.

trativas o legislativas en defensa de los derechos humanos. Pero, además, consiguen que estas personas dejen de practicar sus actividades o al menos tengan que dedicarle gran cantidad de tiempo y recursos a la defensa que tienen que montar, ante las acusaciones penales que se han formulado en su contra. Es decir, la criminalización de defensores y defensoras de los derechos humanos tiene un doble beneficio político para el Estado, ya que al mismo tiempo que defiende su autoridad previene la desobediencia que puede haber a sus designios, además desmoviliza a grupos que puedan estar organizándose en contra de los intereses que están siendo defendidos por los Estados.

La privación de la libertad es un acto violento y lesivo a los derechos fundamentales de la persona humana. La sola amenaza de sufrir una pena privativa de la libertad genera miedo en el trabajo diario de los defensores de derechos humanos. En algunos casos generará autocontención, en otros un temor constante.

Durante todo el tiempo que duró el juicio, la angustia acompañaba a mis hijos. Se hizo público el juicio penal en mi contra por supuestas «injurias calumniosas» y las personas preguntaban y decían a mis hijos en la calle que cómo me iba defender, que me iba a meter a la cárcel porque el gobierno tenía mucho poder, esto puso nerviosos a los niños. Aunque se mantuvieron con sus calificaciones estables en la escuela, el cambio en el estado de ánimo fue notorio. Me preguntaban diariamente cómo estaba el juicio, cómo me iba a defender, y si me sentenciaban, cómo iba a pagar el monto de dinero que solicitaba el ministro en su juicio. A nivel personal, tuve una alteración emocional. Un estrés constante lo cual alteró mi salud y tuve una baja considerable de peso, falta de sueño y consumo de pastillas para conciliar el sueño.<sup>183</sup>

## **Desmovilización**

Como dan cuenta estos testimonios, la criminalización se convierte en un poderoso agente de desmovilización social y una forma efectiva de prevenir que defensoras y defensores de los derechos humanos realicen sus actividades.

Desde que inició el juicio ha implicado limitar mis viajes al exterior que eran viajes de trabajo, se vieron limitados mis ingresos toda vez que tuve que dejar de tomar algunas consultorías porque debía concentrarme en mi defensa y a viajar constantemente a la Amazonía a socializar mi caso porque había

183. Entrevista a M. Chuji.

información tergiversada que se transmitía por los medios de comunicación estatales.<sup>184</sup>

A pesar de que las acciones de resistencia que entorpecen la actividad estatal son realizadas generalmente por toda la colectividad, el Estado no se puede permitir el costo político de criminalizar a todas las personas que participan. Resulta mucho más efectivo, y mucho más acorde a la función simbólica del derecho penal, perseguir penalmente, en general, a quienes lideran estos actos de resistencia; es decir, a los defensores y defensoras de los derechos humanos. El beneficio de la criminalización va en el sentido de que si se cumplen sus objetivos logra desincentivar el ejercicio del derecho a la resistencia y a la misma participación activa dentro de una organización.

Pero, cuando no lo consigue, al menos logra que las personas que dirigen a estos pueblos y nacionalidades tengan que gastar gran parte de su tiempo y sus recursos económicos en defenderse en largos y engorrosos procesos, los cuales aunque generalmente no concluyan en una condena, finalmente implican un riesgo elevado de que se limite su libertad, con las afectaciones familiares y personales que esto conlleva.

[É]ramos casi un buen grupo de muchachos que hicimos «campamentos de paz». Estuvimos distribuidos en siete «campamentos de paz». Ya en los propios enfrentamientos 2003, 2004 las demandas vinieron como lluvia sobre nosotros. [A mi me acusaron por terrorismo] Casi todos los dirigentes [teníamos orden de captura], dirigentes y por digamos en palabras comunes activistas, tuvimos que escondernos, refugiarnos en Sarayaku. Sabíamos que habían emitido boletas de detención. [Estuve refugiado] casi un año, un año y más que no podía andar libremente. [Por ese año no pude participar en] nada, nada hasta salir al Puyo era jodido para nosotros.<sup>185</sup>

Cada vez menos personas se atreven a tomar la iniciativa de ser líderes dentro de colectivos, pueblos y nacionalidades por el riesgo de enfrentar este tipo de procesos.

## Impacto social y familiar

La criminalización a defensores y defensoras de los derechos humanos tiene implicaciones más allá del espacio político. A pesar del mito de que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, la realidad es que una

184. *Ibid.*

185. Entrevista a M. Santi.

persona sometida a un proceso penal corre un alto riesgo de perder su libertad personal. Sin libertad personal existen otras afectaciones tales como no poder trabajar y por tanto el perjuicio económico generado a estas personas y sus dependientes, además del tiempo o la alteración que se pueda provocar al proyecto de vida que conlleva, no solo una condena si no también el proceso penal.

La sentencia se difundió el día jueves 24 de noviembre en horas de la noche. Me encontraba en la Universidad Central en un evento sobre la presentación de un libro a la que me acompañó mi hija. A las 7 de la noche todos los medios de comunicación difundían la sentencia. Yo intentaba que mi hija no se enterara de la misma, pero no pude evitarlo. A las 8 de la noche me prestaba a dar declaraciones a los medios de comunicación, mi hija estaba junto a mí y en eso los periodistas me preguntaron que si sabía que me había sentenciado a 1 año de prisión y el pago de 100 mil dólares. La reacción de mi hija fue inmediata. Me dijo llorando: «mamá no quiero que te vayas a la cárcel. Qué vamos hacer sin ti» [...]. Hubo una angustia total en la comunidad y en la familia en particular.<sup>186</sup>

Además, siendo el Estado el que persigue a la persona, usando el sistema penal, es de esperar que el propio Estado no preste una defensa gratuita efectiva, en caso de que la persona deba optar por una defensa que no implique un costo económico. Dado que las acciones de resistencia son realizadas generalmente en el ámbito colectivo, no son afectaciones solamente a la persona sino que el colectivo, grupo, nacionalidad o pueblo tiene que usar los fondos destinados para su organización o movilización social para contratar su defensa.

