

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**La criminalización de la protesta social en el gobierno del presidente
Rafael Correa, período 2007 – 2017**

Análisis del caso Central Técnico

Luis Eduardo Mendoza Chávez

Tutor: Marco Navas Alvear

Quito, 2018



CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, **Luis Eduardo Mendoza Chávez**, autor de la tesis intitulada “**LA PROTESTA SOCIAL EN EL ECUADOR.**” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

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

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

Fecha: 14 de marzo de 2018.

Firma:

RESUMEN

La protesta social ha sido un mecanismo utilizado por el ciudadano para levantar su voz ante los grandes poderes, exigir el respeto de sus derechos, la conquista de nuevos derechos y resistirse ante decisiones políticas que pudiesen afectar sus intereses. Nuestra Constitución y la legislación internacional amparan y protegen el pleno ejercicio del derecho a la protesta, misma que se encuentra unida intrínsecamente con la libertad de expresión, el derecho a la resistencia, derecho de reunión y participación.

Es deber de un estado democrático proteger la protesta social, respetar esta forma alternativa de comunicación y participación de las personas. Lamentablemente en nuestro país y en estos últimos diez años de gobierno se ha visto que las diferentes manifestaciones sociales han sido blanco de críticas y lo que es peor, han sido criminalizadas con el único objetivo de silenciar a las personas que piensan diferente al gobierno de turno, el encargado de silenciar a estos disidentes ha sido el Poder Judicial, quien actuando con “independencia” ha utilizado al Código Penal y al Código Orgánico Integral Penal, cuerpos normativos totalmente represivos, como armas para perseguir a la protesta. En esta tesis se analiza a la protesta social como el derecho de derechos, si bien este derecho tiene límites, estos límites no pueden ser impuestos por el Derecho Penal porque se estaría criminalizando a la protesta. La esencia de protestar en las calles no es salir a delinquir ni protagonizar actos vandálicos, estos serían actos ajenos y aislados que deberían ser tratados como tal y no asociarlos con la protesta para justificar la intervención penal.

Finalmente se analizará el caso de protesta de los estudiantes del Colegio Central Técnico ocurrido en la ciudad de Quito el día 22 de febrero de 2013, hechos que fueron judicializados y que llevaron a 12 estudiantes a estar privados de su libertad por aproximadamente 35 días por haber alterado el orden constitucional y haber quebrantado la seguridad interna del Estado, según palabras del Fiscal que investigó la causa. ¿Criminalización de la protesta o no?

DEDICATORIA

A mis queridos sobrinos Martín y Felipe, quienes a pesar de ser muy pequeños aún, llegará el día en que deban iniciar su formación como personas y profesionales, quiero dedicarles este trabajo lleno de dedicación y esfuerzo para que lo tomen como un ejemplo de superación y lo apliquen en cada una de sus etapas de vida que les espera.

AGRADECIMIENTO

Mi mayor agradecimiento a Dios por todas sus bendiciones recibidas en todo este camino de mi vida.

A mis queridos padres, Victoria y Eduardo, por siempre estar pendientes y preocupados de mí, brindándome su confianza, cariño y su apoyo incondicional a cada momento de mi vida.

Un agradecimiento especial a mi docente y tutor, doctor Marco Navas Alvear, quien de manera profesional y responsable me brindó aportes importantes para el desarrollo de mi tesis, lo que hizo posible la culminación del presente trabajo.

Finalmente, agradezco a todos mis amigos y aquellas personas que de una u otra forma me incentivaron y de manera desinteresada me brindaron su apoyo para terminar mi tesis.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	8
Capítulo I.....	10
La protesta social como derecho, definiciones, formas, límites y control	10
1.1 ¿Qué es la protesta social?.....	10
1.1.1 Definición de “protesta”	10
1.1.2 Protesta Social, definición	12
1.2 La protesta social como derecho	15
1.3 Derechos que amparan la protesta social.....	16
1.3.1 Derecho a la Participación.....	16
1.3.2 Libertad de Expresión.....	18
1.3.3 Derecho de Reunión	21
1.3.4 Derecho a la Resistencia.....	23
1.4 Formas de protesta social	25
1.5 Límites y formas jurídicas de control de la protesta social	33
1.5.1 Límites de la Protesta Social	33
1.5.2 Control de la Protesta Social	40
Capítulo II.....	46
Criminalización de la protesta social y el derecho penal.....	46
2.1 Criminalización de la protesta social.....	46
2.1.1 Definiciones de “criminalización de la protesta social”	46
2.2 El Derecho frente a la protesta social	49
2.3 El Derecho Penal frente a la protesta social	51
2.3.1 Teorías para justificar el castigo en casos de protesta social.....	51
2.3.2 El Derecho Penal frente a los conceptos de protesta	58
2.4 La persecución del Derecho Penal a la protesta social	62
2.4.1 Tipos penales del Código Orgánico Integral Penal que reprimen a la protesta social.....	63
2.4.2 Comparación de los tipos penales del Coip con los contenidos en el Código Penal, utilizados para reprimir la protesta social.....	69
2.4.3 Análisis histórico y político de las modificaciones de los tipos penales que criminalizan la protesta social	73
2.4.4 Derecho Comparado: Análisis de la legislación colombiana, respecto de la regulación de la protesta social.....	75
Capitulo III	83

Análisis del caso “protesta de estudiantes del colegio central técnico – 22 de febrero de 2013” respecto del derecho a la protesta social y su criminalización	83
3.1 Caso: “Protesta de estudiantes del Colegio Central Técnico – 22 de Febrero de 2013”	83
3.1.1. Antecedentes del caso.....	83
3.1.2. Análisis de los argumentos utilizados por las partes procesales y de la resolución judicial	85
3.1.3 Análisis del proceso judicial respecto a los conceptos de la protesta.....	93
3.1.4 Análisis del proceso judicial respecto a los límites de la protesta.....	96
Conclusiones.....	102
Bibliografía.....	104

Introducción

A lo largo de la historia de la humanidad los grandes logros y cambios en temas de derechos humanos, laborales, políticos y de toda índole social, en su mayoría han sido producto de importantes protestas sociales que se han desarrollado en el mundo. Nuestro país no ha sido la excepción, grupos de trabajadores haciendo huelgas para reclamar salarios dignos, manifestaciones estudiantiles reclamando el ingreso a las universidades, grupos sociales rechazando y manifestándose en contra del gobierno de turno, etc. En fin, siempre que exista el rechazo o la resistencia hacia alguien o algo subsistirá la protesta social.

La presente investigación está orientada a analizar la criminalización de la protesta social en el período de gobierno del Presidente Rafael Correa, tiempo en el cual se desarrollaron varias manifestaciones, muchas de ellas en su contra por las decisiones y cambios que se pretendían realizar en las diferentes instituciones del Estado y cómo éste se valió de las leyes penales (Código Penal y Código Orgánico Integral Penal) para “controlar” la protesta social, llegando a sancionar a sus manifestantes al punto de ser hasta encarcelados. Analizaremos puntualmente el caso de protesta del Colegio Central Técnico en el cual 12 estudiantes protagonistas de una manifestación fueron llevados a la cárcel.

De lo mencionado, surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué se entiende por protesta social?, ¿tiene límites el ejercicio del derecho a la protesta, o en su nombre se puede justificar toda actuación humana?, ¿el Derecho Penal sería un método idóneo para controlar la protesta social? y por último, ¿existió criminalización de la protesta social en el caso del Colegio Central Técnico?. Es a estas interrogantes que se pretende dar respuesta en el desarrollo de la presente investigación, el mismo que se lo ha efectuado desde el análisis sociológico de la acción colectiva que representa el fenómeno de la protesta y cómo puede afectar la intervención del Derecho Penal en ésta.

El Derecho Penal y la protesta social nunca podrían llevarse bien, las leyes penales fueron creadas para resolver conflictos tipificados como delitos previamente establecidos y la protesta social no puede asociarse a ningún delito para que se justifique la intervención penal. Sin embargo, el problema surge cuando se tienen

códigos penales ambiguos, represivos y con definiciones de delitos imprecisos y abiertos que facultan a los operadores de justicia a encuadrar cualquier acto propio de la protesta en delito y su consecuente persecución. Estos tipos penales como rebelión, terrorismo, ataque o resistencia, sabotaje, entre otros que serán desarrollados en el contexto de esta investigación.

Es así que en el primer capítulo se analizarán los elementos que permiten definir a la protesta social, utilizando ejemplos los diferentes tipos y formas de protesta que se puedan originarse, haciendo énfasis en los tipos de protesta que se han observado a lo largo de la historia de nuestro país. Así mismo se explicará la normativa interna y la normativa internacional que ampara a la protesta social y como ésta se encuentra ligada a la libertad de expresión, derecho de reunión y el derecho de participación. Concluyendo con un debate sobre los límites que deben existir y las diferentes formas de control de la protesta social.

En el segundo capítulo, se abordará el tema de la criminalización de la protesta social, contextualizándola con sus límites y el control que se pueda ejercer sobre ella. Se analizará la intervención del Derecho Penal en la protesta, donde concluimos que ninguna teoría justifica castigar los casos de protesta. Así mismo, se expondrá los tipos penales contenido en nuestra legislación penal, concretamente en el Código Orgánico Integral Penal, que pueden ser utilizados para criminalizar a la protesta social, comparándolos con los tipos penales que estuvieron vigentes en el antiguo Código Penal y la influencia política que ha existido en cambiar las leyes penales para criminalizar la protesta.

Finalmente, en el tercer capítulo se presentará el proceso judicial del caso *Central Técnico*, el mismo que concluyó con una sentencia condenatoria en contra de doce estudiantes, quienes habrían participado en una protesta en las inmediaciones del Colegio Central Técnico de la ciudad de Quito y lo analizaremos desde el punto de vista de los conceptos recogidos en los capítulos anteriores. Se identificará la criminalización que existió en contra de aquella protesta y como la intervención del propio Presidente de la República, en sus habituales sabatinas, cambió el futuro del caso.

Capítulo I

La protesta social como derecho, definiciones, formas, límites y control

En el presente capítulo se analizarán los elementos que permiten definir el fenómeno de la “protesta social”, partiendo de la misma definición del término “protesta”. Seguido de aquello, se estudiarán los diferentes tipos y formas de protesta social que se puedan presentar. A continuación, se expondrán las normativas internas, en lo principal respecto del derecho a la resistencia y las normativas internacionales que amparan a la protesta social, analizaremos el derecho de la libertad de expresión, derecho de reunión y el derecho de participación como fundamentos para legitimar la protesta social. Por último, se discutirá sobre los límites que deben existir y las diferentes formas de control jurídico o no, de la protesta social.

1.1 ¿Qué es la protesta social?

1.1.1 Definición de “protesta”

Previo a plasmar un análisis jurídico de la definición “protesta” es necesario recurrir al Diccionario de la Lengua Española, que lo define como: “Protestar. (Del lat. *Protestāri*). tr. Declarar o proclamar un propósito [...] Expresar la oposición a alguien o a algo. *Protestar CONTRA una injusticia*,”¹ (mayúsculas del autor).

De esta definición, resaltamos que la protesta es una declaratoria o proclama de un propósito. La expresión de tal propósito está encaminada a la manifestación de la voluntad de quien protesta, fijada en la oposición frente a un hecho o a una persona. Cuando hablamos de oposición nos referimos a que no estamos de acuerdo, no estamos satisfechos o queremos más de algo o alguien y en este sentido vamos a hacer valer nuestra intención o designio frente a ese algo o alguien.

¹ *Real Academia Española*, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, p. 1255

Dentro de un concepto jurídico elemental de la palabra protesta, entendida como: “manifestación que se formula con objeto de adquirir o conservar un derecho o de precaver un daño que pueda sobrevenir. Esta declaración cautelosa y espontánea recibe su nombre de que el que la hace realmente *protesta* por no tener la libertad para obrar, o tener que proceder como no desearía.”²

Del concepto anterior debemos considerar que “manifestación” puede ser definida como un acto que puede ser expresado a través de una acción o de una omisión, encaminada ésta a “adquirir” o “conservar” un derecho. De aquí, que el concepto de protesta estará unido al reclamo de conseguir o de mantener un derecho que la persona o grupo de personas (colectivo) se crean asistidos frente al Estado, y particularmente frente al gobernante del Estado que es el que lo transgrede o niega el derecho reclamado.

Un aspecto a resaltar de la definición de Cabanellas, es sin duda, lo referente a que, quien realiza la protesta lo hace porque no tiene la libertad para obrar. Nosotros al momento que decidimos vivir en sociedad, cedemos una parte de nuestros derechos al Estado, quien a través de su representante, a quien nosotros lo hemos elegido de una manera democrática, nos ofrece seguridad y vivir civilizadamente en sociedad. Al ceder esta parte de nuestros derechos, estamos obligados a respetar las decisiones que se adopten, encaminadas éstas a mantener bienestar de cada uno de los ciudadanos. Sin embargo; cuando nosotros de manera individual o colectiva consideremos que esas decisiones que se pretendan adoptar o que ya se hayan adoptado afectan nuestros derechos o se requiera de mayor protección y se deban crear nuevos derechos, vamos a “protestar” y ¿por qué? Porque no podemos directamente intervenir en las decisiones del Estado y cambiar, eliminar o promulgar derechos directamente, protestamos para que nos escuchen y en otras palabras, para que nos tomen en cuenta, las autoridades estatales, a quienes hemos elegido y a través de estas se cambien, arroguen o desechen tales decisiones y no se afecten nuestros intereses.

Así mismo en palabras de Eleonora Rabinovich:

La protesta es, en definitiva, una forma de participación política constitutiva de toda sociedad democrática. En América Latina –donde expresa altos grados de complejidad y conflictividad social- se ha convertido muchas veces en la vía que encuentran los

² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003), 326.

sectores más vulnerables para dar visibilidad a sus reclamos relacionados frecuentemente con la violación de derechos básicos.³

En otras palabras, la protesta es una forma de participación canalizada en la manifestación de la voluntad del ser humano a reclamar o expresar su intención frente a algo o alguien. Dentro del ámbito jurídico, este reclamo está vinculado a los derechos de los que cada uno se cree asistido y que los mismos no sean vulnerados ni transgredidos por quienes tienen el poder de hacerlo. La protesta es la vía que utiliza el ser humano para hacer respetar sus derechos ya que de manera directa no puede hacerlo y es la forma de que los grupos minoritarios y por decir olvidados de la sociedad se hagan presentes y dejen de ser invisibilizados. En un ejemplo, si un grupo de asambleístas promueve un proyecto de ley para subir los impuestos de plusvalía a la venta de inmuebles y frente a este proyecto un grupo mayoritario de inmobiliarias (colectivo) y personas individuales, dueños de inmuebles se sienten afectados sus derechos con este proyecto, el camino para evitar que se lo apruebe, cambie, mejore o que se lo elimine es la protesta, encaminada en una acción de reclamo a los asambleístas, son ellos los únicos que pueden atender dicho reclamo, ya que nosotros como ciudadanos no podemos directamente y de mano propia eliminar tal proyecto de ley.

1.1.2 Protesta Social, definición

Una vez que tenemos claro la acción de protestar, vamos a unir dichos conceptos con la palabra “social”, siendo la “Protesta Social” el tema central de análisis de esta tesis y partiremos con conceptos de varios autores referentes al tema.

Dentro de la visión latinoamericana Ana Lucía Magrini se refiere:

La protesta social es la válvula de escape del conflicto en democracia y, por lo tanto, nunca es un atentado a las lógicas de la democracia sino un requisito y hasta un “indicador” de los niveles de la democracia de un régimen político y comunicativo. Si no hay posibilidad de protesta social, si los gobiernos criminalizan la protesta social, si los medios de comunicación la invisibilizan y la estigmatizan, entonces asistimos a un régimen democrático endeble o al menos restringido. La protesta social es en últimas la garantía del derecho a la resistencia.⁴

³ Eleonora Rabinovich. “Protesta, Derechos y Libertad de Expresión”, en *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América latina* (Bogotá: Centro de Competencia en Comunicación para América Latina FES, 2011), 29.

⁴ Ana Magrini, “La efervescencia de la protesta social, de lucha, demandas, narrativas y estéticas populares”, en *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América latina* (Bogotá: Competencia en Comunicación para América Latina FES, 2011), 32.

Es importante ver como en la definición anterior asocia la protesta social con el termino democracia, es decir; la protesta social es un elemento fundamental de un régimen democrático y si se respeta este régimen, la protesta social no debe ser vista como una manifestación atentatoria a la democracia, al contrario, de acuerdo a su tolerancia o no, se apreciará su fortaleza o si la democracia de un régimen político está en juego.

Del texto colombiano “Pensamiento Político” destacamos que:

La protesta social desde hace ya cuatro siglos se ha constituido en un derecho, sin embargo, también puede ser vista como mecanismo de defensa y conquista de derechos, participación política, y forma alter-nativa de comunicación. Desde su misma concepción como derecho ha tenido detractores que han tratado de llevarla a la categoría de delito o restringirla al punto de hacerla inviable.⁵

A parte de haber sido ya vinculado la protesta social como un elemento fundamental de la democracia, ahora ya se menciona a la protesta social como un derecho y como la vía para defender y conquistar otros derechos. Al ser considerado como un derecho nos invita a invocarlo y a hacer que este derecho se respete, sin embargo; se observará que este derecho es visto por algunos contrarios como un delito y tratan de reprimirlo.

La protesta social, según nos refiere Rodrigo Trujillo y Mélida Pumalpa, puede ser concebida como uno de los *mecanismos o medios para la invocación de la resistencia colectiva* quienes recurren los grupos minoritarios de una sociedad, sean estos movimientos sociales indígenas, movimientos estudiantiles y laborales, defensores de los derechos humanos para reclamar y alzar su voz de protesta ante su organismo estatal y hasta instancias internacionales.⁶

Bajo estos argumentos esgrimidos anteriormente, Esteban Rodríguez dentro del ensayo “Protesta Social: entre derecho y delito” ya se refiere que la protesta es el derecho de derechos, y es el derecho a invocar o hacer respetar otros derechos. Así también lo asocia con la dignidad y refiere que a través de la protesta se hace valer la dignidad del ser humano y al igual que Ana Lucía Magrini, ya utiliza la palabra “criminalización” frente a la protesta, aquí se la define a la misma como un acto *de la judicialización de la política, la posibilidad de transformar los conflictos sociales en*

⁵ Personería de Medellín, “Protesta Social: entre derecho y delito”, en *Pensamiento Político*, ISSN: 2027-2391 (Medellín-Colombia, 2010), 143.

⁶ Rodrigo Trujillo y Mélida Pumalpa, *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*, serie investigación No. 2 (Quito: INREDH, 2011), 55-56.

litigios judiciales, es decir, que los problemas sociales que se puedan originar, simplemente serán resueltos a través de la justicia judicializando el hecho y castigando a los autores del mismo.⁷

Desde el punto de vista comunicativo, Ana Lucía Magrini encuentra: “que la protesta social se configura como un proceso comunicativo de conexión social con el objeto de hacer visible en esfera pública una demanda. [...] Cabe señalar que no todas las protestas sociales se formulan con la intención de obtener visibilidad mediática”⁸

Lo anotado nos lleva a la conclusión que la protesta social es la vía para presentar un reclamo a los poderes institucionales hegemónicos (Estado, gobierno, justicia, poder legislativo, grandes empresas, entre ellas medios de comunicación masivos, etc.)⁹, al decir que es el derecho de los derechos, el mismo debe estar garantizado y respetado por el régimen democrático del Estado.

Contrastando lo manifestado en líneas anteriores, con lo que expone Mariana Jiménez, en su tesis “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008”, la protesta social es una forma de garantía de los derechos, un instrumento de defensa o tutela de los derechos, que depende directamente de sus titulares, por lo que puede ser percibida, como el derecho a tener derechos, un derecho especial que permite exigir la recuperación de los demás derechos.¹⁰ Reafirmando lo manifestado que la protesta social es el derecho de los derechos.

Zaffaroni, citado por Mariana Jiménez, justifica la existencia de la protesta social manifestando que: “En la realidad histórica como en la presente, los estados de derecho no son perfectos porque no alcanzan el nivel de modelo ideal que los oriente, de modo que ni el Estado ni los ciudadanos logran ver realizada la aspiración a que todos sus reclamos sean canalizados por vías institucionales.”¹¹ Por lo tanto, los ciudadanos se ven obligados a utilizar vías no institucionales para que sus reclamos sean escuchados y una de estas vías es la protesta social.

⁷ Personería de Medellín, “Protesta Social: entre derecho y delito”, en *Pensamiento Político*, ISSN: 2027-2391 (Medellín-Colombia, 2010), 135.

⁸ Ana Magrini. “La efervescencia de la protesta social, de lucha, demandas, narrativas y estéticas populares”, en *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América latina* (Bogotá: Competencia en Comunicación para América Latina FES, 2011), 35.

⁹ Magrini, “La efervescencia de la protesta social”, 36.

¹⁰ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 22–23, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

¹¹ *Ibíd.*, 24.

1.2 La protesta social como derecho

La protesta social ha sido el mecanismo más antiguo del ser humano, mediante el cual se ha hecho escuchar y ha exigido el reconocimiento de sus derechos. A lo largo de la historia han existido varias protestas, movimientos sociales que han cambiado el pensamiento y han tenido gran influencia mundial. Que hoy por hoy tengamos reconocidos nuestros derechos en la Constitución, como norma suprema de un Estado y en los diferentes Tratados Internacionales, no ha sido fruto del debate pacífico de un grupo de personas, no ha sido el conceso de las mayorías o de las minorías, es el fruto de grandes luchas y revoluciones protagonizadas por los ciudadanos de una sociedad; sin embargo de esto, no es que ha cesado la protesta social, sin bien nuestros derechos están garantizados en la Constitución, ahora se protesta para que estos se respeten y no sean vulnerados, y así seguirán existiendo personas y colectivos que reclamen nuevos derechos, presentaran nuevas exigencias y por eso la protesta nunca desaparecerá porque a través de este derecho se exigen otros derechos.

Al hablar de protesta social, debemos tener claro que ésta se relaciona con el derecho a la resistencia, derecho consagrado en el artículo 98 de la Constitución ecuatoriana: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.”¹² Por lo tanto la manifestación de la protesta social está amparada en un derecho de carácter constitucional y bajo este presupuesto puede ser considerada como legal y legítima. Toda persona podrá resistirse a las decisiones del poder estatal, cuando consideren que dichas decisiones vulneran derechos, esta resistencia de ninguna forma podrá ser reprimida por el propio Estado ya que estamos actuando dentro del marco constitucional.

Si bien, el derecho a la protesta no lo vamos a encontrar definido como tal, dentro de nuestra Constitución ni dentro de la legislación internacional, es porque, la protesta es una manifestación o un fenómeno del derecho a la resistencia, que si lo encontramos definido dentro de nuestra constitución.

Es importante resaltar el criterio que tiene Gargarella respecto de la protesta como derecho, que lo explica de la siguiente manera:

¹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Participación y organización del poder, cap. Primero, Participación en democracia, 20 de Octubre del 2008, art. 98.

El derecho a la protesta no es un derecho más sino uno de especial relevancia dentro de cualquier ordenamiento constitucional: se trata de un derecho que nos ayuda a mantener vivos los restantes derechos. Sin un robusto derecho a la protesta, todos los demás derechos quedan bajo amenaza, puestos en riesgo. Por ello resulta sensato designar al derecho a la protesta como el “primer derecho”. [...] Si tenemos vivienda, pero carecemos del derecho a movilizarnos y criticar a nuestras autoridades, no es dable esperar que estos últimos derechos emerjan de resultado de la existencia del primero (nuestro garantizado derecho a la política). En cambio, si tenemos un amplio y genuino derecho a la crítica política es dable esperar que ganemos nuevos derechos (y que preservemos intacto aquellos con los que ya contamos) a resultados del primero: ahora podemos luchar por los que no tenemos.¹³

Como lo dijimos anteriormente el derecho a la protesta sería el derecho de los derechos y concordante con lo que dice Gargarella, la protesta como derecho debería ser considerado como el primer derecho, para que a través de éste se puedan exigir los demás.

Al referirnos que la protesta sería un derecho, debemos analizar los derechos constitucionales y derechos naturales del ser humano en que ésta se fundamenta y se legitima. Por lo tanto, haremos referencia al Derecho de Participación, La Libertad de Expresión y el Derecho a la Resistencia.

1.3 Derechos que amparan la protesta social

1.3.1 Derecho a la Participación

En nuestra Constitución el artículo 95 refiere que *la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho*.¹⁴ Lo que va de la mano con lo establece el artículo 204, inciso primero del mismo cuerpo normativo: “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.”¹⁵

¹³ Roberto Gargarella, “El derecho a protestar, La violencia no puede ser la excusa para cuestionar una libertad fundamental”, *El país*, 21 de mayo 2014, http://elpais.com/elpais/2014/05/16/opinion/1400247748_666298.html.

¹⁴ En la Constitución del Ecuador, artículo 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participaran de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y el control popular de las Instituciones del Estado y la sociedad y de sus representantes, en un poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Garantías Constitucionales, cap. V, Funciones de transparencia y control social tít. III, 20 de Octubre del 2008, art. 204.

Marco Navas y Albert Noguera refieren que: “La participación como derecho constitucional central y de amplio espectro, se refiere a que el Estado debe orientar sus instituciones hacia la participación, protegiendo todas las formas en que esta espontáneamente se organice pero también incorporando mecanismos e instituciones que la potencien como forma de ejercicio democrático.”¹⁶ A nuestro entender, un estado constitucional debe impulsar desde sus instituciones la participación de la ciudadanía en todo ámbito y deberá fortalecer los mecanismos para una participación democrática y respetar toda forma de participación ciudadana.

Una forma de participación ciudadana es la protesta social y el Estado debe reconocerla como un mecanismo legítimo, brindándole un trato pacífico y no violento por parte de la institución policial, quien es la encargada de intervenir en estos casos. Eliminar los trámites administrativos para poder realizar movilizaciones, ya que estas diligencias lo único que buscan es una censura previa de la protesta y por último un llamado al poder judicial a ser garantistas en el trato de estos casos que se hayan judicializado, a actuar con independencia y no de una manera represiva criminalizando a la protesta social.

Sin embargo de lo manifestado, nuestra Constitución es contraria y ambigua en cuanto al derecho de participación se refiere ya que establece una llamada “acción ciudadana” como mecanismo para el ejercicio del mencionado derecho, explicado esto en palabras de Marco Navas y Albert Noguera:

[...] debemos mencionar que en materia de participación se establece ambiguamente una así llamada “acción ciudadana” para el ejercicio del derecho a la resistencia del Art. 98 CRE, al que nos referiremos posteriormente. Es justamente el artículo siguiente (Art. 99), el que ambiguamente se refiere a una “acción ciudadana” (para el ejercicio del derecho a la resistencia) la cual debe ser deducida “en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación”. Esta acción será “presentada ante una autoridad competente de acuerdo con la ley” (Art. 99 de la CRE). [...] es necesario comentar que esta fórmula constitucional consideramos que contraría la naturaleza del derecho a la resistencia al prescribir que debe ser ejercida ante la autoridad pública, cuando el supuesto de hecho de ese derecho radicaría en la posibilidad de oponerse a la autoridad pública. [...]¹⁷

La protesta social no se puede ejercer a través de la llamada acción ciudadana, que plantea nuestra constitución, ya que es contrario a la verdadera esencia de la

¹⁶ Albert Noguera Fernández y Marco Navas Alvear, *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales? Estudio del modelo constitucional de Ecuador* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), 77.

¹⁷ Albert Noguera Fernández y Marco Navas Alvear, *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales? Estudio del modelo constitucional de Ecuador* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), 82.

protesta. Se establece que dicha acción debe ser presentada ante la autoridad competente, cuando la protesta social ocurre cuando existe un rechazo que se expresa es en contra de alguna autoridad o política. En otras palabras, no es lógico que ante quien manifestamos nuestro rechazo presentemos una acción de reclamo.

La protesta social definida como una forma participación está garantizada en la Constitución y la ciudadanía recurre a ésta, en muchos casos, porque el propio Estado no ha abierto otro canal de participación o de comunicación, no ha sugerido otra vía o manera para la solución o el dialogo frente a un reclamo que se haya planteado, simplemente se torna opositor a los reclamos de los ciudadanos y en lugar de resolverlos termina por reprimirlos. Por último, el Estado tiene la obligación de resolver oportunamente los requerimientos de la sociedad. Incluso si estos sean planteados por grupos minoritarios, deben ser atendidos. Recordemos que el pueblo es el mandante y el primer fiscalizador del poder público, en esta atribución, el ciudadano tiene el derecho a reclamar y rechazar las políticas que se adopten en bien de sus intereses por cualquier medio y más aún a través del mecanismo legítimo y democrático de la protesta social.

1.3.2 Libertad de Expresión

La libertad de expresión es la esencia de la protesta social y bajo ésta premisa la vamos a desarrollar. Ramiro Ávila, en la presentación del libro *Protesta social, Libertad de expresión y derecho penal*¹⁸, nos refiere que la Constitución de Montecristi, Constitución vigente, reconoce diferentes mecanismos para hacer efectivo los derechos y garantías de los ciudadanos. “El derecho a la resistencia y la libertad de expresión que se manifiestan en la protesta pública es fundamental para la consolidación de un Estado que promueve la democracia participativa y comunitaria”¹⁹. Dicho en otras palabras, el ejercicio de la protesta social robustece la democracia y la participación ciudadana de un estado.

Partimos de la definición contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de

¹⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “Presentación”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 8.

¹⁹ *Ibíd.*, 8.

investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.²⁰

La libertad de opinión o libertad de expresión es un derecho propio del ser humano que tiene el mismo rango e importancia que el derecho a la vida y el derecho a la libertad y otros derechos intrínsecos del ser humano. El ejercicio de éste derecho supone expresar cualquier opinión sobre algo o alguien a través de cualquier medio y que no seamos molestados a causa de esa opinión. La protesta social puede ser el medio escogido para expresar nuestras opiniones y más comúnmente nuestro rechazo. Sin embargo, se ha estigmatizado a la protesta como un medio violento e ilegítimo de expresión de la libertad por lo que sus actores son vistos como opositores y disidentes que solo buscan el desorden y simplemente deben ser castigados, de esta forma existe una vulneración por parte del Estado al derecho de la libertad de expresión, criminalizando a quienes piensan distinto y a quienes políticamente se encuentran en desacuerdo con el poder.

En nuestra Constitución, la libertad de expresión se encuentra consagrada de manera directa en el art. 66 numeral 6: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”²¹. La libertad de expresión en nuestro país es un derecho de jerarquía constitucional, en el que se reconoce todas las formas y manifestaciones para expresar libremente nuestro pensamiento.

Por lo tanto y en fundamento a este precepto constitucional y recogiendo las líneas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “[...] *por cualquier medio de expresión*”²² y considerando que protesta social es una forma de manifestación y un medio de expresión ciudadana, ésta tiene todo el aval constitucional para desarrollarse y además que está amparada en los Derechos Humanos. De ninguna forma puede ser reprimida por sus críticos, su represión conllevaría a la violación de los Derechos Humanos y a la propia Constitución.

En el ejercicio de este derecho a la libertad de expresión en el desarrollo de una protesta social, las opiniones o la información que se exprese no serán aceptadas o podrán ser consideradas como ofensivas para quien las recibe o simplemente serán

²⁰ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III) Art. 19.

²¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Derechos, cap. Sexto, Derechos de Libertad, art. 66. 6, tít. II, 20 de Octubre del 2008,

²² ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III) Art. 9.

contrarias, es en este punto inicia la confrontación entre los sujetos que ejercen este derecho y surge la interrogante: ¿Hasta qué punto puede tener restricciones este derecho?, en este sentido Ramiro Ávila, a través de las consecuencias jurídicas que extrajo Alexy, expone:

En materia específica de libertad de expresión, de las consecuencias jurídicas que extrajo Alexy se desprende el derecho general de libertad de toda persona a expresar sus opiniones e informaciones como quiera hacerlo. Esto debe implicar la aceptación de las opiniones e informaciones que “ofenden”, chocan o inquietan, resultan ingratas o perturban al estado o a cualquier sector de la población, puesto que así lo exigen los principios de pluralismo y tolerancia propios de las democracias. Este derecho general de libertad no implica, por supuesto, que no puedan imponerse restricciones a su ejercicio. Pero para que la imposición de estas restricciones sea legítima, de acuerdo con los estándares del sistema interamericano de los derechos humanos debe cumplir con los siguientes requisitos: a) que sea definida en forma precisa y clara por una ley en sentido formal y material; b) que se persiga objetivos autorizados por la Convención; y c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionalidad a la finalidad perseguida e idónea para lograr esos objetivos²³

La libertad de expresión exige tolerancia, pero éste puede ser restringido en ciertos casos, para lo cual se deben cumplir ciertos requisitos que el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos ha estandarizado y se encuentran definidos en la cita anterior, además la Corte Interamericana de Derechos Humanos plantea que desde el punto de vista del derecho internacional están prohibidas las manifestaciones referentes a apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.²⁴ Salvando cualquiera de los temas antes descritos, podemos expresar nuestras opiniones de cualquier índole. Es importante analizar el uso de la política y sus discursos frente a la libertad de expresión, sin duda, parece que el referirse a la política o estar en su contra se considera prohibido, ya que las opiniones contrarias al estado o directamente a las autoridades del gobierno son objetos de represión, siendo lo contrario que debería ocurrir, el estado debería brindar protección especial y reforzada a la

²³Ramiro Ávila Santamaría, Xavier Flores Aguirre, Agustín Grijalva y Rafael Lugo, “La inconstitucionalidad del desacato y el derecho a la libertad de expresión”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 160.

²⁴ Organización de los Estados Americanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión* (Estados Unidos: Asdi, 2009).

libertad de expresión para legitimar su régimen democrático y fortalecer el respeto de los derechos fundamentales.²⁵

Relacionando la protesta social con el derecho a la libertad de expresión, Catalina Botero, Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, expuso:

En Principio, las manifestaciones públicas de todo tipo y, en particular, las que pueden calificarse como de “protesta social” constituyen formas legítimas del derecho a la libertad de expresión. En materia de protesta social, la Relatoría Especial ya ha señalado que es una forma especialmente protegida –lo que no significa que no pueda ser razonable y proporcionalmente regulada- dado que en ciertas circunstancias es la única forma a través de la cual determinados grupos pueden ejercer de manera efectiva su derecho a la libertad de expresión y ser escuchados.²⁶

Por todo lo expuesto, concluimos que la protesta social es una forma de libertad de expresión, su reconocimiento y respeto es característico fundamental de un Estado democrático, no se puede reprimir a la libertad de expresión bajo ningún criterio, excepto de acuerdo a las prohibiciones expresas, legítimas de manera proporcionada. El propio Estado está llamado a ser el primero en ser tolerante frente a las expresiones contrarias de sus ciudadanos, por tal motivo, las expresiones de carácter político deben tener aún mayor protección para confirmar la legitimidad de un gobierno. Sin respeto a la libertad de expresión se criminaliza la protesta social y se debilita la democracia de un estado.

1.3.3 Derecho de Reunión

El derecho de reunión se encuentra consagrado en nuestra Constitución en su artículo 66 numeral 13: “Se reconoce y se garantizará a las personas [...] El derecho a asociarse, reunirse y manifestare en forma libre y voluntaria.”²⁷ Partiendo de éste artículo, vemos que la asociación y la reunión de personas, siempre que ésta sea con fines lícitos, están respaldadas por la Constitución. Por lo tanto, si hemos dicho que la

²⁵ Ramiro Ávila Santamaría, Xavier Flores Aguirre, Agustín Grijalva y Rafael Lugo, “La inconstitucionalidad del desacato y el derecho a la libertad de expresión”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 160-161.

²⁶ Catalina Botero, “Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA”, en *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América latina* (Bogotá: Competencia en Comunicación para América Latina, 2011), 57.

²⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Derechos, cap. Sexto, Derechos de Libertad, 20 de octubre del 200, art. 66. 13.

protesta social es la asociación de personas que se manifiestan manera libre y voluntaria sobre un tema a favor o en contra de él, esta asociación lícita se encuentra amparada por el derecho constitucional que tienen las personas para reunirse, asociarse y manifestarse de manera libre y voluntaria.

En palabras de López González, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid el derecho de reunión es:

[...] una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo.²⁸

El derecho de reunión se traduce en el ejercicio de la libertad de expresión a través de la protesta social. “El derecho de asociación consiste en la libertad de los ciudadanos para constituirse formalmente con otros ciudadanos en agrupaciones de carácter permanente o temporal destinadas a las consecución de diferentes fines (sociales, políticos, económicos...), salvo los de carácter lucrativo.”²⁹ La protesta social es justamente eso, la agrupación formal o informal de personas que se reúnen o se asocian de manera temporal para expresar su rechazo contra algo o alguien. La protesta social siempre se manifestará persiguiendo una finalidad lícita. No podemos confundir el rechazo con algo ilícito, de hecho la protesta es uno de los mecanismos legales utilizado por los ciudadanos para manifestarse.

El problema para el pleno ejercicio del derecho de reunión surge cuando se confunden los fines de esta asociación; por un lado está tipificado el delito de asociación ilícita, que puntualmente se refiere a la agrupación de personas con el fin de cometer otros delitos y eso lo tenemos claro. En la protesta social las personas no se reúnen para cometer delitos. Si bien en el desarrollo de la protesta se podrían configurar ciertas tipicidades de afectación mínima, éstas no podrían considerarse como finalidad de aquella asociación y reunión porque se estaría criminalizando en ese momento a la protesta social. Recordemos una vez más, nadie se reúne para salir a protestar con la intención de provocar daños o agredir a las personas, esa no es la verdadera esencia de la protesta.

²⁸ José Luis López González, *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español* (Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995), 104.

²⁹ Mercedes Iglesias Báez, *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010), 245.

1.3.4 Derecho a la Resistencia

Vamos a referirnos a la protesta social desde el punto de vista del derecho a la resistencia y que mejor iniciar con lo que nos dice Roberto Gargarella: “[...] el derecho a la resistencia apareció como el único mecanismo adecuado para garantizar la responsabilidad de los gobernantes y prevenir abusos políticos. Como dijera John Locke, el derecho de resistencia era el único instrumento en poder de la gente para evitar los excesos de parte de sus gobernantes”.³⁰

El derecho a la resistencia nos faculta a los ciudadanos de resistirnos a las decisiones tanto del poder público como las del poder privado que pongan en peligro nuestros derechos constitucionales, el ejercicio de este derecho puede traducirse en no acatar las órdenes emanadas por las autoridades y sobretodo se traduce en la protesta social, por lo tanto la protesta es una manifestación del derecho a la resistencia.

Gargarella identifica dos tipos de resistencia: 1) resistencia *pasiva o no cooperación*, la misma que se basa en no acatar las ordenas prescritas por el Estado opresor y 2) resistencia *activa o de confrontación*, que presupone no respetar las prohibiciones legales. Los unos desobedecerán las ordenes que moralmente consideren como arbitrarias, mientras los otros desafiaran las prohibiciones legales, cuando consideren que este desafío pueda terminar su condición de sufrimiento, Sin embargo ambos tipos de resistencias deben ser consideradas admisibles.³¹ En esta diferenciación que hace Gargarella es importante resaltar que la resistencia activa o de confrontación no se trata de una resistencia violenta, sino de una resistencia ante prohibiciones legales y esto se refleja en una protesta social cuando se impide el tráfico vehicular, la circulación del transporte público y en la propia resistencia que se genere en ese momento por parte de los manifestantes hacia los agentes que imponga el orden.

En nuestra Constitución el derecho a la resistencia se encuentra contenido en el artículo 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

³⁰ Roberto Gargarella, “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, en *Umbrales de reconciliación, perspectivas de acción política no violenta*, compiladores Freddy Cante y Luis Ortiz, 1era. Edición (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006), 220.

³¹ Gargarella, “El derecho de resistencia”, 226.

no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.³²

Históricamente el derecho a la resistencia tiene como origen la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que tras la Revolución Francesa, reconoce el derecho de resistencia a la opresión, como un derecho natural e imprescriptible del hombre.³³ Es importante indicar que como antecedente a esta Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano estuvo la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos que empezó a normar el derecho a la resistencia, expresando:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos 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. La prudencia, claro está, aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad.³⁴

Es importante destacar la categoría de “*inalienable*” que se le confiere al derecho de resistencia, ya que significa que es un derecho irrenunciable y propio del ser humano, comparándolo de esta forma con el principal derecho que es la vida, sin quitar jerarquía a los demás derechos humanos. Ni los pactos ni convenios podrán negar este derecho, en este sentido Sebastián Soler expresar: “Lo que encontramos [...] en el fondo del pretendido derecho de resistencia a la opresión es la libertad natural que el hombre tiene [...] un poder, una facultad, y no una facultad jurídica, sino una facultad real propia e intransferible del individuo humano, a la cual no la puede negar o destruir ni el mismo individuo con pactos y convenios”, [...]”³⁵

³² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Participación y organización del poder, cap. Primero, Participación en democracia, 20 de octubre del 2008, art. 98.

³³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Artículo 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.

³⁴ Estados Unidos, *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*. Preámbulo. 4 de Julio de 1776.

³⁵ Sebastián Soler, *Ley, historia y libertad*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1957), 74.

Concluyendo, Arthur Kaufmann ha calificado al derecho de resistencia como: “el derecho de los derechos.”³⁶ Afirmación que guarda relación con Gargarella cuando éste se refiere, de igual forma, a lo protesta social como el derecho de derechos. Hablar de la protesta social es referirnos a una manifestación del derecho a la resistencia, el uno coexiste con el otro y ambos se traducen en la libertad de expresión de un pueblo democrático.

1.4 Formas de protesta social

Es importante, antes de analizar las diferentes formas de protesta, referirnos a las diferentes formas de ejercer el derecho a la resistencia y dentro de estas mencionaremos a la desobediencia civil, la insurrección y objeción de conciencia.

La desobediencia civil, según Ronald Dworkin, citado por Mariana Jiménez, dice que quienes se involucran en actos de desobediencia civil aceptan la legitimidad tanto del gobierno como de la comunidad y actúan para complementar más que para desafiar sus deberes como ciudadanos. La desobediencia civil implica todos aquellos actos no violentos de las personas contrarios a la ley, sin embargo el desobediente conoce y acepta las consecuencias jurídicas de su incumplimiento ya que existe una aceptación de la validez general del derecho, a diferencia de un acto de resistencia, en los que no está presente esta aceptación.³⁷

La insurrección. - Los actos de insurrección se caracterizan por ser violentos y están dirigidos contra la autoridad, contra el titular del gobierno, teniendo como fin desconocer la Norma Suprema. Estas acciones violentas o el levantamiento en armas configuran un delito, el de rebelión y consagrado en nuestra legislación en su artículo 366,³⁸ por lo tanto la insurrección en forma de rebelión sería un acto punible.³⁹

³⁶ Arthur Kaufmann, *La validez del derecho. Derecho de Resistencia. Desobediencia civil. Filosofía del Derecho*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999).

³⁷ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 41, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

³⁸ En el Código Orgánico Integral Penal, artículo. 366.- Terrorismo. - La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años. [...]

³⁹ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 46-47, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

Objeción de conciencia. - La característica de la objeción de conciencia radica en que está amparado en el derecho positivo, la objeción de conciencia no busca cambiar o frustrar la normatividad, sino desacatarla, pero siempre respaldándose en ella. Como ejemplos podríamos mencionar la objeción de conciencia al servicio militar, a practicar el aborto, al juramento religioso, etc.⁴⁰

Ahora bien, enfocados en la protesta, ésta tiene diferentes formas específicas de manifestarse, cada persona puede canalizar su protestar en diferentes tipos de conducta, ciertas personas protestan a través de la llamada huelga de hambre, por ejemplo; no ingieren alimentos exigiendo trato humanitario dentro de las cárceles. Otro tipo de protesta observamos dentro de nuestro fútbol ecuatoriano, en la actualidad, existen equipos de fútbol que no se presentan a jugar sus partidos de campeonato porque sus haberes no han sido cancelados y exigen el pago de ellos. Así se podría mencionar una infinidad de formas de protesta.

Para nuestro estudio nos centraremos en el tipo de protesta que se realiza en las calles, las personas que se movilizan en grupo con pancartas gritando consignas referentes a exigir un derecho que se les ha vulnerado o rechazando alguna decisión tomada, generalmente por el gobierno de turno. En este contexto será analizado el caso práctico al final de la presente tesis.