«Al abogado [...] tuvimos que pagar. [El dinero salió] de nuestra gestión. [...] Es un gasto que realmente no estaba considerado en nada. [Luego nos defendieron los abogados del CDES] si hubiéramos tenido que pagar un abogado privado si hubiéramos tenido que pagar una fortuna para la defensa y no estábamos en capacidad».<sup>187</sup>

Esto significa que estas mismas organizaciones tienen que tomar previsiones a futuro sobre no realizar ciertos actos que faciliten la criminalización de sus miembros. En consecuencia las personas o colectivos procuraran abstenerse de realizar las acciones de hecho a las que estaban acostumbradas, en ejercicio del derecho a la resistencia, para no arriesgarse a que sus dirigentes terminen enjuiciados.

Pero, además, las afectaciones inciden en lo personal, ya que las personas que sufren persecución del Estado, mediante el proceso penal, son extraídas de sus medios familiares. Como narra Marlon Santi, en la entrevista rea-

186. Entrevista a M. Chuji.

187. Entrevista a J. Gualinga.

lizada, mientras él tenía que permanecer escondido en Sarayaku por una acusación por sabotaje y terrorismo, su madre fallecía en una ciudad del Ambato.

Mi mamá llegó a tener una enfermedad fuerte que los hijos no pudimos acompañarle como se debería haber hecho compañía porque en el 2002 ella se enferma y pasa aquí sola, nosotros estábamos en Sarayaku. Entonces nosotros con tantos campamentos que teníamos que estar allá adentro entonces ella muere en un hospital de Ambato sola sin la presencia los hijos, eso nos dolió bastante. Bueno ella lo que decía es que la comunidad nos necesitaba, nos necesitaba bastante y que ella si estaba gravemente enferma, pues que eran los últimos días pero que nosotros estuvieran allá, pero a pesar de eso a mí personalmente, a todos los hermanos nos preocupaba porque no hubo un tiempo de estar con ella.<sup>188</sup>

Carlos Pérez, en su entrevista, habla de cómo su esposa que sufría de cáncer terminal, estuvo en la peor parte de su enfermedad mientras él estaba procesado por un cargo de sabotaje y terrorismo y cómo finalmente mientras esperaba la sentencia del caso, su esposa fallecía en la ciudad de Cuenca.

En la familia se ha generado mucha preocupación de mi mujer, de mi madre, de mis hijas, de mi suegra y en general de toda mi familia. Durante este tiempo [del proceso de sabotaje y terrorismo] mi compañera, madre de mis hijas estuvo mal de salud, lo que nos llevó a que pasemos mayor tiempo en Quito para que se pueda realizar las terapias ya que ella poseía cáncer a la sangre lo que le generó la muerte. Ella era una luchadora del agua, siempre me apoyaba y estaba atenta de todas las cosas. Si algo me impactó tanto en mi vida fue la partida prematura de mi compañera que era mi compañera de sueños, era mi complemento ideal que cuando yo ingresaba a la cárcel ella ejercía su resistencia. Ella era tan sencilla, tan fuerte, tan profunda que sacaba lágrimas a la gente. Ella era muy sensible, si tengo algo de sensibilidad es gracias a ella. Ella escribía mucho, ella adivinaba lo que yo pensaba, ella se adelantaba a las cosas yo no requería decir. A ella le afectó mucho la persecución, ella sospechaba lo que iba a pasar, era muy detallista, era muy observadora, ella sentía cuando la policía estaba rondando la casa cuando yo ni me sospechaba, ni lo sabía, ella encontraba a los policías civiles cerca de la oficina. Ella sabía quién estaba con nosotros y quién no. Aquí en el páramo siempre le veo a ella en las gotitas de agua que caen sobre Kimsacocha.<sup>189</sup>

En términos generales, los impactos a la vida de las personas que son acusadas por este tipo de acusaciones, incrementa el riesgo del trabajo que realizan y socialmente hace que la defensa de los derechos humanos no sea una

188. Entrevista a M. Santi.

189. Entrevista a C. Pérez.

actividad apreciada en los círculos sociales, familiares, profesionales, quienes por el afecto a la persona podrían presionarle para que abandone la actividad. Es una cuestión de preocupación el hecho de que adoptar el camino de la defensa de los derechos humanos implique hacer cada vez un sacrificio más elevado.

Para muchos defensores y defensoras de los derechos humanos esto implica una preocupación adicional para ellos y sus familias. Deben considerar que su actividad puede implicar una separación prolongada de sus seres queridos y esto genera además otro tipo de preocupaciones que hace más difícil la decisión de ponerse en posición activa en el ejercicio del derecho a la resistencia, pero además en la organización social.

### **Desprestigio del discurso y del sujeto**

Un entrevistado (que pidió reserva de su identidad), reconocido defensor de los derechos humanos, manifestó que en una ocasión fue acusado de sabotaje y terrorismo por haber participado en una medida de hecho, a pesar de no haber sido condenado, cada vez que viaja fuera del país por asuntos de su trabajo, le detienen para interrogarle en los aeropuertos. Otros países no dimensionan cómo el tipo penal de terrorismo es utilizado en un sentido excesivamente amplio y lógicamente se preguntan por qué esta persona fue acusada de estas acciones.

La palabra terrorista tiene una función dentro del lenguaje para convocar las imágenes de las atrocidades con que nuestras mentes las relacionan. Nombrar a alguien terrorista es una forma extremadamente fácil de estigmatizarla y que se convierta en ese enemigo de la sociedad que, estando fuera de ella, puede ser tratado con todos los excesos que los gobiernos crean necesarios sin levantar la solidaridad de la población.

En relación a la propuesta que Sarayaku tiene presentando de mantener fuera de la explotación petrolera, de ser zona libre de explotación petrolera es uno de los puntos más fuertes que Sarayaku ha enfrentado. Por ejemplo cuando en el 2002 la CGC incursionó arbitrariamente con las fuerzas armadas Sarayaku fue considerado un país aparte, un Estado dentro de otro Estado donde no respetábamos las leyes las instituciones y éramos un pueblo violento y terrorista esos calificativos y dentro de eso nuestro apellido Gualinga ha sido muy acusado.<sup>190</sup>

La criminalización de la defensa de los derechos humanos también descredita las causas de los grupos que deciden resistir. No es solo el hecho de

190. Entrevista a J. Gualinga.



etiquetar a las personas como terroristas, finalmente se les genera un historial delictivo que afecta su credibilidad.