Previo a estudiar las diferentes formas de protesta, es importante hacer una diferenciación entre lo que es una protesta social *pacífica* y una protesta social *violenta*.

De forma general, definiremos que la protesta social pacífica es: “una táctica de protesta relacionada a la desobediencia civil, que propugna el logro de un cambio político, social y cultural sin necesidad del empleo de la violencia. En la práctica utiliza protestas simbólicas y actos de no-cooperación en las áreas política y económicas”⁴¹

La protesta violenta, se supone lo contrario a la pacífica, en este movimiento estarán presentes diferentes actos de violencia contra algo o alguien, en la definición de Cabanellas, supone la: “ejecución forzosa de algo, con independencia de su legalidad o ilicitud, [...] Modo compulsivo o bruta para obligar a algo”⁴²

La resistencia pacífica en palabras de Gerrit Stollbrock:

Se ha definido la “resistencia pacífica” como aquellos movimientos de resistencia con la capacidad de evitar la entrada en estadios de violencia organizada. Sin embargo, es

⁴⁰ *Ibíd.*, 43-44.

⁴¹ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003), 409.

⁴² Cabanellas de Torres, “Diccionario Jurídico”, 410.

necesario diferenciar entre actos de violencia organizada –colectiva-, que implican la coordinación entre dos o más individuos, y actos individuales de violencia. Aunque por definición los individuos de un movimiento de resistencia pacífica están exentos de llevar a cabo actos de violencia organizada, en modo alguno lo están de llevar a cabo actos de violencia individuales, lo cual nuevamente pondría en peligro la legitimidad y la efectividad del movimiento.⁴³

De lo citado, entendemos que la ausencia de actos violentos colectivos y organizados legitima a una “resistencia pacífica”, es decir; el objetivo del grupo de manifestantes no es realizar actos violentos sistematizados no salen con esa convicción ni es su objetivo como grupo, sin embargo se pueden producir actos de violencia individuales, los mismos que deben ser identificados y separados de este movimiento de resistencia para que no deslegitime a la “resistencia pacífica”.

Dentro de la resistencia pacífica, podría encajar la objeción de conciencia y la desobediencia civil, siendo Thoreau el primer referente de la utilización del término desobediencia civil, cuando en 1846 se negó a pagar impuestos en estados Unidos, como medida de oposición a la esclavitud y la Guerra de México.⁴⁴

Thoreau refiere: “Todos los hombres reconocen el derecho a la revolución, es decir, el derecho a resistir al gobierno y a no serles fieles cuando su tiranía o su ineficacia son grandes e insoportables.”⁴⁵ Los hombres tienen el derecho a resistirse a los gobiernos autoritarios, dentro del ejercicio de la democracia es acto es totalmente legítimo.

Ulrich Richter Morales refiere: “La protesta violenta, es la que desvirtúa el contenido de ésta y en consecuencia puede entorpecer su objetivo”.⁴⁶ Con una definición muy corta pero precisa, nos explica que la protesta violenta no tiende a conseguir el objetivo por el cual se la ha organizado, cuando interviene la violencia en la protesta, la misma queda deslegitimada y se convierte en una protesta vacía de reclamos y propensa a causar un desorden civil.

⁴³ Guerrit Stollbrock, “Los movimientos de resistencia pacífica, la violencia y las restricciones, una aproximación con base en la obra de Roger Petersen”, en *Acción política no-violenta, una opción para Colombia, compiladores Freddy Cante y Luisa Ortiz*, (Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005), 114.

⁴⁴ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 40, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

⁴⁵ Henry David Thoreau, “La desobediencia civil”, en *Los anarquistas 1. La teoría*, (Madrid: Alianza Editorial, 1982), 371.

⁴⁶ Ulrich Richter Morales, *De la Protesta a la Participación Ciudadana*, (México: Editorial Océano, 2014), 27.

A continuación analizaremos diferentes formas de protesta a través de lo que expone Ana Lucía Magrini, que sin duda, no se presentan aisladamente en la realidad de nuestro país.⁴⁷

1. *La huelga*, es y ha sido la forma más utilizada de protestar, este tipo de protestas está vinculado al sector obrero laboral y cuando se refiere a una huelga general, involucra una unión entre los actores y demandas que van más allá de un evento de simple protesta.
2. *Paros Cívicos*, al igual que la huelga es uno de las formas más utilizadas, pero menos ordenada y está asociada directamente con el Estado, respecto del reclamo por las prestaciones de servicios públicos o políticas públicas.
3. *Movilizaciones y manifestaciones*, este tipo de protesta está relacionado con grupos religiosos, ecologistas, demandas de género y particularmente con el grupo de personas que reclame reivindicación de la paz frente a algún hecho ocurrido o que esté ocurriendo. Se caracterizan por su manifestación de silencio o estilo fúnebre dentro de un contexto de represión o violencia, pero también se caracterizan por su ruido y estilo de fiesta para presentar sus reclamos.
4. *El abstencionismo electoral*, se utiliza este modo de protesta contra la política de turno y en reclamo del respeto a la democracia. Cuando no estamos de acuerdo con temas referentes a la política o estamos en contra de alguien que este postulando para un cargo público y creamos que no es merecedor del mismo o creamos que es un atentado para la subsistencia de nuestra democracia.
5. *Las caminatas indígenas*, es una forma caracteriza de protesta de nuestros pueblos originarios que sienten que se encuentran invisibilizados frente al Estado. Implica que las comunidades indígenas por más apartadas que se encuentren, caminen en conjunto por las diversas ciudades y pueblos hasta llegar al lugar o institución en la que se demanden sus reclamos y hacer visibles su presencia ante el gobierno de turno.
6. *Los escraches*, es un tipo de protesta que agrupa a personas para plantarse en el domicilio de la persona contra quien se está reclamando, esta forma de manifestarse es más común observar en Argentina y Uruguay; en Chile se las

⁴⁷ Ana Lucía Magrini, “La efervescencia de la protesta social, de lucha, demandas, narrativas y estéticas populares”, en *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América latina* (Bogotá: Competencia en Comunicación para América Latina, 2011), 42-44.

denomina “funa”⁴⁸, además esta protesta se hace visible a través de pinturas en los muros y de repudios la condena social a este tipo de actos.

7. *Piquetes, bloqueo de rutas y vías*, se define por si solo este tipo de manifestación que busca la atención mediática a través de bloquear las principales carreteras y vías del país.
8. *El cacerolazo*, es una forma de manifestación que se caracteriza por ser espontánea e informal y está vinculado a movilizaciones de la clase media, consiste en reunirse en un lugar pactado o movilizarse por varios sectores de la ciudad realizando el mayor ruido posible con los utensilios de metal o cacerolas que acuden los protestantes, esta protesta está particularmente encaminada al gobierno de turno.
9. *Manifestaciones online*, es un método nuevo y reciente de manifestación que ha causado mayor polémica ya que se llevan a cabo en espacios virtuales. Se ha dejado ocupar la plaza pública para a través de las distintas redes sociales hacerse escuchar y demandar su reclamo, hasta ahora se ha cuestionado el nivel de incidencia que pueda tener este tipo de protesta.⁴⁹

Una vez presentadas todas estas formas de protesta social, es necesario contrastarlas con la realidad de nuestro país y en ese sentido vemos que no se encuentran distantes y que hemos sido participes y testigos de varias de ellas.

Siempre que un Estado actúe bajo un régimen democrático, se deben respetar las diferentes formas de protesta que se puedan presentar. A lo largo de la historia del país, es importante recordar los llamados “levantamientos indígenas” que podríamos encasillarlas dentro de las “*caminatas indígenas*”, tipo de manifestación planteada en contra de las políticas públicas que adopta el gobierno. Debemos recordar que la población indígena ecuatoriana representa un gran número y dentro del marco político también han sabido tener sus representantes, es decir; no estamos hablando de un grupo de minorías o de un grupo pequeño aislado, es por esta razón que se ha dicho que “*el indígena tiene el poder de botar presidentes*”. Recuerdo haber sido testigo de estos levantamientos indígenas, quienes salían por las calles de la ciudad (Riobamba), gritando sus consignas en contra del gobierno, cierto es que, muchas de estas

⁴⁸ Manifestación de denuncia y repudio público contra una persona o grupo de personas que cometió una mala acción. Esta definición es dada en Chile. Rafael Muñoz Urrutia, Diccionario Mapuche, Segunda Edición, Editorial Centro Grafico LTDA, Santiago-Chile, 2006

⁴⁹ Ana Lucía Magrini, “La efervescencia de la protesta social, de lucha, demandas, narrativas y estéticas populares”, en *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América latina*, (Bogotá: Competencia en Comunicación para América Latina, 2011), 42-44.

manifestaciones eran desordenadas y la mayoría de los manifestantes cargaban palos, piedras y correas en sus manos, en señal de agresividad y violencia, situación que ya no encajaría dentro del contexto de la protesta social.

Seguido de esto, era la población indígena la que salía a las carreteras a bloquear las vías importantes del país, las bloqueaban con piedras, quemando llantas y hasta con árboles talados que eran puestos en el medio de la vía. De esta forma los indígenas y campesinos protestaban y reclamaban que sus necesidades y las necesidades de todo el país sean resueltas. Debemos tener gran consideración y reconocimiento a este grupo indígena, que gracias a sus protestas, gracias a sus movilizaciones y a su forma de manifestarse se lograron grandes propósitos comunes.

A manera de ejemplo, debemos recordar las manifestaciones del 21 de enero del 2000 que llevaron a derrocar al presidente Jamil Mahuad, en donde el movimiento indígena tuvo una gran participación e influencia.

El 21 de enero del 2000, Mahuad recibió múltiples críticas y presiones para que abandone el Gobierno. El descontento impulsó marchas y protestas sociales que respondían a las drásticas medidas económicas como la elevación del precio de los combustibles y el congelamiento de los depósitos en la banca, denominado como 'feriado bancario'. [...]

La marcha del movimiento indígena, que impulsó la Conaie, logró la toma del entonces Congreso Nacional y llegó hasta el Palacio de Gobierno, con el apoyo de militares.⁵⁰

Los indígenas con el apoyo de los militares finalmente derrocaron a Mahuad, ellos fueron protagonistas en este hecho. “El 21, los indios ocuparon el local del Congreso (Palacio Legislativo). Otros marcharon sobre el palacio de Justicia de Gobierno (Sede Ejecutivo). ¡Ocurría lo que nadie habría pensado: “literalmente” se iba a producir la “salida” del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial. . . y eran los indios quienes cumplían su palabra!”⁵¹

Si comparamos esta forma de protesta realizada hace unos veinte años atrás con la última década, observamos que ya no tiene las mismas características de cómo éstas se realizaban, el principal cambio es que las movilizaciones indígenas tenían un tinte de ser violentas, llegando al punto de destruir las carreteras y obstaculizar el paso de las mismas. Ahora si son las verdaderas “*caminatas indígenas*”, grupos indígenas que vienen caminando de todo el país por varios días hasta la capital (Quito) para

⁵⁰ El Comercio, “Los hechos que marcaron el derrocamiento de Jamil Mahuad”, *El Comercio*, 21 de enero de 2016, en <http://www.elcomercio.com/actualidad/hechos-marcaron-derrocamiento-jamilmahuad-ecuador.html>.

⁵¹ Juan Paz y Miño Cepeda, *Golpe y Contragolpe La “Rebelión de Quito” del 21 de enero de 2000*, (Quito: Editorial Abya-Yala, 2002), 26.

establecerse en un sitio ya predeterminado, en el cual pasan varios días con la finalidad de hacerse visibles ante el gobierno, presentar sus requerimientos y reclamos para luego retornan a sus lugares de origen.

Ejemplo de esto, es la marcha indígena que llegó a la ciudad de Quito, el día jueves 13 de agosto del 2015 para situarse en el parque el “Arbolito” y sumarse al paro nacional, que se había convocado, entre sus motivaciones, para exigir el archivo del paquete de reformas constitucionales:

Pasadas las 18:00, la marcha indígena llegó al parque el Arbolito, ubicado en el centro norte de Quito, en donde pernoctarán hasta mañana para participar en el paro nacional organizado por sindicatos y organizaciones sociales.

Jorge Herrera, presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) agradeció a los quiteños por el recibimiento a los indígenas que hoy cumplieron su día 10 de marcha y en un discurso improvisado en el parque dio plazo hasta mañana a la Asamblea Nacional para que archive definitivamente el paquete de reformas constitucionales entre las cuales se permite la reelección indefinida de las autoridades de elección popular.

“El levantamiento es democrático y pacífico, pedimos corrección de políticas y actuaciones del presidente Correa”, indicó Herrera.⁵²

En nuestro país, se podría mencionar como la primera manifestación tipo *cacerolazo*: el “famoso Cacerolazo en Quito contra el presidente Lucio Gutiérrez”, en el que cientos de ecuatorianos se concentraron y se movilizaron para exigir la renuncia del presidente Lucio Gutiérrez, por considerarlo un dictador. “En la multitudinaria protesta participaban, hombres, mujeres y niños, quienes portaban ollas, sartenes, tapas y cuanto utensilio de cocina sirviera para mostrar su rechazo contra de Gutiérrez.”⁵³ Esta fue una protesta nacional en donde las principales ciudades del país tuvieron gran influencia, Quito, Guayaquil y Cuenca, como lo explica Marco Navas dentro del análisis de “la crisis política ecuatoriana de 2004-2005”:

[...] entre enero y marzo de 2005, desde los tres principales polos de poder del país, se mostró el rechazo al gobierno, en cada caso con sus connotaciones propias. La llamada “marcha blanca” del 26 de enero, convocada por el Alcalde de Guayaquil, fue presentada como un “acto cívico”, pero fundamentalmente de reivindicación del régimen de autonomía local que esa ciudad había alcanzado y, de manera muy tangencial, de reclamo por la ruptura de la Constitución. Luego vino la marcha de Quito del 16 de febrero y un mes más tarde, se realizó también en Cuenca otra marcha con la

⁵² Alfredo Cárdenas, “Indígenas llegan al parque El Arbolito y dan plazo a Asamblea para que archive enmiendas”, *El Universo*, 12 de agosto 2015, <http://www.eluniverso.com/noticias/2015/08/12/nota/5064878/marcha-indigena-se-prepara-salir-hacia-villa-flora>

⁵³ El Universo, “Cacerolazo en Quito contra el presidente Lucio Gutiérrez”, *El Universo*, jueves 14 de abril del 2005, <http://www.eluniverso.com/2005/04/14/0001/8/10CA7B80AAFC4A8ABF30F30995D5DF8C.html>

participación de 25 mil personas, rechazando la traición y a la vez la falta de atención del gobierno hacia obras importantes para la ciudad (“Cuenca lanza su mensaje al Gobierno”, *El Comercio*, 16 de marzo de 2005).⁵⁴

Así mismo las *manifestaciones y movilizaciones*, han tenido cabida en nuestro país, por reconocer algunas y manera general; las manifestaciones del grupo “PAE” Protección Animal Ecuador, quienes se han movilizado por las calles de varias ciudades del Ecuador exigiendo la protección de los derechos de los animales.

Esta forma de manifestación, como ya hemos apuntado, se caracteriza por el reclamo de reivindicación de la paz frente a un hecho ocurrido y en este sentido ponemos como ejemplo las diferentes manifestaciones que se realizaron por el crimen ocurrido en la ciudad de Quito a la modelo Karina del Pozo: “Este sábado, familiares y amigos de Karina del Pozo realizaron una caminata para exigir justicia. En esta manifestación también estuvieron familiares de otras víctimas de personas secuestradas.”⁵⁵ Frente a este hecho ocurrido, la sociedad siente repudio y se moviliza para exigir justicia y exigir seguridad y el restablecimiento de la paz.

Por último, es importante referirnos a la protesta online y cómo esta ha ido ganando espacio en nuestro país. Como se mencionó, esta protesta se la realiza en un espacio virtual, se ha sustituido los plantones frente al Palacio Presidencial de Carondelet por la computadora, internet, celulares, etc. Ahora desde un computador o cualquier dispositivo que tenga acceso a internet podremos acceder a las diferentes redes sociales, que son las armas y los medios por el que se canaliza la protesta virtual. Con identidad o protegiéndose la misma se podrán publicar los reclamos que cada uno crea y considere necesario en contra de la persona, institución o grupo, al que se requiera.

Esta protesta puede ser presentada a través de comunicados por escrito o de voz, caricaturas, dibujos y porque no considerar a los “memes”, que en el último tiempo ha sido una manera de manifestar nuestro rechazo contra algo o alguien a través de dibujos, fotos, comparaciones y frases tendientes a ser sarcásticas, graciosas y sí, a veces hasta ofensivas. Más allá de esto, se debe analizar si este tipo de protesta es realmente trascendente y se la realiza bajo el principio de un verdadero reclamo legítimo o simplemente se lo utiliza en otro contexto.

⁵⁴ Marco Navas Alvear, *Lo público insurgente. Crisis y reconstrucción de la política en la esfera pública* (Quito: Editorial Quipus-CIESPAL, 2012), 209.

⁵⁵ Ecuador Inmediato, “Crimen de Karina del Pozo no quedará en la impunidad, advierte mandatario”, *Ecuadorinmediato.com*, 2 de marzo 2013, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=192469

La protesta presentada a través de una caricatura consiste en la realización y publicación de un dibujo con tinte humorístico para representar a alguien, denunciar un hecho o reclamar una necesidad a través del sarcasmo y humor. En nuestro país tenemos un claro ejemplo de esta manifestación de protesta, el caricaturista Xavier Bonilla “Bonil” por varios años ha venido presentando sus caricaturas en las columnas de revistas, periódicos páginas de internet, etc., quien ha denunciado atropellos de derechos humanos, injusticias, negligencias y temas de corrupción cometidas por parte del Estado.

Las reacciones a estas caricaturas, a este modo de protestar, no se han hecho esperar y varios actores políticos han arremetido en su contra, partiendo del propio Presidente de la Republica: “El caricaturista ecuatoriano Xavier 'Bonil' Bonilla expresó el lunes 3 de febrero su “indignación” y “risa” por una sanción que le impuso un órgano de control de la información a raíz de un dibujo periodístico que molestó al presidente, Rafael Correa”.⁵⁶

Sin duda veremos y analizaremos más adelante, que de la misma forma que van apareciendo y se van presentado nuevas formas de protesta, el Estado intenta buscar nuevas formas para su represión o fortalecer las que ya tiene, con el fin de silenciar a los protestantes, convirtiéndose esto en un atentado contra la democracia del país, considerando que en un Estado democrático, como es el nuestro, se respetan y garantizan los derechos y que la esencia de la democracia radica no solo en conducir la voluntad de las mayorías sino en permitir lo disensos.

1.5 Límites y formas jurídicas de control de la protesta social

1.5.1 Límites de la Protesta Social

Previo a abordar este tema, el primer cuestionamiento que se nos viene a la cabeza es: ¿los derechos tienen límites?, la respuesta más básica y lógica sería que sí, los derechos de una persona terminan cuando empiezan los de la otra. Pero no es así de simple y lógico. A fin de encontrar la respuesta a esta pregunta, debemos empezar por

⁵⁶ El Comercio “Bonil, indignado por sanción de la Supercom”, *El Comercio*, en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/bonil-indignado-sancion-de-supercom.html>

definir a los “derechos fundamentales”⁵⁷, que mejor que Ferrajoli para que los defina de la siguiente manera:

[...] Son ~derechos fundamentales~ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ~todos~ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por ~derecho subjetivo~ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ~status~ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁵⁸

Partiendo de este concepto, los derechos fundamentales son aquellos que le corresponden a todos los seres humanos por su mera condición de persona y éstos son atribuidos por una norma jurídica. Estos derechos fundamentales no son ilimitados y al respecto Claudia Villaseñor nos dice:

Resulta claro que los derechos fundamentales no son ilimitados: ningún derecho fundamental cubre la esfera total de actuación humana posible. Por el contrario, cada uno de los derechos fundamentales tiene un objeto o contenido más o menos preciso, otorga protección jurídica a un concreto ámbito de actuación, y presenta, por lo tanto, unas fronteras o contornos más o menos definidos.⁵⁹

De estas conceptualizaciones podemos partir diciendo que estos derechos no son ilimitados, no justifican la total actuación de una persona cobijada en su derecho. Todos los derechos fundamentales existen y están enfocados en un objetivo, cada uno de ellos está direccionado a un ámbito de protección distinto, y los límites nacen en sentido de ese ámbito de protección, es decir, el derecho a la resistencia y la expresión de la libertad están enfocados a la protección de la protesta, derecho de participación, y los límites de ésta se marcan cuando la conducta de una persona se sale de este ámbito de protección, por ejemplo: cuando en una protesta exista agresión física de una persona en contra de otra, la libertad de expresión no cobija esta actuación y por lo tanto este hecho aislado no forma parte de la protesta y debe tratarse como tal.

Roberto Gargarella, considerado como uno de los mayores exponentes en temas de protesta social en Latinoamérica, analiza los límites de la protesta en base a los siguientes argumentos: [...] “los derechos no son absolutos y que, por lo tanto, no se

⁵⁷ En nuestra Constitución se habla de derechos constitucionales, pues son todos de la misma jerarquía, sin embargo, de lo cual las referencias doctrinarias que aquí se hacen a los “derechos fundamentales” son pertinentes teóricamente.

⁵⁸ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 19.

⁵⁹ Claudia Villaseñor Goyzueta, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales* (México DF: Editorial Porrúa, 2011), 43.

puede hacer cualquier cosa en nombre de un derecho”⁶⁰ Nos queda claro que los derechos tienen límites pero lo esencial es conocer, cuál es ese límite, el porqué de estos límites, cuándo aparecen estos límites y sobre todo, qué hacer si encontramos a estos límites, preguntas que si no son absueltas volvemos a la misma idea básica de asegurar que los derechos tienen límites, porque sí y sin fundamento alguno, no habremos dicho nada.⁶¹

En el texto carta abierta sobre la intolerancia, Gargarella cita a Gregori Badeni, quien manifiesta: “La libertad de expresión es una libertad legítima, propia de las repúblicas, pero no es una libertad absoluta. El derecho a peticionar, como toda libertad, no es absoluta pues su ejercicio debe adecuarse a las leyes reglamentarias”.⁶² Es importante destacar de lo citado, que el ejercicio del derecho de peticionar debe estar enmarcado en la ley, su ejercicio debe estar normado para saber cuáles son los límites de este derecho. Pero la verdad es que no existe ninguna normativa referente a cómo actuar, que hacer y qué no hacer, que es considerado aceptable y que no lo es. Este es uno de los mayores problemas y el gran vacío que existe para poder establecer los límites de la protesta social, porque, así como para una persona un acto puede considerarse como un exceso de la protesta, para otro; el mismo acto pueda ser considerado un hecho propio y legítimo de la protesta, análisis que entra en un plano meramente subjetivo de quien lo observe.