«El proceso penal afectó a la organización por el hecho de ser estigmatizados como criminales como tiras piedras como beligerantes, como que no hacemos una resistencia pacífica sino agresivos pero al mismo tiempo antes de bajar los ánimos la gente se fortaleció más».<sup>191</sup>

El haber sido procesado, aunque no se haya encontrado responsabilidad, implica un estigma que afecta incluso las actividades posteriores.

Como existe una sentencia en mi contra emitida por el juez competente, he sido víctima de gritos de parte de militantes oficialistas diciéndome mentirosa, calumniadora. Esto a raíz de que en una de sus cadenas sabatinas el Presidente de la República expresara que a mí me han enjuiciado «por mentirosa» eso ha avivado los ánimos de sus militantes del oficialismo que en algunas ocasiones he sido tildada de calumniadora. Y claro, como existe una sentencia yo no puedo defenderme en esos contextos. Eso hace que los efectos duren hasta la actualidad incluso sobre mis hijos.

## ¿CÓMO EVITAR LA CRIMINALIZACIÓN?

### ¿LEGISLAR O NO SOBRE EL DERECHO A LA RESISTENCIA?

**Si no es ilegal, no es resistencia.**

**El reconocimiento de la protesta como acto político legítimo**

El derecho a la resistencia implica desobedecer una orden expresa de origen legal o que emane de autoridad pública. En un contexto donde prácticamente todas las acciones sociales, medidas de hecho, protesta fuera de los cauces institucionales constituyen un delito, el derecho a la resistencia es inevitable.

En países como Ecuador, en donde hablar del desempeño de un funcionario público puede ser una injuria calumniosa y, por tanto, dar lugar a reparaciones económicas y a prisión, el propio hecho de practicar la libertad de expresión es ya ejercer el derecho a la resistencia.

La primera forma de evitar que actos legítimos como críticas al gobierno desde las calles, o desde los medios de comunicación, deje de ser un ejercicio del derecho a la resistencia y que, por tanto, las personas no tengan que enfrentar las consecuencias legales de sus actos es, precisamente, limitar su potestad punitiva.

191. Entrevista a C. Pérez.

Una manera es el respeto al derecho de uso del espacio público. Como ya lo ha determinado la CIDH, el uso del espacio público también es un derecho fundamental relacionado con el ejercicio a la libertad de expresión. El espacio público no debería estar limitado a cuando se cuenta con autorización para su uso por parte de las autoridades públicas.<sup>192</sup> Las manifestaciones realizadas en espacios públicos deberían ser toleradas por las autoridades. Aun cuando no se cuenten con los permisos de las autoridades deben ser accesibles para todas las personas. En donde deben intervenir los Estados es en garantizar la seguridad de los participantes, por ejemplo para prevenir enfrentamientos con otras personas que traten de impedir una manifestación pública o que, también en uso de sus legítimos derechos, traten de exponer la posición contraria, pero en ese caso no es una potestad represiva del Estado sino de protección a las dos partes que se manifiestan.<sup>193</sup>

Otro mecanismo importante es la implementación del principio de lesividad<sup>194</sup> y, mediante su aplicación limitar el uso abusivo del poder del Estado para regular la actividad social. En este sentido, tres delitos cuya derogación es urgente para evitar la criminalización de la defensa de los derechos humanos son: el sabotaje y el terrorismo, la obstaculización de vías públicas y las injurias a funcionarios públicos.

### **Si es democrático, ¿para qué resistirse?**

En una sociedad, en la cual existen espacios suficientes para presentar opiniones diversas ante las mayorías que tienen el poder representativo en órganos como la Asamblea Nacional, el utilizar vías de hecho o tomar acciones en contra de la ley para hacer escuchar su voz, no es necesario. En especial si se respetan las vías ya establecidas para el efecto en la Constitución.

El art. 1 de la Constitución ecuatoriana consagra al Ecuador como Estado plurinacional. La idea de la plurinacionalidad supera la comprobación fáctica de la multiculturalidad y la eleva a una categoría de organización y conformación del Estado. La plurinacionalidad significa que más allá de la conformación tradicional del Estado donde una nación es la que se identifica con la existencia de este, en el Estado ecuatoriano coexisten varias nacionalidades, y cada una debe de tener el derecho a expresar su opinión con respecto a la manera en que se está conduciendo al Estado.

192. Cfr., CIDH, *Segundo informe...*, párr. 136-138.

193. Cfr., CIDH, *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009, párr. 142.

194. Cfr., L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, p. 464-480.

Esta plurinacionalidad, para que sea real, implica que todas las nacionalidades que integran el Estado ecuatoriano deben de tener el mismo derecho de voz y voto dentro del ámbito nacional. Eso significa que, superando las relaciones de colonialismo que han marcado las relaciones entre Occidente y el mundo indígena, el Estado plurinacional ecuatoriano tiene que reconocer la diversidad dentro del Estado y escuchar también las voces de los pueblos y nacionalidades indígenas.

La consulta previa es el mecanismo que tiene el Estado central para recabar la opinión de los pueblos y nacionalidades indígenas sobre leyes o proyectos en su territorio que pueda afectarlos. De existir una consulta previa adecuada, que asegure que se va a respetar la decisión de las comunidades indígenas, se asegura que esas comunidades no tendrán que, precisamente resistirse para defender ese territorio y por falta de consulta previa, resistirse a las decisiones que tome ese Estado.

### **Si los derechos son tutelados, ¿para qué salir a las calles?**

La justicia constitucional debe proveer lo que Alexy llama una representación argumentativa,<sup>195</sup> que significa que el peso de los derechos no debería depender de que sean defendidos por mayorías o minorías, sino el peso que deben tener es el peso que tienen los argumentos al analizarlo en el caso concreto y de acuerdo a los estándares de derecho aplicables.

Si la Corte Constitucional se convierte, como en otras latitudes, en un verdadero árbitro dentro de la sociedad y en defensora de la Constitución y de los derechos fundamentales, esa jurisdicción constitucional será una vía efectiva para que las personas puedan buscar la tutela de sus derechos y así no deban acudir a medidas de hecho. Para esto se requieren juezas y jueces activos e independientes, que se tomen en serio el rol protagónico que les fue asignado en la Constitución de 2008.

### **Si se opta por la resistencia, ¿se puede aún aplicar el derecho de forma democrática?**

Como se analizó en el capítulo I, aun cuando todas las instancias institucionales hayan sido agotadas, dentro de una discusión de varias partes que tienen interpretaciones distintas de la Constitución, el derecho a la resistencia

195. Cfr., R. Alexy, «Los derechos fundamentales...», p. 40.

sigue siendo ese mecanismo por el cual las personas pueden tratar de proteger sus derechos fundamentales en contra de una decisión que, están convencidos, vulnerará sus derechos. Cuando esto ocurre, el Estado tiene que preguntarse si amerita o no la aplicación del derecho penal en contra de estas personas, siendo esta posibilidad de *ultima ratio* dentro del abanico de las posibilidades que tiene el Estado para la garantía de los derechos de las personas que están dentro de su jurisdicción.

Celso Lafer, analizando la obra de Hannah Arendt *Crisis of the Republic*, expresa que la permisividad de un Estado ante la desobediencia civil, no necesariamente lleva a un aumento en la criminalidad y la demostración estaría en la propia historia:

La distancia entre el derecho formalmente válido y la realidad social no significa, sin embargo, que la desobediencia civil pueda ser considerada como una variante adicional de la creciente conducta ilícita. En otras palabras, no es la falta de durabilidad de la ley, la incompetencia de la policía, la inercia del sistema cancelario o la inadecuación del poder judicial lo que motiva la desobediencia civil. La desobediencia civil tiene una especificidad propia, que Hannah Arendt vincula al tema de la obligación política en su acepción prescriptiva, mencionando que en los Estados Unidos fue, entre otras cosas, una reacción a la segregación racial, a la guerra de Vietnam y a la presencia creciente de los servicios secretos en la vida pública.<sup>196</sup>

Con este fin se pueden hallar vías políticas y judiciales. La vía política sería la amnistía, que como ya se analizó en el capítulo I, sirvió para dejar sin efecto decenas de juicios en contra de defensores y defensoras, además de constituirse en un reconocimiento de su trabajo. La vía judicial debe tomar en cuenta el principio de oportunidad, sobre todo cuando no existen lesiones a bienes jurídicos protegidos o si de existir son susceptibles de reparación económica. Otra vía judicial puede ser la ponderación, en especial cuando luego de los actos de resistencia se determina que quienes resistían tenían razón en sus reivindicaciones, en cuyo caso el medio por el cual se tuteló el derecho (la resistencia) puede resultar proporcional al daño provocado por la misma.

El derecho a la resistencia no requiere una institucionalidad específica para su ejercicio, tanto porque es un derecho antisistémico, como por el hecho de que la Constitución de 2008 contiene ya una serie de mecanismos para la participación de las personas y los colectivos en los distintos tipos de decisiones estatales. Lo que se requiere es una apertura al diálogo, que permita que las distintas voces de la sociedad sean realmente tomadas en cuenta. Aun cuando

196. C. Lafer, *op. cit.*, p. 257.

se estipulasen momentos específicos de participación en los procesos de toma de decisiones, estos mecanismos pueden ser formalmente burlados (como ocurre con el derecho a la consulta previa de pueblos y nacionalidades indígenas), por lo que más que instituciones se requiere más vocación democrática.

Finalmente, cuando cae en manos del gobierno central el iniciar o no el impulso de la acción penal, siempre debería primar la tolerancia a las opiniones ajenas. En un auténtico espíritu democrático el gobierno central no debería impulsar la vía penal cuando no han existido daños a los bienes o integridad de otras personas, dado que esta es de último recurso. A pesar de que esto no sería una obligación jurídica, sí resulta un recurso político efectivo, incluso para no generar o alimentar más tensiones de las que ya existen entre las personas que tratan de exigir sus derechos y el Estado. Esta tolerancia es, sin duda alguna, uno de los principios que debe regir una forma adecuada de democracia dentro de un Estado.

# Conclusiones

La resistencia al derecho ha acompañado al desarrollo del Estado y del derecho mismo. Detrás del derecho a la resistencia existe un debate de siglos sobre la justicia, la validez y la legitimidad del poder. Mientras los Estados cumplan con su objetivo de respetar y garantizar los derechos humanos, el derecho que sostiene su poder debe ser cumplido, sin embargo ese derecho no puede convertirse en mecanismo de opresión para imponer regímenes que han desviado sus fines hacia la satisfacción de intereses personales o de grupo. Esto que es cierto en cuanto a la legitimación (o deslegitimación) de todo el sistema, lo es también en cuanto a ciertas decisiones que desconocen los derechos humanos. El derecho a la resistencia, consagrado en la Constitución ecuatoriana de 2008, en principio, es un derecho que se ejerce contra una acción u omisión concreta, por lo que no implicaría el desconocimiento del sistema si la posibilidad de corregirlo.

El derecho a la resistencia es un derecho-garantía. Por una parte es un derecho fundamental cuya aplicación requiere de dos presupuestos: (i) la violación o la amenaza a un derecho fundamental, y (ii) que el Estado, mediante sus instituciones, no dé respuestas efectivas ante este hecho.

Como derecho fundamental, además, genera obligaciones al Estado, que no pueden ser determinadas sino mediante el análisis de casos concretos. La obligación que se deduce lógicamente de su reconocimiento es que el Estado no puede prohibir, sino garantizar los actos de resistencia mediante los mecanismos que estén a su disposición sin dejar de cumplir su obligación de proteger a los demás miembros de la sociedad.

Esto sumado al elemento subjetivo de la interpretación de la norma constitucional, que hace que no sea adecuado limitar la capacidad de reacción y defensa de las personas cuyos derechos están en peligro. Las normas relacionadas con el derecho a la resistencia deberían formularse en sentido negativo, es decir eliminar los obstáculos para su ejercicio o abriendo cada vez más canales de diálogo intercultural y democrático que hagan que no sea necesario acudir a este recurso.

Sin embargo, en un sistema en el coexisten varios derechos de la misma jerarquía, todo derecho está limitado por el ejercicio de los demás derechos.

Las distintas circunstancias en las que podría ejercerse el derecho a la resistencia, hacen que limitarlo de forma general no sea conveniente. Los límites a este derecho se establecerán cuando colisione con otros derechos, es decir en casos concretos resueltos por las autoridades competentes. No obstante las graves violaciones a los derechos humanos como al derecho a la vida, constituirían en principio un límite claro a lo que pueden hacer las personas o colectivos que resisten.

El derecho a la resistencia es además una garantía, en el sentido que permite, como último recurso, que no se llegue a violar un derecho mediante la autotutela que ejercen sus titulares. En esto se asemeja al derecho a la tutela judicial efectiva, los derechos-garantía complementan a los demás derechos y operan cuando se requiere tomar acciones efectivas para tutelarlos.