Esta situación es peligrosa y atentatoria al derecho de la protesta, por un lado, no tenemos las reglas claras para el desarrollo de la misma y por el otro lado tenemos al Derecho Penal, materializado en varios delitos que pueden ser adaptados a cualquier acto legítimo dentro de esta protesta, el ejemplo más explícito: el acto de resistirse a la autoridad. En otras palabras, para establecer los límites de la protesta social, no existe una igualdad de armas, ya que existe mayor normativa para criminalizar sus actos que para defenderlos, sumado a esto el criterio subjetivo del juzgador, el resultado podría criminalizar a la protesta, tema que será analizado a detalle en el siguiente capítulo.

A manera de investigación, Gargarella, nos refiere que de las decisiones judiciales que él ha revisado, en la mayoría de éstas se ha observado que el principal fundamento legal y único es que: *los derechos tienen un límite* y en base a esta justificación tan simple, se han llegado a resolver los casos, los jueces no han dicho

⁶⁰ Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, 1era Edición (Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2006), 15.

⁶¹ *Ibíd.*, 15.

⁶² *Ibíd.*, 15.

nada más respecto de sus decisiones. Nos preguntamos, si el derecho tiene un límite, ¿cuál es ese límite? Quien pone ese límite?, ¿el juez pone esos límites?, recordemos que están limitando un derecho humano, y el fundamento no puede ser así de simple y vacío para justificar esa decisión.⁶³

Otro de los argumentos para llegar a descubrir los límites de la protesta social, que ya no es tan simple y vacía como la anterior, gira en torno a que: “el límite de los derechos tiene que ver son el interés de todos los demás, con el bien común, con reclamos en nombre del interés general. Hay un interés general que cuidar y un bien común que custodiar. [...] usted tiene derecho a protestar, pero eso no significa que pueda protestar de cualquier modo, [...] descuidando el bien de la Nación”.⁶⁴ Aquí el análisis para delimitar el derecho de la protesta ya no se queda únicamente en decir que los derechos tiene límites y con eso basta, sino que entramos a analizar estos posibles límites en relación al interés de los demás personas, a poner en un lado de la balanza los interés individuales o de un colectivo y en el otro lado, el interés común, el interés general de una Nación.

A simple vista el argumento anterior encontraría su fundamento en el bienestar común para limitar los derechos individuales, sin embargo; y desde ya empiezo por decir que este argumento también careció de solides para acercarnos a la idea de los límites del derecho. Los derechos nunca pueden removerse en nombre del interés común, debido a que éstos tienen sentido es porque son capaces de vencer esos reclamos hechos en base al interés común.⁶⁵ Para mayor entendimiento de lo expuesto, brevemente analizaremos el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, sobre la Personería de la Comunidad Homosexual Argentina.

Los antecedentes del caso son los siguientes: La Comunidad Homosexual Argentina (CHA), interpuso un recurso de hecho ante la Corte Suprema, debido a que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, desestimara el recurso presentado por la peticionaria, confirmando la resolución de primera instancia en denegar la personería jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual⁶⁶

⁶³ Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, 1era Edición (Buenos Aires: Siglo veintiunos editores, 2006), 16.

⁶⁴ *Ibíd.*, 16.

⁶⁵ Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, 1era Edición (Buenos Aires: Siglo veintiunos editores, 2006), 17.

⁶⁶ Corte Suprema, “Sentencia del 22 de Noviembre de 1991”, *Caso de la Comunidad Homosexual Argentina*, Buenos Aires, 22 de Noviembre de 1991, https://docs.google.com/document/d/1Y8MXLQw2HTWM4_vfoxQDajOe5mEXQgRAkgc4fqyfUpw/edit?hl=en

En el análisis del fallo de este caso, cabe resaltar las argumentaciones del juez Antonio Boggiano y del Juez Enrique Petracchi, quienes en base a su criterio, el primero declara improcedente el recurso, mientras que el otro lo declara procedente. Boggiano dijo: “Esta gente quiere el reconocimiento de la personalidad jurídica para la asociación que han formado, pero sin embargo el fin de la entidad que integran es contrario al bien común”.⁶⁷ Partiendo de este criterio, los límites de los derechos están amparados en la idea de la protección del bien común, el derecho que tiene esta comunidad se vio limitado, en la negativa que otorgarles la personería jurídica y esto en virtud de que la finalidad de esta comunidad sería contraria moralmente al bien común, por lo tanto se justificó limitar un derecho.

Frente al argumento anterior, inmediatamente salió en su contra Petracchi, quien dijo: “Mire, Boggiano, esto no es así, el razonamiento apropiado es exactamente al contrario de lo que usted sugiere. No es que los derechos encuentran su límite en la idea del bien común, sino que cualquier reclamo hecho en nombre del bien común encuentra su límite en la idea de los derechos”.⁶⁸ Es decir, son los derechos los que ponen límites a los reclamos hechos en proclama del bien común. Los derechos deben tener esa fortaleza para vencer estos reclamos y si no pueden soportarlos estaríamos hablando de que son únicamente letra muerta. Petracchi, también hace una analogía interesante entre la idea del bien común y el caballo de Troya, ya que esta idea ha sido introducida en la sociedad y bajo ese argumento el estado autoritario ha ido mutilando derechos individuales.⁶⁹

El tercer argumento, y que personalmente considero el más cercano a la idea de limitar un derecho es el *choque de derechos*, se limita un derecho en nombre de los derechos de los demás individuos, entonces Gargarella, asociando este argumento con el derecho de la protesta social, manifiesta:

Lo que pasa es que acá se enfrenta un derecho con otro derecho. Es cierto, entonces, que proponemos limitar ciertos derechos, pero lo que ocurre en este caso es que el derecho de los manifestantes choca, en este caso, con los derechos de los demás. En algunas situaciones -nos dicen- se requiere limitar el derecho a la protesta de algunos, pero sólo porque es necesario, al mismo tiempo, proteger otros derechos involucrados, como el derecho a transitar libremente, el derecho a una vida pacífica, el derecho a tener las

⁶⁷ Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, 1era Edición (Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2006), 17.

⁶⁸ Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, 1era Edición (Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2006), 17

⁶⁹ *Ibíd.*, 18

calles limpias, el derecho a llegar al trabajo a la hora que quiero, etcétera. La discusión, entonces, empieza a tomar color, se pone más espesa.⁷⁰

Como bien se ha citado, para que la discusión de la idea de los límites de los derechos vaya tomando forma debemos analizar este argumento del choque de un derecho individual con otro. La solución a esta pugna de dos derechos o de varios derechos que pueden estar en conflicto será el fundamento más lógico y más cercano para poner límites a un derecho, en este caso para limitar el derecho de la protesta.

Ahora la pregunta es: ¿cómo solucionar el conflicto que origina el choque de derechos?, ¿qué derecho es el más importante? y ¿cuál es el derecho que debe sobreponerse a los demás? No es tan simple dar respuesta a estas interrogantes, sin embargo, recurriendo a la lógica, cuando existen varias personas reclamando un derecho distinto y que choquen entre sí, alguna de esas personas va a perder. “Nos encontramos en una situación en donde algo importante y que valoramos se va a perder, y lo que tenemos que lograr es que ésta pérdida afecte lo menos posible aquello que más valoramos. Entonces, lo que se necesita es justificar cual es el derecho que va a perder más, cuánto va a perder y porque razones”.⁷¹

La respuesta a estas interrogantes irán surgiendo al momento de ir separando el derecho más relevante de todos los que estén en conflicto, la mejor fórmula para esto es el ejercicio de ponderación, y sugiero que sea aplicando las fórmulas que Robert Alexy propone en su teoría del peso, que consiste en asignar un valor a cada derecho en conflicto para aplicar las formulas y algoritmos establecidos en su teoría y así obtener el derecho de mayor peso, el de mayor importancia, de esta forma estaremos jerarquizando derechos.⁷²

Sin embargo, Robert Alexy refiere que este concepto de ponderación no constituye un método que permita un control racional, ya que este ejercicio está sujeto al criterio de quien lo realiza:

Los valores y los principios no regulan por si mismos su aplicación, Por lo tanto, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien lo realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control que se surte por medio de las normas y del método. Se abriría así un margen para el subjetivismo y decisionismo judicial. Estas objeciones son acertadas en la medida en que con ellas se exprese que la ponderación no es un

⁷⁰ *Ibíd.*, 20

⁷¹ Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, 1era Edición (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2006), 21.

⁷² Carlos Bernal Pulido, “En torno a la fórmula del peso”, en: *La argumentación y los derechos fundamentales*, editado por Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010), 141.

procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente, de manera forma necesaria, a un resultado. Sin embargo, dichas objeciones no son correctas en la medida en que ellas se infiere que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional.⁷³

La ley de ponderación, como tal, según Robert Alexy: “no formula ninguna pauta con cuya ayuda puedan decidirse definitivamente los casos. Sin embargo, el *modelo de la ponderación como un todo* ofrece un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que fundamentarse racionalmente.”⁷⁴

En este contexto, la sugerencia que hace Gargarella, para identificar el derecho de mayor relevancia es: [...] “el último derecho a ser retirado, o sea, el que más hay que cuidar es el que está más cerca del nervio democrático de la Constitución.”⁷⁵ Regresando al derecho de la protesta, el derecho de libertad de expresión es el derecho central respecto de los derechos que se puedan ver afectados con el cierre de una vía. Si bien se está sobreponiendo el derecho de libertad de expresión materializado a través de la protesta social, sobre el derecho que tiene un ciudadano a transitar libremente por el territorio, este último podría ser sacrificado en virtud de la permanencia del otro, que reviste de mayor importancia y es un derecho fundamental para el fortalecimiento de la libertad en una sociedad democrática. Si hacemos que prevalezca el derecho al libre tránsito de las personas y anulamos el derecho a la protesta, estaríamos afectando seriamente lo que más valoramos. Este ejercicio se aplica en el derecho constitucional y no el derecho penal. Robert Alexy, a manera de ejemplo, dice: “En las ponderaciones de derecho constitucional, de lo que se trata no es qué tan importantes considere alguien a la libertad de prensa y a la seguridad exterior, sino de qué tan importantes deben ser considerados estos principios.”⁷⁶

Retomando lo manifestado, el ejercicio de los derechos tiene un límite, no se puede hacer cualquier cosa y menos irse en contra de cualquier persona en nombre de un derecho. La dificultad está en determinar esos límites, ya que no vamos a encontrarlos determinados frente a cada derecho, sino que se debe arribar a ellos en base a argumentaciones sólidas y enmarcadas, sobre todo, a la Constitución. Los derechos no se limitan sólo por decir que los derechos tienen límites, tampoco se pueden limitar

⁷³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da Edición en castellano (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 135.

⁷⁴ *Ibíd.*, 144.

⁷⁵ Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, 1era Edición (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2006), 22.

⁷⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da Edición en castellano (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 140.

derechos en base al interés común, únicamente se podría limitar un derecho en nombre de otro derecho. Y en este sentido Gargarella y Robert Alexy, nos han expuesto sus criterios para resolver el conflicto de este choque de derechos.

1.5.2 Control de la Protesta Social

Entre los diversos mecanismos sociales de control de la protesta social, los medios de comunicación han sido por siempre un factor muy vinculante en la sociedad, para bien o para mal, a través de su construcción social de la realidad pueden mostrar a la sociedad una realidad totalmente distinta con el objetivo de ejercer sobre los televidentes cierta manipulación.

En este contexto, Marco Navas explica como intervienen los medios de la comunicación en la sociedad:

La mediatización (Verón 1997: 6-16) como función fundamental de los medios es clave para comprender sus actuaciones. Por *mediatización* entendemos el modo en el que, a partir de una forma de organización y un dispositivo tecnológico específicos, los medios intervienen en los flujos comunicativos de la sociedad en dos formas. Por un lado, recirculando masivamente estos flujos, y por otro, modelándolos, al ofrecer aparejadas a los contenidos que hacen circular, propuestas para darles sentido. A partir de esta capacidad de dar sentido a los contenidos que difunden, puede decirse que los medios adquieren un poder de tipo performativo basado en la comunicación pública. Hay que recordar sin embargo, que la mediatización es una parte de los complejos procesos sociales de mediación simbólica donde intervienen también otros actores (Martín Barbero 1991: 233).⁷⁷

En el blog de internet “Ssociologos, Blog de Actualidad y Sociología”, se aborda el tema de la propaganda como método de control y la criminalización de la protesta social:

Decía Ryszard Kapuscinski que estamos viviendo dos historias distintas, la de verdad y la creada por los medios de comunicación. El problema deriva en que cada vez conocemos más los hechos creados por los medios de comunicación y no la realidad. Esto es lo que Berger y Luckmann llamaron la construcción social de la realidad. La realidad construida se conforma mediante la propaganda, que no es más que una construcción ordenada de engaños que transmiten el mensaje del poder para conseguir un objetivo.⁷⁸

⁷⁷ Marco Navas Alvear, *Lo público insurgente. Crisis y reconstrucción de la política en la esfera pública* (Quito: Editorial Quipus-CIESPAL, 2012), 82.

⁷⁸ Blog de actualidad y sociología, “La Propaganda como método de control y la criminalización de la protesta social” publicado 26 de agosto del 2013, <http://ssociologos.com/2013/08/26/la-propaganda-como-metodo-de-control-y-la-criminalizacion-de-la-protesta-social/>

¿Y cuál es este objetivo, que persigue esta transmisión de mensajes de engañosos?, simple, decir a la sociedad que hacer y qué no hacer, a través de sembrar en ellos un sentimiento de culpa, es decir trasladar la responsabilidad de lo que ocurre al individuo, a la propia persona, por lo tanto si uno interioriza este mensaje, el ciudadano se vuelve pasivo y complaciente con el Estado, ya ha quedado interiorizado el mensaje de que la culpa de los problemas que ocurren no son del Estado sino de uno mismo, consecuentemente no vamos a salir a protestar, porque “nos dimos cuenta” la culpa ha sido nuestra.

En España, fue utilizado este medio para controlar la protesta social que se originó a raíz de la crisis económica en la que éste país cayó:

Durante estos años de crisis económica hemos visto cómo los medios de comunicación, mediante la información que transmitían, buscaban el objetivo de reemplazar la acción de protesta en las calles por la culpa, la resignación y el individualismo. Estos conceptos se pueden resumir en la conocida y muy utilizada frase “Hemos vivido por encima de nuestras posibilidades”.

En esta frase se encierra el mensaje de trasladar la responsabilidad de la problemática que el individuo sufre a su propia persona. Si el ciudadano piensa que la culpa de su precaria situación es sólo suya no la proyecta en un elemento externo, que sería el gobierno, y no protesta ante él. Se convierte en un ciudadano doliente y pasivo. Se convierte en un ciudadano que asume los sacrificios y no protesta.⁷⁹

En Argentina, debemos mencionar el proyecto de la “Ley Antipiquetes”, que fue una propuesta concreta para el control de la protesta social. En síntesis, este proyecto estaba fundado en tres principios: 1) Distinción entre manifestaciones legítimas e ilegítimas, se pretendía establecer esta distinción en base a varios requisitos “burocráticos” que debían ser cumplidos para que se considere una manifestación legítima, sino se cumplían con estos requisitos se la consideraba ilegítima y permitía la fuerza policial intervenir en ella para dispersarla, en otras palabras, para reprimir a los manifestantes. 2) El uso de la fuerza policial, es legítimo la intervención de la fuerza policial para el control de las protestas ilegítimas, en el capítulo III de esta “Ley antipiquetes” se establecían las condiciones de la actuación policial, la misma que estaba reglada por los principios de legalidad, gradualidad, oportunidad y último recurso, además la prohibición de armas de fuego y armas no letales. El problema de esto es que esta ley está habilitando el ejercicio de la violencia, le está otorgando legitimidad jurídica. 3) Este proyecto nace del argumento de que el derecho a la protesta

⁷⁹ Blog de actualidad y sociología, “La Propaganda como método de control y la criminalización de la protesta social” publicado 26 de agosto del 2013, <http://sociologos.com/2013/08/26/la-propaganda-como-metodo-de-control-y-la-criminalizacion-de-la-protesta-social/>

choca con el derecho al libre tránsito, produciéndose una coalición de derechos de igual jerarquía, sin embargo termina por privilegiar al derecho de libre tránsito mientras el derecho a la protesta entra a regulación.⁸⁰

El control de la protesta social por parte de la fuerza pública, en la mayoría de los casos va a estar vinculado a su criminalización, se ha analizado brevemente la ley antipiquetes, un proyecto que nació en Argentina y que se mostró como garantista y respetuoso del derecho a la protesta social, sin embargo fue una reglamentación preparada para criminalizar la protesta social, y claro ejemplo de esto es la potestad que se le otorga a las fuerzas policiales a interferir en ellas, sin duda, creando violencia y como su participación está legitimada por ley, los protestantes estarán sometidos a ellos.

En este punto, que nos hemos referido a las fuerzas policiales, como agentes de control de la protesta social, demos mencionar que la actuación de los mismos debe estar enmarcada en las normas internacionales sobre el uso de la fuerza y puntualmente regirse al Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador, el mismo que:

[...] permite la regulación del uso adecuado de la fuerza en el cumplimiento de las funciones específicas del servicio policial contempladas en la Constitución de la República, normas internacionales ratificadas por el Estado ecuatoriano y demás normativa interna que regule la materia, en salvaguarda de la integridad de las personas, sus derechos y bienes, preservando las libertades, la paz pública, la seguridad ciudadana y la prevención de la comisión de infracciones, dentro del territorio nacional; y, aplicando los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad.⁸¹

La aplicación de la fuerza por parte de los agentes policiales en el desarrollo de una protesta, únicamente se justificaría si se tratase de una protesta violenta en la se haya alterado la paz pública y esté en riesgo la integridad de las personas, bienes y seguridad ciudadana, sin embargo, esta aplicación de la fuerza debe fundamentarse en tres principios claves: legalidad, proporcionalidad y necesidad.

A manera de introducción al siguiente capítulo, empezaremos por decir que el método más utilizado por los estados para el control de la protesta social es, sin duda, el Derecho Penal, utilizado como un arma y la única para controlar a la protesta, pero este método lo que hace es criminalizar no controlar. “Es lamentable que se pretenda rastrear los códigos penales y contravenciones para proceder a la pesca de tijos y a su

⁸⁰ José Ignacio Saucedo y Maximiliano Román, *El control estatal de la protesta social: Una aproximación filosófica a la ley antipiquetes*, *Contenciosa*, Año II (España: Universidad del Nordeste, 2015), 2-7.

⁸¹ Ecuador. *Ámbito. Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la policía nacional del Ecuador*. Acuerdo Ministerial No. 4472, art.-1.

elastización con el objeto de atrapar estas conductas, que pertenecen al ámbito de ejercicio de la libertad ciudadana.”⁸²

En una sociedad democrática, no es aceptable que se controle a la protesta con represión, eso desencadenaría en su criminalización y consecuentemente la violación de derechos fundamentales del ser humano. En palabras de Daniela Salazar: “La iniciación de procesos penales y la imposición de penas privativas de libertad para personas que utilizan la protesta pacífica como medio de expresión de sus ideas se conoce como criminalización de la protesta.”⁸³ Partiendo de este concepto básico de la criminalización de la protesta, vemos que ésta se asocia con el Derecho Penal y éste es utilizado para reprimir a quienes ejercen pacíficamente su derecho a expresar sus disensos.

Recapitulación

A manera de conclusiones parciales se presentan dentro de este capítulo algunas reflexiones sobre la conceptualización de la protesta social y sus diferentes formas de manifestación y la invocación del derecho a la resistencia a través de ésta.

- La protesta social podría ser entendida como uno de los mecanismos para la invocación de la resistencia colectiva, al cual recurren los actores de una sociedad, sean estos: movimientos indígenas, movimientos estudiantiles y laborales, defensores de los derechos humanos para exigir sus reclamos y rechazo. Es así que la protesta social es el derecho de los derechos, ya que a través de ésta se demanda el reconocimiento de nuevos derechos, se exige el respeto de los ya existentes y la eliminación de decisiones que puedan afectar derechos.

-El ejercicio de la protesta social está amparada en el derecho a la resistencia, contenido en nuestra Constitución e instrumentos internacionales. Así mismo la protesta es una invocación del derecho de participación ciudadana y de la libertad de expresión, el mismo que garantiza el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente en todas sus formas y manifestaciones.

⁸² Eugenio Raúl Zaffaroni, “Derecho Penal y Protesta Social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 20.

⁸³ Daniela Salazar Marín, “La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en Ecuador”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal* (Quito, Corporación Editora Nacional, 2012), 67.

-La libertad de expresión no significa únicamente, el derecho a expresar nuestras opiniones, sino que se asocia muy fuertemente al derecho a estar informados y a recibir información u opiniones de los demás, éstas canalizadas por cualquier medio a elección de la persona. Es así que la protesta es una manifestación de la libertad de expresión.

El derecho de libertad de expresión exige tolerancia, pero éste sí puede ser restringido, para que las restricciones puedan ser activadas en contra de la libertad de expresión deben cumplir ciertos requisitos que el sistema interamericano de los derechos humanos ha estandarizado y están prohibidas las manifestaciones referentes a apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.

-Existen varios tipos de manifestación de protesta social; colectiva e individual, desde las que se realizan ocupando un lugar público, cerrando las vías e impidiendo el libre tránsito de las personas, hasta el tipo de protesta social informática, que deja de ocupar un lugar público y desde un espacio virtual expresan sus opiniones y disensos.

El Ecuador a lo largo de su historia ha sido testigo de grandes manifestaciones que son de recordar como: la “revuelta de los forajidos”, manifestación pública que terminó derrocando al gobierno del presidente Lucio Gutiérrez en el año 2005, el levantamiento nacional indígena que fue respaldado por los militares y terminaron derrocando al presidente Jamil Mahuad en el año 2000.