Toda decisión estatal (legislativa, administrativa o judicial) implica una interpretación constitucional. Cuando esa interpretación se confronta con la que hacen las personas o colectivos sobre lo que «dice» la Constitución, el conflicto debería ser resuelto mediante canales políticos o judiciales, antes que mediante la imposición por la fuerza de la interpretación estatal. En lo político resulta fundamental la apertura al diálogo con los distintos actores sociales, independientemente de su representación política. Mientras que el campo judicial, la Corte Constitucional, como ente facultado para arribar a interpretaciones generalmente obligatorias de la Constitución, debe garantizar la posibilidad de un debate argumentado entre las distintas posiciones y dar la seguridad a la población de tener un órgano que limita efectivamente al poder basado en los derechos fundamentales. Si estas vías institucionales no funcionan, el derecho a la resistencia es el recurso que queda para proteger los derechos humanos.

La Constitución establece que todas las personas tienen la obligación de respetarla. Esta es una tarea a la que no solamente están obligadas las autoridades sino todas las ciudadanas y ciudadanos. Los defensores y defensoras de los derechos humanos que se colocan, desde la sociedad civil, en la tarea de exigir al poder público y a los grupos de poder económico y social, respeto a los derechos humanos, realizan una tarea cívica y fundamental dentro del Estado de derechos y justicia. Dicha tarea debe ser premiada y reconocida por la sociedad en lugar de ser criminalizada, como actualmente ocurre en Ecuador y en Latinoamérica. Las personas que deciden desobedecer las decisiones de las autoridades públicas en aras de la protección de los derechos humanos, son personas que generan o enriquecen el debate democrático y que, además, evitan que un acto inconsulto o arbitrario por parte de la administración pública llegue realmente a lesionar los derechos de los seres humanos dentro del Estado.

Aun en Estados como Ecuador, en donde persisten las herramientas de la dictadura militar para perseguir a los adversarios políticos, existen otros elementos en el sistema que permiten la defensa de las personas criminalizadas.

Los estándares internacionales impuestos por la Corte IDH, sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la intervención penal, el principio de legalidad aplicado a la configuración de los tipos penales, los estándares de debido proceso o la necesidad de motivación, son recursos para limitar el arbitrario uso del derecho penal. La mala calidad de las sentencias dictadas en Ecuador en contra de defensores y defensoras de los derechos humanos depende de factores como la ineptitud de los y las operadoras de justicia, así como de la deficiente separación de poderes dentro del Estado, y dan pie para el inicio de acciones internacionales en contra del Estado. Los informes sobre criminalización, la defensa penal desde la perspectiva de derechos humanos y la presentación de casos ante instancias internacionales siguen teniendo vigencia como mecanismos de denuncia sobre la situación de defensores y defensoras que tienen efectos a mediano y largo plazo, como las amnistías o las sentencias e informes internacionales en contra del Estado.

Todas las personas dentro de un Estado deberían ser defensoras y defensores de los derechos humanos y, en ejercicio de esta actividad, deben poner por encima el respeto a la Constitución y a los derechos humanos, al respeto de las autoridades públicas. Es así como el derecho a la resistencia es una medida cautelar extraordinaria, por medio de la cual las personas y los colectivos protegen, en última instancia, aquellas violaciones a los derechos fundamentales de las personas, pueblos y nacionalidades.

El ejercicio de la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza es, en el contexto latinoamericano y nacional actual, una situación de alto riesgo. El sufrimiento personal y familiar que genera la criminalización de esta actividad es recurso efectivo de disuasión desde el poder. Que las personas dejen de exigir el cumplimiento de sus derechos tiene consecuencias nefastas para una democracia, por lo que las acciones para evitar la criminalización de la defensa de los derechos humanos son urgentes.

En un Estado de derechos y justicia es fundamental la pluralidad en cuanto a las opiniones respecto de cómo el Estado se debe llevar, al respetar los derechos fundamentales. Es importante además que se tome en cuenta que, siendo este un Estado plurinacional, existen varias cosmovisiones y varias formas de ver el desarrollo, la economía y la forma de vida de los grupos que componen este Estado plurinacional. Es por eso que se debe eliminar todos los obstáculos para que exista un diálogo democrático auténtico en el que pesen más los derechos y no el número de representantes en una asamblea.

Pero además, en un Estado donde se valoren todas las opiniones, donde lejos de criminalizar la defensa de los derechos humanos, se le dé a las personas y colectivos el suficiente espacio y el suficiente peso a sus opiniones, no habrá necesidad de hacer respetar sus derechos mediante la desobediencia a las autoridades y a las leyes vigentes. Solo de esta manera el derecho a la resis-



tencia, que debería ser un recurso extraordinario, será eso y no la única vía de las personas que por siglos no han tenido voz dentro del Estado y que, ahora en el estado constitucional de derecho, esperan que la situación sea diferente.

Si bien el derecho a la resistencia es un derecho fundamental en los términos de la Constitución de la República de 2008, es también un recordatorio constante para quienes ejercen el poder público porque no tienen la verdad en sus manos y siempre deben escuchar a aquellas personas por las cuales accedieron al poder y a las cuales tienen que servir. Entonces el derecho a la resistencia será lo que debe ser, un recordatorio de que se deben escuchar todas las voces dentro de un Estado para construir una verdadera democracia.

Finalmente, el derecho a la resistencia es la última barrera, el último recurso que tienen las personas y los colectivos para conseguir el respeto de la Constitución y de los derechos fundamentales. La idea de la autotutela es poderosa, porque devuelve no solo el derecho a las personas, sino también el sentido al derecho. Si el Estado falla es indispensable que alguien defienda la Constitución, así el derecho a la resistencia lejos de ser un factor desestabilizador, es un aporte para la vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales del ser humano y de los pueblos.

# Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo, «El llamado «Derecho penal del enemigo» y el ocaso de la política criminal racional: El caso argentino», en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coord., *El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, B. de F., p. 53-78, 2006.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. en verso castellano por Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2a. ed., 2008.
- «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2a. ed., p. 31-48, 2005.
- «Una defensa de la fórmula de Radbruch», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, No. 5, La Coruña, Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, p. 75-96, 2001.
- Amnistía Internacional, «Guantánamo, Bagram and Illegal U.S. Detentions», en *Amnistía Internacional*, <<http://www.amnestyusa.org/our-work/issues/security-and-human-rights/guantanamo>>. Consulta: agosto de 2013.
- *Guantánamo: 10 años de derechos pisoteados*, 1 noviembre 2012, en *Amnistía Internacional*, <<http://www.amnesty.org/es/news/guantanamo-10-anos-derechos-pisoteados-2012-11-01>>. Consulta: agosto de 2013.
- Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.
- Appleby, Joyce, y Terence Ball, edit., *Jefferson: Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Balkin, Jack, «Fidelity to Text and Principle», en Jack Balkin y Reva Siegel, edit., *The Constitution 2020*, Nueva York, Oxford Press, p. 11-24, 2009.
- «The Roots of Living Constitution», en *Boston University Law Review*, vol. 92, No. 4, julio, Boston, Boston University Press, p. 1.129-1.160, 2012.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 3a. ed., 2000.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., 2001.
- Buitrón, Laura, et al., *Aztra: perdón y olvido de una masacre*, Quito, Centro de Educación Popular, 1985.
- Caetano, Gerardo, «Distancias críticas entre ciudadanía e instituciones. Desafíos y transformaciones en las democracias de la América Latina contemporánea», en Ge-

- rardo Caetano, comp., *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*, Buenos Aires, Clacso, p. 243-270, 2006.
- Cancio Meliá, Manuel, «¿Derecho penal del enemigo?», en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson Civitas, p. 93-116, 2003.
- Canosa, Raúl, «Derecho a la resistencia. Evolución histórica, esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana», en Antonello Tarzia et al., *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, p. 36-90, 2011.
- Chomsky, Noam, «*Nothing Can Justify Torture*»: *An Interview With Noam Chomsky on Obama's Human Rights Record*, 12 de diciembre de 2012, en *Counterpunch diario digital*, <<http://www.counterpunch.org/2012/12/12/an-interview-with-noam-chomsky-on-obamas-human-rights-record/>>. Consulta: agosto de 2013.
- *Turning the Tide. US Intervention in Central America and The Struggle for Peace*, Boston, South End Press, 1985.
- Cordero Heredia, David, «La ley de drogas como sistema jurídico paralelo», en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 187-216, 2009.
- Cornejo Menacho, Diego, *¡Que se vaya! Crónica del buaramato*, Quito, Edimpres, 1997.
- De Aquino, Santo Tomás, *Suma de teología*, t. II, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.
- De la Torre, Carlos, «Protesta y democracia en Ecuador: la caída de Lucio Gutiérrez», en Margarita López Maya, *Luchas contrahegemónicas y cambios políticos recientes de América Latina*, Quito, Clacso, p. 197-230, 2008.
- De Sousa Santos, Boaventura *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005.
- Díaz Salazar, Holger, *El movimiento indígena como actor social a partir del levantamiento de 1990 en el Ecuador: emergencia de una nueva institucionalidad entre los indígenas y el Estado entre 1990-1998*, Quito, 2001, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2750/1/T0146-MRI-D%c3%adaz-El%20movimiento.pdf>>. Consulta: agosto de 2013.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.
- Elizalde, Marco, y Xavier Flores, «El derecho constitucional a la resistencia en el constitucionalismo ecuatoriano. Análisis jurídico para una interpretación integral de este derecho-garantía», en *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, p. 111-140, 2011.
- Escalante Gonzalo, Fernando, *La política del terror. Apuntes para una teoría del terrorismo*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1990.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 6a. ed., 2004.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2005.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.

- Franco, Giuseppe, y Antonello Tarzia, «Derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo. El particular caso ecuatoriano», en Antonello Tarzia *et al.*, org., *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, p. 13-35, 2011.
- Fuentes Morúa, Jorge, Guillermo Michel y Alberto Arroyo Picard, *Chia-Paz 7 años: recuento, balance y perspectivas*, México DF, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.
- García Amado, Juan Antonio, «El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs», en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coord., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. I, Buenos Aires, B. de F., p. 887-924, 2006.
- Gargarella, Roberto, «El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema», en Roberto Gargarella, edit., *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Miño y Dávila Ed., p. 13-48, 2005.
- «La dificultosa tarea de la interpretación constitucional», en Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 123-148, 2008.
- «La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal», en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, coord., *Violencia y derecho*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, p. 295-320, 2004.
- Garzón, Baltasar, y Vicente Romero, *El alma de los verdugos*, Barcelona, RBA Libros, 2008.
- Hernández, Miguel, *El derecho constitucional a la resistencia. ¿Realidad o utopía?*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Madrid, Alianza, 11a. ed., 2009.
- Jakobs, Günther, «¿Terroristas como personas en derecho?», en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coord., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. II, Buenos Aires, B. de F., p. 77-82, 2006.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México DF, Éxodo, 2007.
- Klein, Naomi, *The Shock Doctrine : The rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Picador, 2007.
- «Carta abierta a Rafael Correa», 12 de marzo de 2009, en *Rebellion*, <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=82273>>. Fecha de consulta: noviembre de 2014.
- Knappman, Edward, edit., *Great American Trials*, Detroit, Visible Ink, 2003.
- Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Locke, Jhon, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 3a. ed., 1990.
- Martorell, Francisco, *Operación Cóndor. El vuelo de la muerte*, Santiago, LOM, 1999.
- Marx, Karl, y Friedrich Engels, *Manifiesto del Partido Comunista*, Caracas, Monte Ávila, 2007.
- McCoy, Katherine E., «Trained to Torture? The Human Rights Effects of Military Training at the School of the Americas», en *Latin American Perspectives*, vol. 32, No. 6, noviembre, Riverside, SAGE, p. 47-64, 2005.