-Los derechos no son absolutos, en nombre de ellos no se puede hacer cualquier cosa en contra de algo o de alguien. La protesta social tiene límites, sin embargo, estos límites deben ser muy bien analizados para poder identificarlos y aplicarlos sino estaríamos criminalizando la protesta social. Los límites de la protesta social se encuentran en los límites de la persona, es decir, cuando el derecho que ejerce una persona choca contra el de otra se produce una colisión de derechos y frente a esta situación uno de ellos va a perder, lo importante es buscar la menor afectación posible del derecho y privilegiar al que más cerca esté del nervio democrático de la Constitución.

-Los medios de comunicación tienen gran influencia dentro de la sociedad, ya que éstos pueden mostrar una realidad diferente a la que realmente existe a través de su construcción social de la realidad, moldeando el comportamiento de las personas ante tales situaciones. En este contexto, la protesta, puede ser mostrada por los medios como una forma de ejercer el derecho a la resistencia, por un lado, o puede ser hasta criminalizada, mostrándola como un acto ilegal que debe ser reprimida, por el otro.

-La primera conceptualización de “criminalización de la protesta” la analizamos desde el punto de vista de Zaffaroni y Daniela Salazar Marín, quienes de manera conjunta relacionan a ésta con el uso del Derecho Penal. El simple hecho de utilizar al Derecho Penal para reprimir las actuaciones de los protestan protestantes, es criminalizar la protesta.

Capítulo II

Criminalización de la protesta social y el derecho penal

En este capítulo enfocaremos el tema de la criminalización de la protesta, realizaremos un acercamiento conceptual de ésta, desde el punto de vista de varios autores. Partiendo de esta premisa, analizaremos en la influencia del Derecho Penal en la protesta social, para esto plantearemos diferentes teorías que justificarían o no castigar los casos de protesta social para luego contrastar como los conceptos de protesta, analizados en el primer capítulo.

Así mismo, expondremos los tipos penales contenido en nuestra legislación penal, concretamente en el Código Orgánico Integral Penal, que pueden ser utilizados para criminalizar a la protesta social, comparándolos con los tipos penales que estuvieron vigentes en el antiguo Código Penal. Por último, realizaremos una comparación con la legislación colombiana, respecto de la regulación de la protesta social.

2.1 Criminalización de la protesta social

2.1.1 Definiciones de “criminalización de la protesta social”

Vamos a partir de la definición básica del término “criminalización”, que según el Diccionario de la Lengua Española, lo define como: “acción de criminalizar.”⁸⁴ Y por criminalizar se entiende: “atribuir carácter criminal a alguien o algo”⁸⁵, por “carácter criminal”, entendemos que es contrario a la ley y debe ser reprimido, por lo tanto y asociándolo con la protesta, la “criminalización” es calificar a la acción de protestar como un hecho delictivo, contrario a la ley y que debe ser reprimido el acto y quienes lo realizan. Es así que, partiendo de esta simple definición vemos que la criminalización de la protesta es totalmente inaceptable y no se puede permitir, por lo menos en un estado democrático y en el que existe respeto mínimo por los derechos humanos.

⁸⁴ Ver en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=criminalizaci%C3%B3n>

⁸⁵ Ver en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=BGdhtAk>

Mariana Jiménez, dentro de su tesis, citada anteriormente, recoge que la criminalización de la protesta social puede ser identificada como el uso por parte del Estado de diferentes medios judiciales o penales en contra de estas manifestaciones de disenso, con la finalidad de amedrentar a los manifestantes y evitar el que se repitan.⁸⁶ Es decir, surge la criminalización de la protesta social, cuando en ésta interviene el Estado con la herramienta del Derecho Penal para controlar a los manifestantes, logrando con esto intimidarlos, judicializarlos y terminar con ésta.

En palabras de Marco Arana, citado por Mariana Jiménez:

La criminalización de las protestas sociales tienen que ver con el objetivo de descabezar los movimientos sociales de resistencia y detener cualquier propuesta de cambio, para dejar el camino libre o disminuir los obstáculos para el avance de las industrias extractivas y la consolidación política de aquellos grupos de poder que están aliados a los intereses transnacionales, Así el objetivo de la criminalización de las protestas es que quien defiende la justicia, la tierra, el agua, los derechos humanos, sea considerado un criminal y por tanto puede perder su libertad, es decir se invierte el sentido de la justicia y lo legal, es así que lo legal no coincide con lo justo. Entonces la lucha contra la criminalización de la protesta es la lucha por la justicia⁸⁷

Criminalizar la protesta es considerar a los manifestantes de ésta como criminales y por lo tanto reprimirlos hasta al punto de que pierdan su libertad, y quiénes son estos “criminales”, pues son los que defienden los derechos humanos. Por esto se dice que luchar contra la criminalización de la justicia es luchar por la justicia.

Desde el punto de vista de Oscar Correas, para hablar de criminalización de la protesta social, se debe diferenciar la “judicialización” de la “criminalización”, y nos explica que el término “judicialización” es el proceso de sacar un conflicto social de su contexto político y resolverlo en el ámbito judicial. Por lo tanto deja de ser un problema social para convertirse en un problema jurídico.⁸⁸ Mientras que la criminalización jurídica de la protesta social, puede ser el resultado de un proceso previo de judicialización de dicho conflicto social, por lo tanto la criminalización atribuye a una persona o grupo social el carácter de criminal, ésta se la realiza desde el derecho.⁸⁹ Es decir, que la judicialización es la primera en intervenir en la protesta social y una vez que la ubica dentro del ámbito judicial interviene la criminalización, reprimiendo a los

⁸⁶ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 27, <https://es.scribd.com/doc/100620219/El-Derecho-de-Resistencia-en-la-historia-y-en-la-ley>

⁸⁷ *Ibíd.*, 26-27.

⁸⁸ Oscar Correas, *La criminalización de protesta social en México* (México, D.F: Editorial Coyacán, 2011), 268.

⁸⁹ *Ibíd.*, 269.

actores y sancionándoles. Ahora ésta facultad sancionatoria es exclusiva del Estado realizada a través del poder judicial, tal como lo explica Correas a continuación:

La criminalización jurídica se deriva de un proceso de judicialización y es un tipo de sanción penal, es decir, una reacción del estado (ejecutada por sus diversos agentes) ante la determinación de la responsabilidad de un sujeto en la comisión de hechos considerados por la ley como delictivos. Desde esta perspectiva, la criminalización es una actividad reservada exclusivamente al llamado poder judicial estatal. Es decir, únicamente un juez, luego de tener conocimiento de ciertos hechos y presidir un proceso penal determinado en el que se escuche a las partes, está facultado para emitir una decisión o sentencia con valor y fuerza vinculante, responsabilizando o absolviendo a alguien por la comisión de un delito. Pero esto no significa que debe criminalizar conductas en todos los casos. Sino que deberá hacerlos si, y sólo si, su decisión se halla *justificada*.⁹⁰

Contextualizando lo referido por Correas, la criminalización de la protesta social sería, ya no considerarla como un problema social sino como un problema jurídico que debe ser resuelto judicialmente, y por lo tanto con la intervención del Derecho Penal para reprimir el “supuesto” delito. Dentro de la actividad de la protesta social se podrían configurar acciones que constituyan delitos, estas acciones si deben ser sancionadas, pero no la mera acción de protesta, el trabajo de identificar estas acciones punibles será responsabilidad de los jueces.

Contrastando las definiciones anteriores, en palabras de Rafael Romero Escalante, ex preso del Idmx o también llamado los disturbios del 1 de diciembre de 2012 en México, que se resume en la más grande manifestación realizada en la Ciudad de México, en contra del gobierno del presidente Peña Nieto, día clave para analizar el proceso de criminalización de la protesta social en el país, debido a que una cantidad de personas fueron consideradas víctimas de violaciones a sus derechos humanos, según el informe de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal⁹¹, considera a la criminalización de la protesta social así:

[...] podemos definir a la criminalización de la protesta social como: llevar los conflictos sociales al área judicial, encarcelar a los integrantes de los movimientos y obligarlos a llevar largos y adversos procesos. Y esto puede llevarse a cabo de las siguientes maneras: detenciones arbitrarias y otras violaciones al debido proceso; equiparación de los luchadores sociales a delincuentes; agravamiento de las acusaciones, ilegalización de la protesta social y falta del debido proceso penal.⁹²

⁹⁰ Oscar Correas, *La criminalización de protesta social en México* (México, D.F: Editorial Coyacán, 2011), 269.

⁹¹ Correas, “La criminalización”, 269.

⁹² Rafael Andrian Romero Escalante, “¿Qué es la criminalización de la protesta y de la juventud?”, 28 de abril de 2015, <http://www.laizquierdadiario.mx/Que-es-la-criminalizacion-de-la-protesta-y-de-la-juventud>,.

Una definición que guarda relación con lo manifestado por Correas, en el sentido de que la criminalización de la protesta es trasladar el conflicto social al área judicial y tratarla dentro de esta esfera.

A manera de conclusión, tratando de obtener un concepto propio y partiendo de los conceptos expuestos, diríamos que la criminalización de la protesta es el uso del Derecho Penal por parte del Estado en contra de los manifestantes de la protesta para controlar la misma y evitar otras futuras. Por lo tanto a continuación abordaremos la relación y cómo interviene el Derecho Penal en la protesta.

2.2 El Derecho frente a la protesta social

Desde la óptica de Roberto Gargarella, para tratar el tema del Derecho frente a la protesta social, es indispensable tener como fundamento cuestiones relacionadas con la teoría de la democracia, teoría de los derechos, interpretación constitucional, teorías de la justicia.⁹³

La teoría de la democracia supone un doble compromiso: 1) proteger a las mayorías, sus aspiraciones democráticas y 2) resguardar a las minorías, a los derechos de cada individuo. En los conflictos relacionados a la protesta social siempre existirá este debate entre las aspiraciones democráticas frente a los derechos de cada uno, lo que supone la preocupación de proteger los derechos humanos y la de proteger la democracia y los llamados a resolver este debate son los jueces, sin embargo éstos han tenido fundamentos muy pobres, por citar un ejemplo: el caso “Schifrin”, en el que se condenó a una maestra líder de la protesta a no volver a tomar parte de reuniones públicas con el fundamento jurídico de que como “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”, la única expresión legítima y soberana del pueblo es la que se produce a través del sufragio y que cualquier otro tipo de expresión de la voluntad popular, tales como la protesta, no refleja la opinión mayoritaria del pueblo sino únicamente la de un grupo insurgente.⁹⁴ Es decir, se considera que el sufragio es el límite de la democracia, lo que va más allá de eso se considera como un delito perpetrado por este “grupo insurgente”.

⁹³ Roberto Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, en: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 822.

⁹⁴ Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, 823-824.

Lo que supone esta teoría de la democracia que cita Gargarella, es que la idea de la democracia no debe ser limitada y restringida, sino al contrario, se debe partir de la concepción de una democracia amplia e inclusiva, sólo así se podría concebir de otro modo los temas de la protesta social. “La idea es que el Poder Judicial debe brindar un resguardo muy especial a la persona que critica al gobierno, en lugar de convertirse, como hoy tiende hacer, en líder del reproche frente a quienes protesta”:⁹⁵ El Poder Judicial no debe estar presente para criminalizar la protesta social sino todo lo contrario, debe hacerse presente con la finalidad de proteger a las personas que están protestando, lo que significaría un verdadero respeto a la democracia.

Ahora, respecto de los derechos de las mayorías y de las minorías, es importante realizar el siguiente análisis desde lo que escribe Gargarella, el Poder Judicial es el que está llamado a mantener una preocupación especial por las “minorías” ya que las “mayorías” cuentan con formas de expresión institucional, tal como el poder político, los legisladores y el poder ejecutivo⁹⁶, estos órganos fueron creados para expresar los reclamos mayoritarios, y fueron creados por los grupos de mayoría, quienes los eligieron a través de una elección popular. Sin embargo, quienes no optaron por elegirlos conforman el grupo de las minorías, quienes necesitan otras formas de expresión para que sus reclamos sean atendidos. No con esto quiere decir que los grupos de mayoría representados por estos poderes, tengan satisfechas en absoluto sus requerimientos y reclamos, debido a que estos poderes pueden o no actuar bien.

Y, ¿por qué se dice que el Poder Judicial debe preocuparse por las minorías?, Porque este poder no es de elección popular, no existe por decisión de las mayorías, los jueces no representan a las mayorías, ellos están en sus cargos para impartir justicia a todos quienes acudan requiriendo de ella y serán los grupos de minorías quienes deben tener una atención especial por parte de este poder, ya que no se sienten representados y atendidos por los poderes. “De allí también resulta que si el juez no resguarda de un modo especial a estos grupos, los sectores minoritarios quedan virtualmente desprotegidos.”⁹⁷

En base a lo expuesto, si el Poder Judicial, a través de los jueces comienza a sancionar y reprimir a la protesta social, la misma que es el medio de expresión de los grupos minoritarios y desentendidos, estaría criminalizando a este grupo y

⁹⁵ Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, 826

⁹⁶ *Ibíd.*, 827-828

⁹⁷ Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, 828

consecuentemente a más de no brindarles esa atención especial mencionada serían sujetos de represión y castigo.

2.3 El Derecho Penal frente a la protesta social

Vamos a partir de que el Derecho penal supone punición, por lo tanto es cuestionable que el Derecho Penal intervenga en la protesta social, porque esto significaría criminalizar a esta, más aun si contrastamos con los conceptos revisados anteriormente. María Falcón, en su libro “El ciudadano frente a la ley” se plantea los siguientes cuestionamientos respecto del castigo al desobediente civil:

El castigo o punición es uno de los aspectos más cuestionables de la desobediencia civil. [...] Quizás sea necesario reprimir la desobediencia civil para impedir la destrucción de la sociedad que se produciría si todos o muchos nos comportáramos así. Quizás aceptar el castigo sea parte de las reglas del juego de la democracia. Quizás así el desobediente dé testimonio de sinceridad y buena fe. Quizás obedecer sea el precio a pagar por los beneficios que recibimos del Estado. Pero quizás éstos sean demasiados quizás, porque la desobediencia civil raras veces es extensible a una gran masa desestabilizadora, porque el juego democrático permite el disenso, porque la buena fe se presume a no ser que se demuestre lo contrario, y porque ya como contribuyentes pagamos por los beneficios que recibimos. Por todo ello parece excesivo tratar de igual modo la desobediencia civil que las violaciones ordinarias de la ley.⁹⁸

De la cita anterior, es importante resaltar que la desobediencia civil, que es considerada como una forma de protesta social, no puede ser comparada con las violaciones comunes de la ley, primero porque la democracia permite el disenso que pueda existir sobre un mismo tema dentro de una sociedad, además la desobediencia civil no está llamada para destruir la sociedad o desintegrar un ordenamiento, al contrario reclama un cambio para ese ordenamiento y por último, si bien el Estado nos satisface ciertas necesidades, no por esto estamos sujetos a un castigo por disentir en su contra.

2.3.1 Teorías para justificar el castigo en casos de protesta social

Vamos a partir preguntándonos: ¿en qué medida las teorías tradicionales de la pena justifican la imposición de un castigo en los casos de protesta social? [...] “las teorías tradicionales que justifican la pena indican que el castigo en este tipo de casos no tiene ninguna función valiosa en particular más que acallar las voces disidentes y, de

⁹⁸ María José Falcón y Tella, *El ciudadano frente a la ley* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004), 35.

esa manera, empobrecer el debate democrático.”⁹⁹ Es decir, que la imposición de un castigo al disidente tiene la única finalidad de silenciarlo.

Podríamos llamar criminal a la persona que ha cometido un crimen o un delito y es aceptable que esta persona reciba un castigo o sanción por lo cometido, pero nunca se lo podría comparar con el desobediente civil o con el actor de una protesta social, ya que el acto de la protesta o de la desobediencia civil no reúne los requisitos para que sea considerado un delito, además que las motivaciones que cada uno de ellos tiene para realizar el acto es completamente distinto.

Sin embargo el Estado castiga al desobediente civil, con la finalidad de que no propague el mal ejemplo y consecuentemente no se repita una acción similar por el propio desobediente o por cualquier otro que lo intente simular, por lo tanto ésta es una de las motivaciones para que los jueces impongan una pena.¹⁰⁰ Este fundamento radica en la finalidad preventiva de la pena, sea ésta como prevención general y como prevención especial y respecto de ésta teoría, Roxin sostiene que:

En los casos de desobediencia civil insignificante (de escasa importancia), merecedora de indulgencia [...] no concurre una necesidad ni preventivo especial ni preventivo general de pena. Preventivo especial no, porque los sujetos son ciudadanos preocupados por el bien común y no “criminales”, y porque políticamente es suficiente una desaprobación de la infracción de las reglas insistiendo en su antijuridicidad (junto con las eventuales consecuencias de Derecho civil y de Derecho público). El castigo con pena criminal está preventivo especialmente contraindicado porque puede conducir al sujeto a un aislamiento y radicalización que más bien favorezca la comisión de delitos más graves. Tampoco es precisa punición alguna desde el punto de vista de la prevención general porque la “prevención de integración”, que hoy ocupa el primer término entre las finalidades de la teoría de la pena [...], no atiende a la intimidación, sino a la resolución de conflictos sociales. Este arreglo de conflictos en los casos insignificantes (de escasa importancia) se alcanza mejor mediante la renuncia a la pena que mediante la punición. Pues es deseable integrar el potencial de protesta básicamente conforme al sistema de nuestra sociedad, en vez de discriminarlo y confinarlo mediante el castigo con pena criminal.¹⁰¹

Así para Roxin, los casos de desobediencia civil y podríamos encajar aquí también los casos de protesta social de escasa importancia, deberían ser tolerados, no deberían ser objeto de sanciones.

La imposición de un pena como prevención especial podría provocar en el desobediente un resultado contrario a lo que tiene por finalidad esta teoría y hacerle propenso a que cometa delitos más graves, ya que en este aislamiento al que se lo

⁹⁹ María José Falcón y Tella, *El ciudadano frente a la ley* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004), 859.

¹⁰⁰ Falcón y Tella, “El ciudadano frente”, 60.

¹⁰¹ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (Madrid: Citivas, 2006), 954.

condena con el fin de corregirlo, integrarlo y resocializarlo, lo que verdaderamente se está haciendo es “neutralizarlo”, además se debe considerar que: “aquellos que protestan no suelen ajustarse al estereotipo de delincuente que, a través de esta teoría, se pretende “resocializarlo” o, en su caso, neutralizar, sino que se trate, en general, de personas comprometidas con los asuntos públicos y comunitarios, cuyas posibilidades de expresión están limitadas”.¹⁰²

Además, en palabras de Roxin, surge otro punto débil de la prevención especial, la misma que radica en no saber qué hacer con los autores que no necesitan de resocialización, y pone como ejemplo a los autores de hechos imprudentes, autores ocasionales de pequeños delitos y hasta autores de delitos graves que por distintas circunstancias temporales prevén imposible una nueva comisión de delito.¹⁰³ Más aún si nos enfocamos a los autores de una protesta social, son personas que no necesitan ser resocializados, entonces, ¿qué hacer con ellos?, por lo tanto no se justifica el castigo para ellos desde este punto de vista de prevención especial.

La imposición de una pena como prevención general, tiene que ver con el fin de la pena en función de los efectos que puede producir en la sociedad. Desde el punto de vista de la teoría de la prevención general negativa, la pena cumple un efecto de intimidación a las demás personas que pretendan cometer delitos semejantes. Sin embargo, esta teoría falla frente a la justificación del castigo en casos de protesta social debido a dos razones: 1. El castigo se presenta como un efecto disuasivo, se intensifica la persecución penal y la amenaza del castigo es latente en los casos de protesta social, donde un grupo de minoría pretende hacer pública un reclamo, el resto de la ciudadanía es la destinataria del reclamo, y no criminales en potencia a ser disuadidos.¹⁰⁴ En otras palabras, según esta teoría, el efecto disuasivo de la pena impuesta a este grupo de minoría, estaría encaminada al resto de la sociedad, sin embargo el resto de la sociedad no son criminales que deban ser disuadidos, al contrario son los receptores del reclamo. 2. Partiendo de que la esencia de la protesta social es el enfrentamiento con la autoridad, la represión penal no va a disuadir a otros grupos que pretendan reclamar, al contrario, el castigo va a presentarse como un incentivo para intensificar la protesta y

¹⁰² Roberto Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, en: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos aires: Abeledo Perrot, 2009), 860.

¹⁰³ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (Madrid: Citivas, 2006). 89.

¹⁰⁴ Roberto Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, en: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos aires: Abeledo Perrot, 2009), 859.

motivar a que otros grupos salgan a las calles a protestar.¹⁰⁵ Bajo esta premisa se debe analizar que la motivación que tiene una persona de protestar no es la misma que tiene una persona que comete un delito común, por lo tanto, si se está protestando contra la autoridad y ésta en lugar de atender dicho reclamo decide castigar, eso motivará a que otros grupos salgan a protestar y ya no sólo por el reclamo inicial sino ahora también por la represión y el castigo impuesto a los protestantes.

Desde el punto de vista de la prevención general positiva: “la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”¹⁰⁶, esta teoría tiene cuatro fines y efectos, según Roxin: “el efecto de aprendizaje; el “ejercicio de confianza del derecho”, [...] el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y, finalmente el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.”¹⁰⁷ En otras palabras, la imposición del castigo al autor tiene la finalidad de mostrar a la sociedad que el derecho funciona y que está presente para castigar a quien infrinja la ley y obviamente esto crea un efecto general de intimidación a la comunidad, porque se está comunicando a la sociedad que no actúen de la misma forma porque el derecho existe y funciona y por lo tanto serán merecedores de un castigo.

Por lo tanto, justificar el castigo en casos de protesta social bajo esta teoría de la prevención general y prevención especial, no es aceptable porque la pena no estaría cumpliendo su finalidad disuasiva ni intimidatoria ya que no estamos frente a criminales sino frente a protestantes.

Desde la teoría de la retribución, justificar del castigo en los casos de protesta social, sería la menos aceptada ya que ésta no reviste de ningún interés social, bajo esta teoría de la retribución el castigo se justifica únicamente por el mero cometimiento de una infracción. En palabras de Roxin: “La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido.”¹⁰⁸

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 859.

¹⁰⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (Madrid: Citivas, 2006), 91.