- McSherry, Patrice, «Operation Condor as a Hemispheric Counterterror Organization», en Cecilia Menjivar y Néstor Rodríguez, edit., *When States Kill: Latin America, the U.S., and Technologies of Terror*, Austin, University of Texas Press, p. 28-56, 2005.
- Mora Altamirano, Eduardo, *Desobediencia civil: de Thoreau a Gandhi y Martin Luther King, Jr.*, Quito, Universidad de los Hemisferios / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Negro Pavón, Dalmacio, «Derecho de resistencia y tiranía», en *Logos. Anales del seminario de metafísica*, No. extra, Madrid, Ed. Complutense, p. 683-708, 1992.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Programa Andino de Derechos Humanos, «Balance de la situación de derechos humanos 2011», en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Informe sobre derechos humanos Ecuador 2011. Versión ampliada*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, p. 13-30, 2012.
- Randle, Michael, *Resistencia civil*, Buenos Aires, Paidós, 1998.
- Rao, Rahul, *Third World Protest. Between Home and The World*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., 1995.
- Rodríguez-Arana, Jaime, «El derecho a la resistencia en la Constitución ecuatoriana: notas sobre la efectividad de la protección de los derechos constitucionales», en Marco A. Elizalde Jalil et al., *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, p. 91-110, 2011.
- Roudinesco, Elizabeth, *Nuestro lado oscuro. Una historia de los perversos*, Barcelona, Anagrama, 2009.
- Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Madrid, Aguilar, 2a. ed., 1970.
- Saad Herrería, Pedro, *La caída de Mahuad*, Quito, El Conejo, 2000.
- SOA Watch, «SOA grads», en *SOA Watch*, <<http://www.soaw.org/soaw/media/soagrads.xls.zip>>. Fecha de consulta: agosto de 2013.
- Thoreau, Henry David, «La desobediencia civil», en Irving Louis Horowitz, comp., *Los anarquistas I. La teoría*, Madrid, Alianza, p. 367-377, 1982.
- Trujillo, Rodrigo, y Mélida Pumalpa, *Criminalización de los defensores y defensoras de derechos humanos en Ecuador*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), 2011.
- Walzer, Michael, *Obediencia y desobediencia civil en una democracia*, Buenos Aires, Edisar, 1976.
- Youngers, Coletta, y Eileen Rosin, *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U. S. Policy*, Washington DC, Washington Office on Latin America (WOLA), 2004.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, EDIAR, 2006.
- , *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, EDIAR, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 2a. ed., 2002.

## Cuerpos normativos Jurisprudencia e informes internacionales

- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 2000/61, aprobada en el 65o. período de sesiones, 26 de abril de 2000, en *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, <[http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/SRHR\\_DefendersIndex.aspx](http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/SRHR_DefendersIndex.aspx)>. Consulta: agosto de 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Decisión de crear la Relatoría de defensores y defensoras de derechos humanos, en el marco del 141o. período de sesiones de la CIDH, en *CIDH*, Washington DC, en *Organización de los Estados Americanos*, <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.asp>>. Consulta: abril de 2015.
- *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009.
- Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124 doc. 5 rev.1, Washington DC, 7 marzo 2006.
- Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., Washington DC, 22 octubre de 2002.
- Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, Washington DC, 31 diciembre 2011.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, en <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>>. Consulta: agosto de 2013.
- Corte Constitucional, *001-10-SIN-CC*, MP. Patricio Pazmiño, 18 de marzo de 2010, RO No. 176, Quito, 21 de abril de 2010.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Erçep v. Turquía*, No. 43965/04, Estrasburgo, 22 de noviembre de 2011.
- Corte IDH, Caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni contra Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas, Sgentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, San José.
- Caso pueblo indígena kichwa de sarayaku contra Ecuador. Fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, San José.
- Defensoría del Pueblo, «Informe temático. Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un estado constitucional de derechos», en *Defensoría del Pueblo de Ecuador*, <[http://www.dpe.gob.ec/index.php?option=com\\_jdownloads&Itemid=82&view=finish&cid=54&catid=14](http://www.dpe.gob.ec/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=82&view=finish&cid=54&catid=14)>. Fecha de consulta: agosto de 2013.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>>. Consulta: agosto de 2013.
- Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, Sentencia del juicio por sabotaje y terrorismo No. 17243-2012-0124. Quito, 13 de mayo de 2013.

## Prensa

- Centro de Noticias ONU, «Asesinados dos defensores de derechos humanos en Colombia», 27 de marzo de 2013, en *Centro de Noticias ONU*, <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=26050#.UdnF3kFkMMSM>>. Consulta: agosto de 2013.
- CNN México, «27 defensores de derechos humanos fueron asesinados en 6 años: CNDH», 7 de julio de 2011, en *CNN México*, <<http://mexico.cnn.com/nacional/2011/07/07/27-defensores-de-derechos-humanos-fueron-asesinados-en-5-anos-cndh>>. Consulta: agosto de 2013.
- Contralínea. Periodismo de investigación, «63 defensores de derechos humanos asesinados», 7 de diciembre de 2011, en *Contralínea. Periodismo de investigación*, <<http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2011/12/07/63-defensores-de-dh-asesinados/>>. Consulta: agosto de 2013.
- Ecuador Inmediato, «Defensoría del pueblo vigila caso Luluncoto; se pronunciará si detecta violaciones», 11 de julio de 2012, en *Ecuador Inmediato.com*, <[http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=187257&umt=defensoria\\_del\\_pueblo\\_vigila\\_caso\\_luluncoto\\_se\\_pronunciara\\_si\\_detecta\\_violaciones](http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=187257&umt=defensoria_del_pueblo_vigila_caso_luluncoto_se_pronunciara_si_detecta_violaciones)>. Consulta: agosto de 2013.
- El Comercio, «Caso 10 de Luluncoto», en *El Comercio*, <[http://especiales.elcomercio.com/2013/01/10\\_de\\_luluncoto/](http://especiales.elcomercio.com/2013/01/10_de_luluncoto/)>. Consulta: agosto de 2013.
- «Pepe Aacho conocerá hoy la sentencia», 8 de julio de 2013, *El Comercio*, <[http://www.elcomercio.com/politica/PepeAacho-Pachakutik-terrorismo-sabotaje\\_0\\_952104852.html](http://www.elcomercio.com/politica/PepeAacho-Pachakutik-terrorismo-sabotaje_0_952104852.html)>. Consulta: agosto de 2013.
- El Espectador, «Unos 15 defensores de DD.HH. han sido asesinados en Colombia en 2013», 23 de abril de 2013, en *El Espectador*, <<http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-417871-unos-15-defenso-res-de-ddhh-han-sido-asesinados-colombia-2013>>. Consulta: agosto de 2013.
- El Telégrafo, «Forajidos tardaron un año para enrumbar sus planes», Guayaquil, 3 de febrero de 2013, en *El Telégrafo*, <<http://www.telegrafo.com.ec/actualidad/item/los-forajidos-definen-la-eleccion-presidencial-mas-ideologizada.html>>. Consulta: agosto de 2013.
- Semana, «Cada semana es asesinado un defensor de derechos humanos en Colombia», 5 de marzo de 2012, en *Semana*, <<http://www.semana.com/nacion/articulo/cada-semana-asesinado-defensor-derechos-humanos-colombia/254284-3>>. Consulta: agosto de 2013.
- The Times, «Argentina: back on the rails, but at what cost?», issue 60201, 3 de enero Londres, The Times, 1978.
- «Defensor de derechos humanos: profesión de alto riesgo en México», en *TlapehualagroGro*, <<http://tlapehualagro.com/defensor-de-derechos-humanos-profesion-de-alto-riesgo-en-mexico/sin-censura/>>. Consulta: agosto de 2013.