¹⁰⁷ Roberto Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, en: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos aires: Abeledo Perrot, 2009), 860-861.

¹⁰⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (Madrid: Citivas, 2006), 81-82.

Sin embargo, esta teoría ha sido muy criticada y hasta ha perdido fundamento científico, por el simple razonamiento de que el Derecho Penal tiene un fin social, pues su finalidad es la de proteger bienes jurídicos y no simplemente la de castigar. Además, las consecuencias son indeseables, desde el punto de vista social, la imposición de un mal (pena) por el cometimiento de otro mal (delito), no puede reparar daños en la socialización.¹⁰⁹ Es decir, bajo el criterio de esta teoría no se busca una reparación del daño causado, no busca realmente proteger el bien jurídico lesionado, sino únicamente busca imponer un castigo por el hecho cometido sin realizar ningún análisis más, que el de retribuir al daño causado con otro daño.

A manera de conclusión, el justificar el castigo en casos de protesta social, aplicando estas teorías, sería aceptar como válidas sus presupuestos, básicamente, la necesidad de reconstruir el consenso y la confianza en el sistema, situación totalmente contraria con los fines de la protesta social porque, justamente es eso lo que los protestantes pretenden desafiar.¹¹⁰

Ahora analizaremos la teoría de la “adecuación social de la conducta”, a través de la cual la teoría del delito funcionaría como un filtro para impedir que los casos de protesta social sean penalmente perseguido, empezando por la tipicidad. Es decir que la conducta de protestar deberá ser analizada si encaja o no en algún tipo penal previsto por la ley, y de ser el caso que pueda subsumirse, se deberá analizar si esta conducta se considera socialmente adecuada o no para poder seguir analizando la antijuridicidad y por último la culpabilidad.

En palabras de Welzel: “Las conductas “socialmente adecuadas”, no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social... La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado ‘normal’ de libertad social de acción que le sirve de base y es supuesto por ellos.”¹¹¹ Es decir, las conductas socialmente adecuadas pueden estar tipificadas como delito, pero no serán consideradas como tal por que dentro de libertad de la acción social, se puede decir son permitidas.

Roxin refiere que esta teoría fue originariamente desarrollada por Welzel y que su idea básica es:

¹⁰⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (Madrid: Civitas, 2006), 84.

¹¹⁰ Roberto Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, en: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos aires: Abeledo Perrot, 2009), p. 862.

¹¹¹ Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, 863.

[...] que aquellas acciones que se “mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad”, y que por lo tanto son “socialmente adecuadas”, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo. [...] Inicialmente esta posición se fundamentó con el (certero) razonamiento de que “el tipo es la tipificación del injusto penal” y que por ello nunca puede describir acciones socialmente adecuadas.¹¹²

Esta teoría es explicada de mejor manera a través de un ejemplo que Welzel presenta:

El servir bebidas alcohólicas es una conducta socialmente adecuada (“usual”), a pesar de los peligros que el consumo de alcohol implica para la capacidad de movimientos de los clientes en el tráfico callejero. “Si el camarero... tuviera que responder penalmente de las posibles consecuencias del consumo excesivo de alcohol por parte de sus clientes, quedaría constituido, en la mayor parte de los casos, en virtud del deber penal de garante, en un especie de tutor o guardián de ellos.” Por ello, la conducta de servir bebidas alcohólicas queda excluida de los tipos penales de los delitos de lesión, aun cuando, como consecuencia de ella, se produzca la lesión de un bien jurídico.¹¹³

Interpretando este ejemplo, tenemos que la conducta de servir alcohol a un cliente, podría conllevar a que este produzca una lesión de un bien jurídico, sin embargo, el responsable de haber servido esas bebidas no tiene responsabilidad penal alguna, porque esta acción se la ha considerado como una conducta adecuada, sin embargo que la acción de servir alcohol produzca una lesión de cualquier bien jurídico.

Relacionando esta teoría con la protesta social, podemos decir que la acción de protestar o reclamar ante las autoridades puede ser una conducta socialmente adecuada, y por tal motivo debe ser tolerada. Es así que los beneficios que puedan conseguir las protestas pueden superar los perjuicios individuales, y ¿cuál es este beneficio? El fortalecimiento del sistema democrático y el debate sobre las decisiones de carácter público.¹¹⁴

Por ejemplo, en el caso en que la conducta de un grupo de personas que cerrará momentáneamente la carretera y no dejará circular a los buses de servicio público con la finalidad de plantarse en la carretera y protestar ante la autoridad. Esto a la vista del Derecho Penal encajaría en un posible delito de paralización de servicios públicos. Sin embargo, de que esta conducta se subsume a un tipo penal establecido previamente, la tipicidad quedaría anulada por tratarse de una conducta socialmente adecuada. En

¹¹² Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (Madrid: Citivas, 2006), 294.

¹¹³ Hans Welzel, *Derecho Alemán*, 4ta Edición castellano (Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile, 1997), 68.

¹¹⁴ Roberto Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, en: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos aires: Abeledo Perrot, 2009), 864.

síntesis, desde el punto de vista de esta teoría, la protesta social es una conducta socialmente adecuada, por lo tanto, no debería ser perseguida por el Derecho Penal.

Por último, para concluir este tema de las teorías que justifican la aplicación de una pena (castigo), debemos referirnos a la “teoría de los riesgos”, que se refiere a los riesgos de afectación a bienes jurídicos que pudieren existir, según esta teoría: “no todos ellos son relevantes para el derecho penal, sino sólo aquellos que superan el riesgo permitido socialmente.”¹¹⁵

Según Roxin, “el concepto de riesgo permitido se utiliza en múltiples contextos, pero sobre su significación y posición sistemática reina la más absoluta falta de claridad. Un sector lo equipara total o ampliamente con la adecuación social. [...] Otro sector lo separa precisamente de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente.”¹¹⁶ Respecto de este concepto lo vamos a considerar en su primera parte, es decir lo referente a la asociación que se hace del riesgo permitido con la adecuación social, ya que la protesta no tiene que ver con una actuación imprudente, por lo tanto el riesgo permitido podría ser una conducta que puede crear un riesgo jurídicamente, pero que analizado de manera general, está permitido.

Ahora bien, el riesgo permitido es aceptado desde el punto de vista de que el Derecho Penal no tiene que proteger un sin número de bienes jurídicos ni tampoco maximizar los bienes, mucho menos el Derecho Penal escoge que bienes proteger o no. Sino que bajo esta teoría, el Derecho Penal deberá perseguir los bienes jurídicos lesionados que sean relevantes, que sean considerados como conductas penalmente relevantes. “Cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera policialmente.”¹¹⁷

Respecto de la actividad de la protesta social, ésta podría conllevar un riesgo a que bienes jurídicos puedan ser lesionados en esta, por ejemplo: los ciudadanos tenemos el derecho a hacer uso de los bienes de servicio público y que estos no se paraliquen. Sin embargo, un grupo de personas organiza una protesta social que se manifiesta en las

¹¹⁵ Roberto Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, en: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos aires: Abeledo Perrot, 2009), 865.

¹¹⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (Madrid: Civitas, 2006), 371.

¹¹⁷ Roberto Gargarella, “El Derecho frente a la protesta social”, en: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos aires: Abeledo Perrot, 2009), 865.

calles de la ciudad, cerrando el paso de los vehículos e impidiendo que el transporte público avance. Sin duda, esta manifestación ha lesionado el bien jurídico que protege la paralización de servicios públicos pero analizado desde el punto de vista del riesgo permitido, esta paralización del servicio público no se consideraría como una conducta penalmente relevante, que deba ser perseguida por el Derecho Penal, más allá de que exista un tipo penal que contemple esta acción como delito.

2.3.2 El Derecho Penal frente a los conceptos de protesta

Una vez que se han desarrollado algunas de las teorías que el Derecho Penal plantea para justificar la imposición del castigo (pena), debemos relacionarlas con los conceptos de protesta social con la finalidad de ver si se justifica o no la aplicación del Derecho Penal en los casos de protesta social y analizar cuál es el “deber ser” del Derecho Penal frente a la protesta social.

Se ha observado casos que la protesta social ha sido criminalizada a través de privación de la libertad a los actores de la protesta con el afán de prevenir que continúen o se produzcan nuevas protestas. Bajo esta premisa es importante analizar lo que Luigi Ferrajoli refiere respecto de la privación de la libertad como medio para prevenir delitos:

[...] es imposible demostrar que la pena privativa de libertad cumpla su función de prevenir delitos. La justificación preventiva del castigo asume la imagen de una persona motivada fundamentalmente por el temor, en vez de la imagen de una persona motivada por numerosos factores y donde la pena aporta argumentos a favor de la no realización del delito. Consecuencia de esta imagen, da excesiva importancia al mecanismo de la pena para influir con el comportamiento humano.¹¹⁸

En base a lo expuesto por Ferrajoli, esta pena privativa de la libertad lo que trata es de infundir miedo a las personas, para evitar un similar comportamiento y en efecto la pena se convierte en el principal factor que influye en el comportamiento humano, cuando esto no debería ser así, ya que el comportamiento humano debería estar influido por otros factores para evitar el cometimiento de delitos, y que la pena sea uno de estos factores pero que no sea el único y actúe como factor principal.

Muchos de los dirigentes o participantes activos de la protesta social han sido privados de su libertad, han sido castigados por el Derecho Penal, por presuntamente

¹¹⁸ Luigi Ferrajoli, “El paradigma del Derecho Penal Mínimo”, en: *Garantismo y Derecho Penal* (Bogotá: Editorial Temis, 2006), 98.

cometer un delito, un “delito” que ha sido forzosamente adecuado a la legislación penal para procurar su persecución. Sin embargo, esta pena privativa de la libertad no ha cumplido con la función de prevenir futuras manifestaciones, lo que ha hecho es simplemente criminalizar a la protesta social, tratar de perseguir a su actor infundir miedo a quienes quieran unirse a las protestas y con esto finalmente silenciar a los disidentes.

No debemos olvidar que uno de los conceptos de la protesta social, es el que se encuentra asociado con la democracia, recordemos que la protesta social es un elemento fundamental del régimen democrático que de acuerdo a su tolerancia o no de se aprecia cuan fuerte es la democracia de un régimen político.

El hecho de recurrir al Derecho Penal para reprimir la protesta social, es totalmente atentatorio contra de la democracia de un pueblo. La democracia supone el respeto y tolerancia sobre cualquiera de los pensamientos o acciones que se puedan dar dentro de una sociedad por parte de uno o varios grupos respecto de algo, en otras palabras, la tolerancia a la protesta social significa democracia.

También anotamos que la protesta social, es la vía para presentar un reclamo a los poderes institucionales hegemónicos (poderes del Estado), esta vía es utilizada por los grupos de minoría, en la mayoría de los casos, utilizan la protesta para que puedan ser escuchados y tengan algún grado de notoriedad ante estos poderes públicos y así obtener una respuesta de sus peticiones.

Estos pequeños grupos, que la mayoría de veces han sido invisibilizados y por esta razón han sido atropellado sus derechos, no necesitan ser reprimidos y mucho menos castigados por el Derecho Penal, ya que se los estaría criminalizando doblemente, primero no atendiendo oportunamente sus reclamos, negándoles el acceso a derechos que se les haya privado de una u otra forma porque no han sido atendidos por el Estado. Y segundo, cuando el Estado ya los visibiliza, no es para satisfacer sus requerimientos sino castigarlos. A estas personas a más de haberseles negado un derecho se les impuso un castigo, por lo tanto y bajo este presupuesto no se justifica la imposición de castigos en casos de protesta social.

Ahora, es importante analizar cuando la protesta se manifiesta en conductas típicas, ¿qué sucede con ese protestante que configuró un delito en medio de la protesta? Zaffaroni refiere:

[...] la protesta puede configurar tipicidades, tales como delitos de daños no insignificantes, lesiones, resistencia a la autoridad, etcétera. Por supuesto, descartamos de este análisis los casos en que la protesta solo sea la ocasión para la comisión de delitos de mayor gravedad. Si bien no parece ser la característica de la protesta social dominante, no presentaría ningún problema la solución penal al caso de quien solo aprovecha la protesta para cometer un homicidio, una violación o un robo. Nos limitamos, por ende, a los delitos que puedan cometerse en el curso y por efecto de la protesta misma, de los cuales parecen ser los más frecuentes antes mencionados (daños, lesiones y resistencia).¹¹⁹

Antes de abordar el tema, Zaffaroni realiza una diferenciación importante entre los delitos que se puedan configurar en una protesta social. Los delitos cometidos, utilizando a la protesta social como un medio para procurar este cometimiento y que revistan de una mayor gravedad, simplemente deben ser resueltos por el Derecho Penal, teniendo en cuenta que la característica de la protesta social no es manifestarse a través de la comisión de delitos. Frente a estos delitos, existen otros que podrían provocar daños insignificantes, y sobre todo que los cometimientos de estos nazcan en el curso y por efecto de la protesta social. Sobre estos últimos nos enfocaremos y analizaremos si estas conductas podrían estar amparada por una causa de justificación, sea esta legítima defensa o estado de necesidad.

Respecto de la legítima defensa, Zaffaroni nos dice que los participantes de la protesta social ajenos a la conducta justificada por legítima defensa, también pueden estar cubiertos por ésta cuando cooperen con alguien que actúa justificadamente según las circunstancias del caso. Dentro de la legítima defensa de terceros, en caso de que el agredido hubiese provocado suficiente al agresor, el tercero puede defenderlo legítimamente, con la condición de que el no haya participado en la provocación. Esto sucede comúnmente en la manifestaciones públicas cuando quien defiende a un manifestante que está siendo agredido por la fuerza pública después de haberlos insultados o provocados de otra manera, quien lo defiende está actuando legítimamente, aunque el manifestante no estuviera amparado por esta causa de justificación por haber provocado la agresión.¹²⁰

En relación al estado de necesidad, el mal que se causa debe ser menor que el que se quiere evitar, de este modo vamos a partir que estamos frente a una protesta social que reclama por un derecho fundamental, por ejemplo: derecho a la alimentación, derecho a la salud. No puede habilitar a ninguna conducta típica la protesta por males

¹¹⁹ Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal-Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 25.

¹²⁰ Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, 26.

remotos o hipotéticos. Seguido de esto no debe haber otra vía idónea. La idoneidad de la vía del reclamo debe tratarse de una idoneidad real y efectiva, es decir, no se puede cometer una conducta de daño para obtener alimentos, si únicamente bastase con convocar a la autoridad para que los provea en un tiempo razonable. Por último la conducta típica debe ser la adecuada para llamar la atención pública, ya que por los medios de comunicación se ha hecho caso omiso del reclamo.¹²¹

Desde la perspectiva de Zaffaroni, podemos decir que la protesta social podría presentar ciertas conductas que puedan ser consideradas como delitos, de estas conductas las que no revistan de gravedad y que se originen por el efecto de la protesta podrían ser justificadas por el propio Derecho Penal, a través de las causas de justificación, analizando cada caso en concreto. Sin embargo las conductas penales que se produzcan en una protesta no por su efecto ni que se hayan originado de la actividad de protestar, sino al contrario, que se haya utilizado a la protesta social para el cometimiento de delito, en este caso estas conductas nada tienen que ver con la esencia de la protesta social y consecuentemente deberán ser sancionadas de acuerdo al Derecho Penal.

Por último, y bajo el criterio de Rodrigo Uprimny y Luz Maria Sanchez Duque:

[...] “Si bien resulta admisible la penalización de actos de protesta violenta, debe estar estrictamente definida por la ley y operar de conformidad con criterios de proporcionalidad y bajo esta premisa de que lo que puede ser objeto de reproche penal es el uso de la violencia, no el acto de protestar. Además, es preciso que la respuesta penal sea proporcional a la entidad del derecho afectado porque, de lo contrario, se genera una criminalización ilegítima de la protesta”¹²²

La violencia, en ninguna de sus diferentes manifestaciones deberá ser tolerada, es así que la protesta acompañada de actos de violencia deberá ser castigada, pero como hechos aislados de lo que supone una protesta social, es decir, estos hechos son sancionados por su mera condición de ser violentos y atentatorios contra un bien jurídico y se castiga ese hecho en particular. Lo que no se debe hacer es castigar el acto de protestar. Además, que la intervención del Derecho Penal debe realizarse respetando el principio de proporcionalidad en relación al bien jurídico lesionado. Esta de falta de proporcionalidad se manifestaría en la criminalización de la protesta social.

¹²¹ Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal-Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 27.

¹²² Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque, “Derecho penal y protesta social”, en: *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?-Eduardo Andrés Bertoni*, (Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la información, 2010), 48.

En palabras de Felipe Asanza Miranda, desarrollaremos brevemente este principio de proporcionalidad al cual nos hemos referido, el mismo que se caracteriza por la idea de justicia (dar a cada quien lo que se merece) y mínima intervención penal en un Estado democrático. El adecuar conductas de los protestantes a los diferentes tipos penales, es un ejercicio del Derecho Penal que lo debe realizar bajo el principio de proporcionalidad y que se justifique dentro de una sociedad democrática, además que la intervención del Derecho Penal en estos casos debe ser una medida de ultima ratio, caso contrario se estaría desnaturalizando la esencia de la protesta y criminalizándola, anulando los valores democráticos por los cuales han luchado en grandes protestas históricas, personajes con gran sentido de lo social y afecto por las causas cívicas y la paz como: Thoreau, Ghandi o Luter King.¹²³ Thoreau decía que: “El Estado, pues, nunca confronta a conciencia la razón de una persona, intelectual o moralmente, sino sólo su cuerpo, sus sentidos. No está equipado con un ingenio superior o una honestidad superior, sino con fuerza superior, Yo no nací para ser forzado. Respiro a mi manera. Ya veremos quién es el más fuerte.”¹²⁴

2.4 La persecución del Derecho Penal a la protesta social

Hemos analizado que en los casos de protesta social no se justifica la intervención del Derecho Penal, la interferencia de éste lo que provoca es su criminalización. Sin embargo, el Estado la ha utilizado como un arma para silenciar y terminar con la protesta, en otras palabras, utiliza al Derecho Penal para perseguir a los disidentes, tratando de encajar sus conductas en tipos penales para procurar un castigo. En palabras de Zaffaroni: [...] “se rastrillan los códigos en busca de tipos penales y se trata de elastizarlos, necesariamente se pasan por alto los principios conforme a los cuales el derecho penal procura contener al poder punitivo mediante la interpretación estricta y los otros principios dogmáticos que deben aplicarse en la interpretación de cualquier tipo penal.”¹²⁵ A continuación analizaremos algunos de los tipos penales que

¹²³ Felipe Asanza Miranda, *Derecho a la Resistencia y Protesta social, Un enfoque desde los Derechos Humanos* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 157.

¹²⁴ Henry Thoreau, *Sobre la desobediencia civil*, trad. María Cristina Restrepo (Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2014), 39.

¹²⁵ Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal-Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2012, p. 21

el Código Orgánico Integral Penal contempla y que pueden ser utilizados para perseguir la protesta social.

2.4.1 Tipos penales del Código Orgánico Integral Penal que reprimen a la protesta social

En este tema, nos referiremos a ciertos tipos penales que podrían ser utilizados para limitar a la protesta social y perseguir a los manifestantes, estos se encuentran contenidos en nuestra legislación penal; Código Orgánico Integral Penal, el mismo que fue aprobado por la Asamblea Nacional en diciembre de 2013 y que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014. Especialmente nos referiremos a los tipos penales de terrorismo, sabotaje y ataque o resistencia.

2.4.1.1 Terrorismo

Como una aproximación conceptual del término “terrorismo”, tenemos que Cabanellas lo define: “como actos de violencia y maldad ejecutados para amedrentar a ciertos sectores sociales o a una población determinada o para desorganizar una estructura económica, social o política.”¹²⁶

En palabras de Jan Schreiber, citado por Mariana Jiménez, el terrorismo sería: [...] “un acto político cometido generalmente por un grupo organizado que implica la muerte o amenazas de muerte para no combatientes [...] lo que convierte en político el acto terrorista es su motivo y enfoque: tiene que ser el intento de quienes perpetran, dañar o alterar radicalmente al Estado.”¹²⁷

Peter Waldmann, define al terrorismo como:

[...] atentados violentos escandalosos contra un orden político, preparados y organizados desde la clandestinidad. Su finalidad es infundir en primer lugar inseguridad y miedo, pero también simpatía y predisposición al apoyo. [...] El terrorismo es sobre todo un determinado proceder violento contra un orden político. Es importante la dimensión política del fenómeno, que también se expresa en las intenciones y finalidades políticas de los terroristas. El uso de presión, coacción o extorsión entre particulares como, por ejemplo, entre dos socios comerciales o dentro de

¹²⁶ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003), 381.

¹²⁷ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 86, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

una familia, no puede denominarse terrorismo ya que este tiene efecto sobre el espacio político, o sea, contiene un componente público irrenunciable.¹²⁸

La Convención para la Prevención y Represión de Terrorismo de 1937, lo define como: “hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personalidades determinadas, en grupos de personas o en el público.”¹²⁹

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas define los “actos terroristas” como:

[...] los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o una organización internacional a realizar un acto, o abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito.¹³⁰

De todas las definiciones citadas anteriormente, observamos que todos definen al terrorismo como actos criminales y actos violentos, es decir, el factor común del terrorismo es la violencia. Por lo tanto, podríamos decir que el terrorismo es la manifestación de actos violentos y criminales, perpetrados contra un grupo de personas o contra toda una población y contra un orden político con la finalidad de intimidar, extorsionar, coartar y obligar a un gobierno a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Si contrastamos esta definición con la de la protesta social, tenemos que son conceptos diferentes y totalmente contrarios, la verdadera esencia de la protesta social no es la de ser violenta, no se caracteriza por manifestarse a través de actos violentos y mucho menos de actos criminales. Además, que la finalidad de la protesta social no es la de infundir terror en la población ni tampoco desestabilizar el orden político y por último no son actos preparados desde la clandestinidad, al contrario, son actos de manifestación pública, ya que necesitan de esa atención pública para que sus protestas y reclamos sean atendidos.

En nuestra legislación, el delito de terrorismo se encuentra tipificado en el Libro Primero, La Infracción Penal, Capítulo Séptimo, Terrorismo y su financiación, definido en el artículo 366 del Código Orgánico Integral Penal:

¹²⁸ Peter Waldmann, *Guerra civil, terrorismo y anomia social* (Colombia: Grupo Editorial Norma, 2007), 62.