## Entrevistas

Chuji, Mónica, Quito, 2 de octubre de 2012.

- Gualinga, José, Quito, 22 de junio de 2011.  
 Pérez, Carlos, Kimsacocha, 28 de abril de 2013.  
 Santi, Fernando, Puyo, 1 de mayo de 2013.  
 Santi, Marlon, Quito, 22 de junio de 2011.

### Declaraciones y discursos

- Correa Delgado, Rafael, Discurso de Posesión Mandato 2013-2017 «El capital domina al mundo», pronunciado ante la Asamblea Nacional de Ecuador el 24 de mayo de 2013, audio en *Ivoox*, <[http://www.ivoox.com/24-05-2013-discurso-del-presidente-rafael-correa-la-audios-mp3\\_rf\\_2072830\\_1.html](http://www.ivoox.com/24-05-2013-discurso-del-presidente-rafael-correa-la-audios-mp3_rf_2072830_1.html)>. Consulta: agosto de 2013.
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, trad. en verso castellano de National Archives, 4 de julio de 1776, en National Archives, <<http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>>. Consulta: agosto de 2013.
- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 de agosto de 1789, en Legifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Consulta: agosto de 2013.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, en Naciones Unidas, <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>>. Consulta: agosto de 2013.
- Estado ecuatoriano, «Audiencia sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en Ecuador», llevada a cabo en el 137o. período de sesiones de la CIDH, Washington DC, 28 de octubre a 13 de noviembre de 2009, en *CIDH*, <<http://www.cidh.org/audiencias/137/21.mp3>>. Consulta: agosto de 2013.
- «Audiencia sobre la situación de los defensores de los derechos humanos y defensores del medio ambiente en Ecuador», llevada a cabo en el 146o. período de sesiones de CIDH, Washington DC, 29 de octubre a 16 de noviembre de 2012, en *CIDH*, <<http://www.cidh.org/audiencias/146/15.mp3>>. Consulta: agosto de 2013.



# Últimos títulos de la Serie Magíster

## Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

- 173** Vladimir Bazante Pita, EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
- 174** Susy Garbay, LÍMITES Y ALCANCES DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN: Análisis del proyecto minero Mirador
- 175** Álvaro Román Márquez, INTERCULTURALIDAD, LIBERTAD Y PENA
- 176** Francisco Albuja Varela, EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES: Mecanismos jurídicos para su efectividad
- 177** Ximena Ron Erráez, LA JURISDICCIÓN INDÍGENA FRENTE AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR: ¿pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?
- 178** Fausto Aguilera, EL IMPACTO DE LA CRISIS FINANCIERA Y ECONÓMICA INTERNACIONAL EN LA BANCA DEL ECUADOR
- 179** Gina Benavides Llerena, MUJERES INMIGRANTES EN ECUADOR: género y derechos humanos
- 180** Maurice Sheith Oluoch Awiti, FIESTA E INTERCULTURALIDAD: El rito religioso en Licto
- 181** Rosa Melo Delgado, EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL ACTUAL CONSTITUCIONALISMO ANDINO
- 182** Valeria Gordillo, EL CUERPO BARROCO: Mariana de Jesús, entre lo sagrado y lo profano
- 183** Carlos Guevara, CIUDAD, PODER Y RESISTENCIA: Modernización urbana de Quito, 1895-1932
- 184** Tomás Quevedo, AGUSTÍN CUEVA: NACIÓN, MESTIZAJE Y LITERATURA
- 185** Andrés Mogro, LAS NEGOCIACIONES DE CAMBIO CLIMÁTICO: ¿qué deben hacer los países en desarrollo para despertar?
- 186** David Cordero, LA LETRA PEQUEÑA DEL CONTRATO SOCIAL: Legitimidad del poder, resistencia popular y criminalización de la defensa de los derechos

«La soberanía reside en el pueblo». En este precepto descansa el sistema democrático; sin embargo, en sociedades con una elevada desigualdad social, la participación del pueblo en la toma de decisiones mediante canales institucionales es casi inexistente. Las acciones colectivas y los movimientos sociales surgen, en estos contextos, como la única oportunidad de quienes han sido excluidos del debate político para hacer escuchar su voz.

La protesta social ha conseguido en Ecuador la inclusión o ampliación de derechos en la Constitución y la ley, detener la agenda neoliberal e inclusive revocar de facto el mandato a tres presidentes de la república. La participación popular no institucional en la conducción de los asuntos públicos fue reconocida en la Constitución mediante el derecho a la resistencia.

Sin embargo, la otra cara es la criminalización de la protesta. Sucesivos gobiernos han utilizado al derecho penal como herramienta de amedrentamiento y desmovilización de los movimientos sociales.

El presente trabajo analiza la interrelación del derecho a la resistencia y la criminalización. En él se defiende que la constitucionalización del derecho a la resistencia genera consecuencias jurídicas que alteran el sistema de fuentes del derecho, la aplicación del derecho penal e inclusive la forma en que se conciben los conceptos de participación política y democracia.



*David Cordero (Quito, 1981) es Abogado y Licenciado (2009) por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito (PUCE); Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (2013) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E); Master of Laws (2014) y candidato a Doctor of the Science of Law por la Cornell University Law School. Es profesor de Derecho de la PUCE; ha dictado la asignatura Sistema interamericano de derechos humanos en la UASB-E. Fue director del Centro de Derechos Humanos de la PUCE y presidente de INREDH. Ha escrito para publicaciones de INREDH, de la Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, del Instituto Socioambiental (Portugal) y en Ruptura, revista de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.*

ISBN: 978-9978-84-878-4



9789978848784