¹²⁹ Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, Ginebra, 16 de Noviembre de 1937.

¹³⁰ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. Resolución 1566 (2004), 8 de octubre de 2004, numeral 3.

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

Esta definición de terrorismo que contiene el Código Orgánico Integral Penal, es muy general y abierta lo que genera un peligro al momento de querer encuadrar este tipo penal a los actos de protesta social, al no tener una definición clara y delimitada este delito puede ser utilizado para criminalizar la protesta.

Contrastando con lo que refiere Mariana Jiménez, la protesta social no reuniría los requisitos para que pueda ser tratada como un acto de terrorismo, sin bien en el desarrollo de la protesta se pueden producir ciertas alteraciones del orden público y algún grado mínimo de violencia, no por esto se los debería considerar como un acto de terrorismo. Más aún que las Naciones Unidas habría considerado que los Estados no deben abusar de la necesidad de combatir el terrorismo recurriendo a medidas que restrinjan los derechos humanos.¹³¹

2.4.1.2 Sabotaje

Cabanellas define al término “sabotaje” de la siguiente manera:

Palabra francesa, adaptada al español en su significación propia, y hasta en la escritura (sin otro cambio que el certero de la *g* por la *j*), para expresar el concepto de ir u obrar en contra de los intereses que están encomendados. Para la clase obrera ha constituido arma de lucha en los conflictos colectivos en los conflictos de trabajo; y ha consistido, indistintamente, en producir con lentitud, en destruir las herramientas o máquinas de trabajo, en realizar con defectos intencionales los productos, en no prestar la atención debida a la debida labor.¹³²

El Diccionario de la Real Academia Española lo define como: “daño o deterioro que se hace en instalaciones, productos, etc., como procedimiento de lucha contra patronos, contra el Estado o contra las fuerzas de ocupación en conflictos sociales o políticos.”¹³³

¹³¹ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 87, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

¹³² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003), 357.

¹³³ Ver en: <http://dle.rae.es/?id=WuDGWQ5>

A criterio de Anibal Guzman Lara, citado por Mariana Jiménez: “el sabotaje es un acto de destrucción u obstrucción al proceso de producción o de prestación de servicios de orden público o privado, para alcanzar una finalidad ventajosa, realizado por grupos de obreros o trabajadores reunidos por un interés común.”¹³⁴

Contrastando las definiciones anteriores, podemos decir que sabotaje es un acto dañino provocado por una persona o grupo de personas hacia dependencias públicas o privadas, así como la obstrucción en la prestación de un servicio público con la finalidad de mostrar su descontento por alguna situación.

En nuestra legislación, el delito de sabotaje se encuentra tipificado dentro de los delitos de seguridad pública, en el artículo 345 del Código Orgánico Integral Penal:

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

De igual manera que la definición del delito de terrorismo, esta definición que contiene nuestra legislación penal de sabotaje es muy general lo que permite, desde una óptica sancionadora, encuadrar actos que puedan producirse en el desarrollo de la protesta social como delito de sabotaje, puntualmente nos referimos al acto de tomarse una dependencia pública o el de cerrar una vía de comunicación impidiendo el paso del transporte público, cuando estas son conductas tradicionales de la protesta social en el Ecuador.¹³⁵

Además, se considera conducta típica el “trastorno del orden público” pero no se explica que debemos entender por trastornar el orden público, lo que faculta al Estado perseguir a los manifestantes alegando que han trastornado el orden público por cualquier acto que se considere como tal. Aunque esto viole el principio de legalidad.¹³⁶

¹³⁴ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 88, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

¹³⁵ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 90, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

¹³⁶ Felipe Asanza Miranda, *Derecho a la Resistencia y Protesta social, Un enfoque desde los Derechos Humanos* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 154.

Así mismo, encontramos en nuestra legislación penal el delito de “paralización de servicio público” en el artículo 246 del Código Orgánico Integral Penal:

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

Mencionamos este delito de paralización de servicio público dentro del sabotaje, ya que la paralización de un servicio público encajaría en la definición de sabotaje, sin embargo, nuestra legislación lo ha definido como un delito independiente con su correspondiente pena. Este delito es totalmente atentatorio para la protesta social, debido a que la característica tradicional de la protesta en el Ecuador, es salir a las calles y concentrarse en ellas, lo que sin duda provocaría la paralización del servicio público de transporte y se estaría cometiendo este delito.

La esencia de la protesta social no es destruir instalaciones, los protestantes no salen con el ánimo de dañar bienes públicos o privados, si bien en el desarrollo de la protesta, en la confrontación con las autoridades policiales, se pueda producir ese daño a los bienes, esto no es característico de la protesta social, por lo tanto no se puede considerar a la protesta social como un delito de sabotaje o encuadrar sus acciones al delito de paralización del servicio público, ya que se estaría criminalizando la protesta social.

2.4.1.3 Ataque o Resistencia

Ataque y resistencia son dos términos contrarios, mientras que: “ataque proviene del italiano “attacare” y significa acometer. Se aplica a toda fuerza física o moral que se aplica sobre otro individuo o cosa, o que se origina en el mismo cuerpo. Es siempre violento y repentino.”¹³⁷ El término resistencia, según Cabanellas es: “oposición material o moral a una fuerza, de ésta o de aquella clase. Corporalmente, aguante, tolerancia, sufrimiento, paciencia frente a privaciones y penalidades.”¹³⁸

El delito de “ataque y resistencia” fue una de las innovaciones en nuestra legislación penal, fue introducido en el nuevo Código Orgánico Integral Penal y se

¹³⁷ Ver en: <http://deconceptos.com/general/ataque#ixzz4gjC1fS7N>

¹³⁸ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003), 351.

encuentra ubicado dentro de los “Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública”, tipificado y sancionado en el artículo 283 que contempla lo siguiente:

La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública, serán sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si la conducta prevista en el inciso anterior ha sido cometida por muchas personas y a consecuencia de un concierto previo, serán sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En los casos de los incisos anteriores, si las personas, además, están armadas, serán sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que incite a la Fuerza Pública a ejecutar las conductas anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad establecida para cada caso incrementada en un tercio. Si como consecuencia de la incitativa resulta un conflicto en el cual se producen lesiones, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años y si se produce la muerte, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Al analizar este tipo penal, lo primero que observamos es que puede sancionar dos conductas que son totalmente diferentes: “el ataque” o la “resistencia”, respecto de ésta última, volvemos a lo manifestado en los tipos penales anteriormente analizados, no se encuentra definido qué es lo que entendemos por “resistencia”, por lo tanto, actos de resistencia podrían ser cualquiera y desde una óptica punitiva se podría encasillar cualquier acto de la protesta social a este delito, más aún si conocemos que la principal característica de la protesta social es la resistencia que se manifiesta en contra de una autoridad, la esencia del manifestante es de la de resistirse ante esa autoridad a fin de que sus reclamos y pedidos sean atendidos o que sus derechos no sean atropellados.

A demás, que este tipo penal considera como agravante que la resistencia sea cometida por muchas personas y a consecuencia de un concierto previo. Situación que está directamente dirigida al contexto de la protesta social, ya que la protesta es ese concierto previo de varias personas con la finalidad de manifestarse y resistirse ante cualquier decisión tomada por la autoridad que se considere vulnera sus derechos. Desde este punto vista, el delito de ataque y resistencia sería el arma más peligrosa que tiene el Estado para perseguir a sus disidentes.

En este contexto, tratadistas como Juan Pablo Albán, Paulina Araujo, Ramiro Román y Luis Saavedra, citados por Mariana Jiménez, coinciden en que el Código Orgánico Integral Penal es contradictorio con la Constitución y que no responde a la realidad de nuestro país, pues lo que se pretende con estos tipos penales imprecisos es

tener una práctica judicial totalmente arbitraria y por consiguiente con los tipos penales antes analizados, se pretende perseguir a la protesta. Lo que en palabras de Ramiro Ávila, el Código Orgánico Integral Penal sería una “máquina de represión.”¹³⁹

2.4.2 Comparación de los tipos penales del Coip con los contenidos en el Código Penal, utilizados para reprimir la protesta social

2.4.2.1 Delito de Sabotaje y Terrorismo

El delito de **terrorismo**, no fue una innovación del Código Orgánico Integral Penal, en nuestro antiguo Código Penal ya se encontraba tipificado en el artículo 160:

El que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojar, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años y multa de cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Si, por efectos de los hechos indicados, se produjeren lesiones a personas, se impondrá el máximo de la pena señalada en el inciso anterior; y, si resultare muerta una o más personas, la sanción será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años y multa de ochocientos ochenta y cuatro a mil setecientos sesenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Si los hechos delictivos afectaren exclusivamente a bienes, además de la pena señalada en el primer inciso, el autor será condenado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

El delito de **sabotaje**, también se encontraba incorporado en el Código Penal, en los artículos: 156, 158 y 159:

Art. 156. Paralización de servicios de salud en desacato a órdenes de autoridad. - Los médicos, enfermeras, farmacéuticos, practicantes, empleados de casas de salud o propietarios de farmacias o droguerías que desobedeciendo órdenes de autoridad competente, paralizaren los servicios o se abstuvieren de prestar su colaboración a los que necesitaren de ellos, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años y multa de treinta y cinco a setenta dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Se aplicará el máximo de las penas previstas en este artículo a los miembros de las organizaciones profesionales que hubieren incitado a la comisión de tales hechos, si éstos se hubieren consumado.

Art. 158. Destrucción o deterioro de instalaciones o servicios, con el fin de producir alarma colectiva.- Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de ochenta y siete a ciento setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte

¹³⁹ Mariana Paola Jiménez Sigüenza, “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 93-94, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

América, el que fuera de los casos contemplados en este Código, destruya, deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos, instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro elemento de transporte, instalaciones públicas o privadas de energía eléctrica, de agua potable, gas u otras semejantes, o instalaciones de radio, teléfono, telégrafo, televisión o cualquier otro sistema de transmisión; depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a la producción o al consumo nacional, o cualquier otro tipo de abastecimiento semejante, con el propósito de producir alarma colectiva.

Art. 159. Perturbación de transporte o circulación de medios de producción, para causar alarma colectiva.- Será reprimido con prisión de uno a tres años y multa de diecisiete a cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que, fuera de los casos contemplados en este Código, impidiere, desorganizare o perturbare la recolección, producción, transporte, almacenaje o distribución de materias primas, productos elaborados o extraídos, maquinarias o cualquier otro medio necesario para la producción, con el propósito de producir alarma colectiva.

Dentro de la protesta social, es obvio que se va a originar un desorden, así se trate de una protesta pacífica, sin embargo, la Comisión Interamericana ha entendido que no basta con un mero desorden para justificar la detención de una persona. Respecto de la interrupción de servicios públicos, que sancionaba el artículo 158 del Código Penal, por ejemplo el transporte, éste puede ser la única forma para llamar la atención de las autoridades, a pesar de las incomodidades que se puedan causar por esta paralización, la sanción penal resultaría desproporcionada.¹⁴⁰

Un caso en concreto, citado por Felipe Asanza, es en el que se muestra la participación Wilman Jiménez Salazar en una protesta sobre asuntos de proyectos de extracción petrolera en el 2006 y como éste fue acusado por el delito de terrorismo y sabotaje:

Wilman Jiménez Salazar, miembro del Comité de Derechos Humanos de Orellana, participó el 19 de junio de 2006 en una protesta de campesinos contra el presunto impacto medioambiental de una empresa petrolera que operaba en Payamino, provincia de Orellana. Una de las demandas de la comunidad era que la empresa enterrara un oleoducto que transportaba crudo, ya que decían que había causado quemaduras a algunas personas. En respuesta a esta manifestación, la Policía Nacional y el ejército utilizaron, según los informes, gas lacrimógeno y balas de goma para dispersar a la multitud. A Wilman Jiménez Salazar le dispararon seis veces con balas de goma mientras tomaba fotografías de la protesta, y luego lo detuvieron. Permaneció recluido en manos del ejército en Orellana, que lo acusó de terrorismo y sabotaje en virtud de la Ley de Seguridad Nacional y le negó la asistencia a una vista de habeas corpus. Finalmente quedó en libertad el 6 de julio, tras haber permanecido 17 días bajo custodia

¹⁴⁰ Daniela Salazar Marín, “La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en Ecuador”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 73.

militar. No obstante, siguió sometido a investigación por las autoridades militares hasta septiembre de 2006, cuando su caso se transfirió a la jurisdicción civil.¹⁴¹

2.4.2.2 Rebelión

Dentro de los delitos contra la Administración Pública, el capítulo uno contenía el delito de rebelión y atentados contra los funcionarios, puntualmente el art. 218 del Código Penal refiere:

Art. 218. Es rebelión todo ataque, toda resistencia hecha con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o por presos o detenidos en las cárceles y otros lugares de corrección o represión.”

Este articulado define al delito de rebelión, sin embargo, los artículos siguientes son los que establecen las penas a ser impuestas de acuerdo a diferentes circunstancias. Si la rebelión es cometida por una sola persona con armas se reprime con prisión de tres meses a dos años, sin armas con prisión de ochos días a seis meses. Así mismo, si la rebelión es cometida por muchas personas a consecuencia de concierto previo y con armas, serán reprimidos con prisión de tres a seis años y sin armas con prisión de uno a tres años. Por último, si la rebelión no es resultado de concierto previo, quienes lleven armas serán reprimidos con prisión de tres meses a un año y quienes no tengan armas, con prisión de quince días a tres meses.

Si comparamos el delito de rebelión contenido en el Código Penal con el delito de ataque y resistencia contenido en el Código Orgánico Integral Penal, observamos que son idénticos, los dos sancionan el ataque o la resistencia con violencia manifestada a todo empleado público y agentes de policía, entre otros, el único cambio ha sido la denominación de la conducta.

2.4.2.3 Otros tipos penales del Código Penal

Dentro del Código Penal se contemplaba el artículo **153.- Promotores de desfiles o manifestaciones públicas sin permiso:**

¹⁴¹ Felipe Asanza Miranda, *Derecho a la Resistencia y Protesta social. Un enfoque desde los Derechos Humanos* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 154.

El que promoviere, dirigiere u organizare desfiles o manifestaciones públicas en calles, plazas u otros lugares abiertos, siempre que se realizaren sin permiso escrito de autoridad competente, en el que se determinen el objeto de la reunión, el sitio, día y hora en que ha de verificarse, será reprimido con prisión de uno a tres meses y multa de nueve a veinte y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América. [...]

Este tipo penal era totalmente atentatorio contra la protesta social y además presupone una censura previa a la libertad de expresión, puesto que previo a realizar una manifestación debía solicitarse el permiso correspondiente a la autoridad, quien podía negar o aceptar el mismo, sin embargo, no se sabe bajo qué criterios se negaba o aceptaba el permiso. La manifestación realizada sin permiso o con permiso negado constituía un delito y podía ser perseguido por el Derecho Penal y sancionar a sus manifestantes. Sin duda este tipo penal podía criminalizar la protesta social.

Además, ser atentatorio contra la protesta social, viola lo manifestado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Respecto del uso del espacio público, la CIDH, citado por Daniela Salazar, se ha manifestado: “que la regulación del uso del espacio público no puede comportar exigencias que restrinjan excesivamente el ejercicio del derecho a la manifestación pacífica y su finalidad no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sean prohibidas.”¹⁴²

Adicionalmente, podemos mencionar el delito del artículo **129.- Impedimento ilegal al libre tránsito de vehículos, personas y mercaderías:**

El que ilegalmente impidiere el libre tránsito de vehículos, personas o mercaderías por las vías públicas del país, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cuarenta y cuatro a ochenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Recordemos las manifestaciones hace unos 10 años atrás, cuando se cerraban carreteras, principalmente por el grupo campesino, quienes impedían el paso de los vehículos, en los que se encontraban camiones que transportaban alimentos de una provincia a otra. Este acto como tal, que constituye un acto de protesta, podía encuadrarse en este tipo penal y llegar a privar de la libertad a sus manifestantes hasta por el tiempo tres años. Este delito constituía un verdadero peligro para los disidentes de esa época.

Por último, mencionaremos el artículo **247.- Atropamiento y vías de hecho para impedir ejecución de obras públicas:**

¹⁴² Daniela Salazar Marín, “La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en Ecuador”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 71.

Los que, por medio de atropamiento, violencias, vías de hecho o amenazas, se hubieren opuesto a la ejecución de dichas obras, serán reprimidos con prisión de tres meses a dos años.

Los jefes y promotores serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años.

Otro delito que encasilla conductas típicas de la protesta social, debido a que en el Ecuador ha sido una práctica común la oposición a la construcción de obras públicas, cuando éstas se ejecutan sin respetar el derecho de las comunidades a ser consultadas. Por ejemplo, podemos citar las manifestaciones hechas en contra de la explotación de petróleo en la Amazonia. Estas manifestaciones, realizadas de manera pacífica y por un tiempo necesario para llamar la atención de las autoridades, no deberían ser reprimidas por el Derecho Penal.¹⁴³

2.4.3 Análisis histórico y político de las modificaciones de los tipos penales que criminalizan la protesta social

Antes del 10 de agosto del 2014, en el Ecuador estaba vigente el Código Penal, cuerpo normativo que tenía una fuerte influencia del Código Italiano de 1930, del Código argentino de 1922, del Código belga de 1867 y éste a su vez del Código Napoleónico de 1810, es decir, un Código de hace dos siglos, que posteriormente tuvo influencia de la Ley penal del fascismo italiano. Nuestro Código sufrió varias codificaciones desde la primera en 1971 hasta la que se produjo en mayo del 2010, siendo éste el fin del Código Penal para la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal.¹⁴⁴

Con este antecedente, vemos que el Código Penal estaba compuesto en su mayoría de tipos penales totalmente represivos y donde el sistema acusatorio no existía, lo que agudizaba más el uso desmedido de las leyes penales, no solo para sancionar delitos, sino también para encuadrar conductas propias de una protesta social y tratarlas como delitos y como delincuentes a sus actores.

Antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, por ejemplo se sancionaba a los “vagos” y “mendigos”, es decir subsistían delitos que atentaban contra los derechos humanos y en lugar de ser una ley que proteja a los ciudadanos se convirtió en una arma que podía ser utilizada en contra de cualquier persona, según

¹⁴³ Daniela Salazar Marín, “La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en Ecuador”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 73.

¹⁴⁴ En el Código Orgánico Integral Penal, 1. Dimensión histórica

conveniencias de quien ejercía el poder. En el siguiente capítulo analizaremos cómo los actos de protesta del Colegio Central Técnico fueron encuadrado en el delito de rebelión con el uso de armas, delito contemplado con el Código Penal y que aún subsiste en nuestro Código actual con el nombre de “ataque o resistencia” que sancionan los mismos actos, lo que significa un peligro latente para la protesta social.

Transcurrido el tiempo van surgiendo nuevas necesidades en la sociedad, nuevos conflictos entre ciudadanos y el Derecho Penal debe ir cambiando y atendiendo todos estos nuevos requerimientos. Fue así que se reunieron todas las normas de carácter penal adjetivo y sustantivo y las leyes que se encontraban dispersas para formar lo que hoy es el Código Orgánico Integral Penal. La administración de justicia en materia penal presentía que iba a existir un gran cambio, se habían derogado delitos obsoletos a la realidad que vive el país, se reafirmaba el sistema acusatorio, se incorporaron nuevos delitos para proteger a los ciudadanos pero así mismo, se siguen manteniendo delitos represivos que atentan a la protesta social, como el delito de terrorismo, ataque o resistencia y sabotaje, tal como lo analizamos anteriormente. En síntesis, se salió de una ley represiva para continuar con otra que ha sido modificada pero sigue representando un peligro para la protesta.

Ahora bien, desde el punto de vista político, las modificaciones de los tipos penales y sobre todo de las penas han obedecido no al clamor social sino a los intereses políticos de quien está en el poder y toda persona que piense distinto o no esté de acuerdo con aquellas decisiones que se tomen puede ser judicializado penalmente, tratando de encajar cualquier delito que se preste para sancionar una u otra conducta. ¿Por qué es tan fácil adaptar un delito a un caso de protesta social? Una hipótesis de esta investigación es por la mala redacción y mala conceptualización que desconoce y convierte al derecho en un delito. Son tipos muy abiertos y ambiguos que contemplan varias acciones dentro de un mismo delito, que pueden ser interpretados de varias formas para satisfacer diferentes intereses y ajustar el delito a cualquier conducta que se pretenda perseguir.

Un claro ejemplo de cómo se puede manipular la ley penal desde el ámbito político son los casos que fueron judicializados en el gobierno de Rafael Correa, por mencionar algunos: La detención de la Prefecta de Orellana Guadalupe Llori el 7 de diciembre de 2007 acusada por delito de terrorismo que pasó en prisión 9 meses. El paro CONAIE-UNE protagonizado en Morona Santiago el 30 de septiembre del 2009, donde fueron sentenciados a 12 años de prisión por el delito de terrorismo organizado

Pepe Acacho, Pedro Mashiant y Fide Kaniras. El caso de Clever Jiménez, Fernando Villavicencio y Carlos Figueroa, quienes fueron sentenciados a 18 meses de prisión por el delito de injurias contra el presidente. El caso de Mery Zamora quien fue sentenciada por el delito de sabotaje y terrorismo a 8 años de prisión por la marcha Colegio Aguirre Abad. El caso de Marcelo Rivera, quien protagonizó una marcha estudiantil el 8 de diciembre de 2009 y fue acusado y sentenciado a 3 años de prisión por agresión terrorista. Y así se podría enlistar más de 80 casos con cerca de 700 personas criminalizadas en el período correista, quienes en su mayoría han sido defensores de los derechos de la naturaleza, pueblos indígenas, trabajadores, estudiantes y principalmente opositores del gobierno.¹⁴⁵

Es preocupante ver como en los últimos 10 años las leyes penales han sido utilizadas para arremeter contra la protesta y castigar a los opositores del gobierno para silenciar sus reclamos y rechazo, desnaturalizando por completo el verdadero fin del Derecho Penal y lo que es más grave, ha sido el propio ExPresidente Rafael Correa quien ha sido el principal actor en mucho de estos casos. De esta forma se evidencia cómo la política influye en la modificación de tipos penales y en la judicialización de casos de protesta social.

2.4.4 Derecho Comparado: Análisis de la legislación colombiana, respecto de la regulación de la protesta social

Colombia es un Estado social de derecho, es así como inicia el artículo uno de la Constitución Política de Colombia, al referirse que es un estado de derecho significa, en palabras de Ramiro Ávila, que: “el poder está sometido al Derecho bajo dos modalidades. En la una, el Derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el Derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como sometimiento a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”¹⁴⁶

Referente al tema que nos ocupa, la protesta social, al igual que en nuestra constitución, también se encuentra garantizada en la Constitución colombiana a través

¹⁴⁵ Karla Calapaqui Tapia, *Criminalización de la protesta, 2007-2017, las víctimas del correísmo* (Quito: Fundación por la Defensa de los DDHH, 2017), 12.

¹⁴⁶ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en: *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: Editor Ramiro Ávila, V&M Gráficas, 2008), 29.

del derecho a la libertad de expresión, contenida en el Artículo 20: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.”¹⁴⁷

Si bien, en esta Constitución no vamos a encontrar un artículo que hable directamente sobre el derecho a la resistencia, existe el artículo 37, que refiere lo siguiente: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.”¹⁴⁸

Bajo esta normativa constitucional, el ejercicio de la protesta social en Colombia es legítima, se garantiza el derecho a la reunión y la manifestación pública, siempre y cuando ésta sea pacífica, sin embargo, lo que llama la atención, y que será objeto de análisis en este tema, es el último enunciado de este artículo, que dice: sólo la ley es la que podrá limitar el ejercicio del derecho a reunirse y manifestarse públicamente. Y en esta legislación, a diferencia de la nuestra, si contempla una ley que limita estos derechos, concretamente nos referimos a la Ley 1801 de 29 de Julio 2016 que expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

2.4.3.1 Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano. Ley 1801 de 29 de Julio 2016

Este Código Nacional de Policía y Convivencia, fue expedido por el Congreso de Colombia, el mismo que tiene por objeto, establecer condiciones de convivencia en el territorio nacional y determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de policía.¹⁴⁹ Así también, uno de los objetivos específicos es el de: “Propiciar en la comunidad comportamientos que favorezcan la convivencia en el espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público.”¹⁵⁰

En otras palabras, esta ley regularía la actuación de la policía frente a las manifestaciones que puedan originarse en el espacio público, además de regular el

¹⁴⁷ Colombia, *Constitución Política de Colombia*, 1991, tít. II, “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”, cap. Primero, “Derechos Fundamentales”, art. 20.

¹⁴⁸ Colombia, *Constitución Política de Colombia*, 1991, tít. II, “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”, cap. Primero, “Derechos Fundamentales”, art. 37.

¹⁴⁹ Colombia, *Ley 1801*, Código Nacional de Policía y Convivencia, Congreso de Colombia, 29 de julio 2016, art. 1. Objetivo.

¹⁵⁰ Colombia, *Ley 1801*, Código Nacional de Policía y Convivencia, Congreso de Colombia, 29 de julio 2016, art. 1. Objetos Específicos.

derecho de reunión, las expresiones o manifestaciones en el espacio público y las actividades que involucran aglomeraciones de público, sin embargo, esta ley establece medidas coercitivas que se pueden aplicar frente a una u otra actuación de los individuos. Al observar que esta ley contiene medidas coercitivas a aplicarse, ya estamos frente a un cuerpo normativo que no busca lo que se planteó en un principio, sino directamente su finalidad es la represión y la coerción de la protesta social.

No suficiente con la legislación penal, que podría ser utilizada para criminalizar casos de protesta social en Colombia, se expide este Código Nacional de Policía y Convivencia, que puede llegar a criminalizar la protesta, aún más. De acuerdo al artículo 54 de éste Código, el uso de las vías para ejercicio del derecho de reunión o manifestación pública, deberá ser autorizado por la autoridad distrital o municipal y presentar un plan efectivo de desvíos para la movilización del transporte público y de quienes no participen en el acto.¹⁵¹

Esto significaría, una censura previa a la libertad de expresión, ya que esta autorización para organizar una manifestación, se convierte en un requisito previo que debe ser otorgado por las autoridades para aceptar o no la protesta. Es decir, el ejercicio de la protesta se encuentra sometida a la decisión de la autoridad, sin considerar que, en la mayoría de los casos, esta protesta puede estar dirigida en contra de esa autoridad. Además, no se establecen los presupuestos a ser analizados o bajo qué parámetros se puede o no conceder esta autorización y simplemente queda a discrecionalidad de la autoridad.

Respecto de este análisis, Horacio Duque, en un espacio de opinión del Diario la Huila manifiesta lo siguiente:

En lo relacionado con las manifestaciones de protesta, el derecho a la protesta será limitado al permiso de las autoridades. De acuerdo con el nuevo código, éstas no se podrán realizar de forma espontánea -como ocurre, por ejemplo, cuando los ciudadanos inconformes con el servicio de Transmilenio se toman las vías-, sino dando previo aviso a las autoridades. Según la norma, solo se permitirán las protestas que busquen un “fin legítimo”, lo cual implica cerrar la agenda de la democracia.¹⁵²

¹⁵¹ Colombia, *Ley 1801*, Código Nacional de Policía y Convivencia, Congreso de Colombia, 29 de julio 2016, art. 54.

¹⁵² Horacio Duque, “Pros y contras del nuevo Código de policía y el Estado securitario”, *Diario del Huila*, <http://www.diariodelhuila.com/opinion/pros-y-contras-del-nuevo-codigo-de-policia-y-el-estado-securitario-cdgint20160624113813159>

Que la protesta dependa de una autorización de la autoridad, que se deba justificar un “fin legítimo” y que se prohíba la protesta espontánea, es criminalizar la protesta social y por ende un atropello a la democracia de un Estado.

Por otro lado, los artículos establecidos en este Código son de características generales, abiertas y ambiguas, no son normas que refieren conceptos bien definidos, sino que pueden ser interpretadas de acuerdo a quien las quiera aplicar, creando una total subjetividad en la aplicación de esta ley, lo que generaría una amenaza a la protesta social. En este sentido me refiero, por ejemplo, al último inciso del artículo 53: “Toda reunión y manifestación podrá que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta”¹⁵³

La pregunta es: ¿Qué entendemos por “alteraciones a la convivencia”?, en este sentido nos dirigimos al artículo 5 que establece la definición del término “convivencia”: [...] se entiende por convivencia, la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, con los bienes, y con el ambiente, en el marco del ordenamiento jurídico”¹⁵⁴

Sin embargo de que el mismo Código establece la definición de “convivencia”, esta sigue siendo muy general, por ejemplo, no tenemos claro que entender por “interacción armónica”, no sabemos cuándo se pueda quebrantar esta armonía de la que se habla, o cuáles son los límites de esta armonía que permita la intervención de la policía para que una reunión o manifestación sea disuelta. Desde una óptica punitiva o represiva, el quebrantamiento de esta interacción armónica entre las personas con los bienes y con el ambiente, puede romperse con el acto de impedir la circulación vehicular en las calles, acto típico de la protesta, y así justificar la intervención policial para que disuelva la manifestación e imponga medidas coercitivas a los protestantes, tal y como lo establece el Código.

Por último, respecto de la actuación de la Fuerza Pública en las movilizaciones terrestres, el tercer inciso del artículo 56 empieza diciendo: “Los cuerpos de Policía intervendrán sólo cuando se considere que su actuación es necesaria, [...]”¹⁵⁵

Es decir, que la actuación de la Fuerza Pública en una movilización terrestre queda a libre decisión de ellos mismo cuando consideren necesaria su intervención, sin

¹⁵³ Colombia, *Ley 1801*, Código Nacional de Policía y Convivencia, Congreso de Colombia, 29 de julio 2016, art. 53.

¹⁵⁴ Colombia, *Ley 1801*, Código Nacional de Policía y Convivencia, Congreso de Colombia, 29 de julio 2016, art. 5.

¹⁵⁵ Colombia, *Ley 1801*, Código Nacional de Policía y Convivencia, Congreso de Colombia, 29 de julio 2016, art. 56.

embargo, esta frase de “cuando consideren que su actuación es necesaria” deja abierto a que la policía reprima a las manifestaciones en cualquier momento que ellos lo consideren, violentando así los derechos constitucionales reunión y manifestación.

Este Código ha sido objeto de varias demandas y críticas, principalmente por grupos sociales y también de la academia que ha estado en su contra. El Catedrático Keneth Burbano, quien es el director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, solicitó se declare la inconstitucionalidad de los artículos 47, 53, 54 y 55, los mismos que se refieren a los temas de: definición y clasificación de las aglomeraciones de público, ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica en el espacio público, uso de vías para el ejercicio del derecho de reunión o manifestación pública y pacífica en el espacio público y protección del ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública frente a señalamientos infundados. Solicitud que la hace con fundamento al pronunciamiento de la Corte, respecto de este tema, que identifica al derecho de reunión como una libertad fundamental, ya que se considera una manifestación colectiva de libertad de expresión y un medio para el ejercicio de los derechos políticos.¹⁵⁶

Finalmente, frente a todas las demandas que se han interpuesto en contra de este Código ante la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió deslegitimar los artículos que regulaban el derecho a la reunión y a las manifestaciones, los mismos que fueron analizados anteriormente, y este ha sido su pronunciamiento:

Por seis votos contra tres, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió derrocar este jueves los artículos del nuevo Código de Policía que regulaban el derecho a la reunión y a las manifestaciones en público.

Sin embargo, esos artículos seguirán vigentes por dos años, por lo que durante ese tiempo podrán ser aplicados. Esto porque la Corte le dio ese plazo al Congreso para que regule el derecho a la reunión, y si no lo hace, las normas del Código de Policía que se refieren a esos eventos quedarán sin vigencia definitiva.

La Corte tumbó esas normas -todo el capítulo sexto, desde el artículo 47 al 75- considerando que la reforma a esos derechos se debe tramitar a través de una ley estatutaria y no ordinaria, pues se trata de cambios importantes sobre derechos fundamentales.¹⁵⁷

La Corte Constitucional ha considerado para emitir esta decisión, que el derecho de reunión y manifestación pública son derechos fundamentales del ser humano, que no pueden ser regulados o cambiados a través de una ley ordinaria sino que debe regularse

¹⁵⁶ Tomás Betín, “Las demandas contra el nuevo Código de Policía”, *El Heraldo*, 05 de Febrero del 2017, <https://www.elheraldo.co/barranquilla/las-demandas-contra-el-nuevo-codigo-de-policia-325900>.

¹⁵⁷ El Tiempo, “Corte tumba normas de Código de Policía regulan derecho a reunión”, *El Tiempo*, 20 Abril de 2017, <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-constitucional-tumba-normas-del-codigo-de-policia-que-regulan-la-proteta-y-aglomeraciones-79864>.

por una ley estatutaria, es decir, por una ley de categoría superior a las demás, a través de un trámite especial por su importancia jurídica y además que la Constitución la establezca taxativamente.¹⁵⁸

La demanda que ha sido aceptada por la Corte plantea el siguiente argumento:

El derecho de reunión tiene un carácter altamente democrático según los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, por eso el Constituyente diseñó su Reglamentación fundada en su ejercicio no pacífico, es decir, la reglamentación del derecho de reunión debe corresponder a los límites que tienen como finalidad los derechos de los demás, tales como la protección a la integridad personal, la propiedad, el ejercicio pacífico del derecho de reunión en sí mismo y demás prohibiciones que la Constitución Política establece”¹⁵⁹, asegura la demanda que fue aceptada por la Corte.

En el Ecuador no existe normativa alguna o proyecto de ley, hasta el momento, similar al Código Nacional de Policía y Convivencia, un reglamento semejante a este, vendría a reprimir más a la protesta y sancionar a sus manifestantes. No podríamos tomar como ejemplo a éste Código para crear uno similar en nuestra legislación, su finalidad es totalmente represivo y no necesitamos de leyes que fomenten más la criminalización de la protesta social, el Ecuador es un Estado de derechos y su principal obligación es garantizar el respeto de todos los derechos fundamentales del ser humano, entre ellos el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protesta.

Recapitulación

- A manera de conclusiones parciales se presentan dentro de este segundo capítulo algunas reflexiones sobre la relación del Derecho Penal con la protesta social, y cómo el primero podría ser usado para la criminalización de la segunda, utilizando ciertos tipos penales contenidos en el Código Orgánico Integral Penal, lo que será desarrollado en el análisis del caso de la protesta protagonizada por varios estudiantes del Colegio Central Técnico el día 22 de Febrero del 2013. Protesta que desencadenó la detención de 68 estudiantes, la mayoría de ellos menores de edad.

- La criminalización de la protesta social es el uso del Derecho Penal para controlar el desarrollo de la misma reprimiendo a los manifestantes y para evitar otras protestas futuras. Esto implica trasladar el conflicto social al área judicial para castigar a

¹⁵⁸ Ver en: <http://www.camara.gov.co/portal2011/preguntas-frecuentes/166-ique-son-las-leyes-estatutarias>

¹⁵⁹ El Tiempo, “Corte tumba normas de Código de Policía regulan derecho a reunión”, *El Tiempo*, 20 Abril de 2017, <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-constitucional-tumba-normas-del-codigo-de-policia-que-regulan-la-protesta-y-aglomeraciones-79864>.

los manifestantes a través de largos procesos penales, en los que pueden existir detenciones arbitrarias y violaciones al debido proceso. La criminalización a la protesta, sin duda, debilita la democracia de un Estado.

- La protesta y las manifestaciones realizadas en espacios públicos, no pueden ser comparadas con las violaciones comunes de la ley, porque la esencia de la protesta no es transgredir los derechos de los demás, al contrario, es una lucha para exigir el respeto de derechos. Si bien en el desarrollo de la protesta se pueden presentar afectaciones leves a ciertos bienes jurídicos, como daños mínimos a bienes o paralización del servicio público, estas no deberían ser castigadas, son parte de la protesta social y se las deberá diferenciar de los delitos comunes.

- La violencia, en ninguna de sus diferentes manifestaciones podrá ser tolerada o mucho menos justificarse como protesta social, la protesta acompañada de actos de violencia deberá ser castigada, pero como hechos aislados de lo que supone una protesta social, es decir, estos hechos son sancionados por su mera condición de ser violentos y atentatorios contra un bien jurídico y que se encuentra tipificado en un cuerpo normativo legal. Lo que se castiga es ese hecho en particular y no el acto de protestar.

- Entre los delitos contenidos en el Código Orgánico Integral Penal, que pueden ser utilizados para criminalizar la protesta social encontramos el delito de terrorismo tipificado y sancionado en el artículo 366, delito de sabotaje en el artículo 345 y delito de ataque y resistencia en el artículo 283. En este sentido tratadistas como Juan Pablo Albán, Paulina Araujo, Ramiro Román y Luis Saavedra, concuerdan en que la utilización de estos tipos penales imprecisos es tener una práctica judicial arbitraria.

- Realizando una comparación entre el Código Orgánico Integral Penal y los delitos que contenía el antiguo Código Penal, observamos que el común denominador entre ellos es la falta de una definición clara y precisa sobre las acciones contenidas en los delitos, lo que provoca una amenaza a la protesta social, debido a que conductas típicas de la protesta y pacíficas podrían encasillarse en dichos tipos penales y consecuentemente sancionar a sus manifestantes. El Derecho Penal debe ser utilizado como un medio para frenar el poder punitivo del Estado y no como un medio para que el Estado persiga y reprima a sus disidentes.

- En Derecho Comparado, el Congreso de Colombia ha expedido mediante Ley 1801 de 29 de Julio 2016, el Código Nacional de Policía y Convivencia, el mismo que tiene como objetivo establecer condiciones de convivencia en el territorio nacional y

determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de policía. Respecto de la protesta social se plantean regulaciones en cuanto al uso del espacio público para las manifestaciones y regula el derecho de reunión, sin embargo, estas regulaciones son de carácter restrictivas al ejercicio de la protesta. Si bien en el Ecuador no se encuentra regulada la protesta social, utilizar a este Código como un modelo a seguir, no sería lo más recomendado ya que reprime y criminaliza la protesta social.

Capítulo III

Análisis del caso “protesta de estudiantes del colegio central técnico – 22 de febrero de 2013” respecto del derecho a la protesta social y su criminalización

3.1 Caso: “Protesta de estudiantes del Colegio Central Técnico – 22 de Febrero de 2013”

En este capítulo plasmaremos los antecedentes y el desarrollo del proceso judicial del caso *Central Técnico*, un juicio que concluyó con sentencia condenatoria en contra de doce estudiantes, quienes habrían participado en una protesta en las inmediaciones del Colegio Central Técnico de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha. Se identificará y analizará en el proceso judicial los argumentos invocados respecto del derecho a la protesta, su relación con el derecho a la resistencia en el marco de la Constitución y su criminalización. Este análisis será contrastado con lo señalado y desarrollado en capítulos anteriores, lo que tiene que ver con las formas y límites de la protesta social; para llegar a determinar si los hechos que ocurrieron el día 22 de febrero de 2013 a las fueras del Colegio Central Técnico se consideran un acto de protesta social o fueron simples actos de violencia que debieron ser sancionados por la justicia y por tal se encuentre justificado la privación de la libertad de estos doce estudiantes.

3.1.1. Antecedentes del caso

Partiendo de la información que reposa dentro del expediente judicial penal No. 17281-2013-0508 de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en infracciones flagrantes, con sede en el cantón Quito y del juicio penal No. 17171-2013-0283 que fue resuelto por el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha, debemos mencionar que el día 22 de febrero de 2013, en horas de la mañana un grupo de seiscientos estudiantes del Colegio Central Técnico, disgustados y en rechazo a un posible cambio de denominación del Instituto Central Técnico, protagonizan una

protesta a las afueras del colegio, esto es entre las calles Av. Gaspar de Villarroel y Japón, bloqueando calles e interrumpiendo el tránsito vehicular, de esta manifestación resultaron daños en bienes públicos y privados, así como agentes policiales agredidos físicamente y la resistencia ejercida por un grupo de personas ante la orden de autoridad (agentes policiales) quienes intentaban mantener el orden público.

En estas circunstancias, miembros de la Policía Nacional procedieron a la aprehensión en delito flagrante de sesenta y siete personas de los cuales doce eran mayores de edad, quienes fueron procesados por el delito de rebelión. El Juez de la Unidad de Flagrancia con competencia en infracciones flagrantes del cantón Quito, acogiendo el pedido de la fiscalía, dictó orden de prisión preventiva en contra de las doce personas mayores de edad.

En la etapa de la instrucción fiscal, los abogados defensores solicitaron audiencia de revisión de la medida de prisión preventiva que fue dictada en contra de los doce estudiantes, argumentando que era una medida totalmente excesiva y que se trataba de jóvenes que estaban estudiando, solicitando que se les dé la oportunidad de defenderse en libertad, sin embargo el Juez que conoció la audiencia, desechó el pedido de diez de los doce estudiantes y únicamente concedió medidas alternativas a dos de ellos, bajo el argumento de que se habría justificado una enfermedad grave del corazón y que habrían variado los hechos por los que se ordenó la prisión preventiva en un inicio, ordenando la libertad de los dos jóvenes.

Concluida la investigación, el fiscal asignado para la presente causa, emite dictamen abstentivo a favor de los doce procesados, al considerar que no cuenta con elementos suficientes para promover un juicio en su contra. Ante este pronunciamiento el juzgador dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y sobreseimiento de definitivo de los procesados, revocando la medida de prisión preventiva y ordenando la libertad de las diez personas que se encontraban detenidas.

Sin embargo, al existir dictamen abstentivo y al tratarse de un delito contra la Administración Pública, existiendo norma expresa al respecto, el juzgador eleva a consulta al fiscal superior, para que éste ratifique o revoque el dictamen de abstención y de oficio revoca la resolución en la que dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y sobreseimiento de definitivo de los procesados, ratificando la revocatoria de la prisión preventiva dispuesta en audiencia.

El fiscal superior, revoca el dictamen abstentivo elevado a consulta y envía a otro fiscal, quien sustenta la acusación en contra de todos los doce procesados por el

delito de rebelión con el uso de armas, resolviendo el juez dictar auto de llamamiento a juicio y enviar la causa a los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, donde los doce acusados en ese momento, son declarados culpables en calidad de autores del delito de rebelión, tipificado en el artículo 218 del Código Penal y sancionado en el artículo 221 último inciso ibídem, imponiéndoseles VEINTIÚN DIAS DE PRISION CORRECCIONAL (el resaltado es mío) por haber justificado atenuantes. Revisado el expediente se verifica el tiempo que han permanecido privados de la libertad y se declara cumplida la pena.

De este fallo, los condenados interpusieron recurso de apelación, donde la Sala Penal de la Corte de Pichincha que conoció la causa, resolvió declarar improcedente el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado. Finalmente se presentó el recurso extraordinario de casación que igualmente fue declarado improcedente por la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

3.1.2. Análisis de los argumentos utilizados por las partes procesales y de la resolución judicial

En primera instancia, el fiscal que llevó a cabo toda la investigación, resolvió emitir un dictamen abstentivo a favor de los doce procesados, bajo el argumento de que había recabado elementos de convicción, tales como videos en los que no se aprecia a ninguno de los doce detenidos realizando actos de rebelión, además que no se pudo determinar ningún tipo de concierto previo para la rebelión, no hubo ninguna reunión ni planificación y no hubo ningún antecedente para la destrucción de bienes públicos o privados. Respecto de las armas, hace referencia al parte de detención en su capítulo de evidencias, del cual se desprende que no existen armas. Se obtuvieron versiones de maestros de la institución que estaban en el lugar y de los propios agentes aprehensores que fueron agredido físicamente, quienes manifestaron no poder identificar a las personas que les agredieron ni tampoco si fueron ellos los que destruyeron los bienes públicos y privados ya que se trataba de un grupo tan grande que estaba protestando.

La Fiscalía no puede perseguir un delito de esta manera, sin poder determinar quién es el agresor, quien contraviene la Ley Penal, en que forma, a qué hora, evidentemente su señoría de los múltiples elementos de convicción que he presentado y voy a entregar en el expediente fiscal, existe suficientes elementos para que la Fiscalía se abstenga de acusar, con estos hechos viene mi petición basado el art. 170 del Código de

Procedimiento Penal, una vez que han variado considerablemente los hechos, solicito que inmediatamente se revoque la prisión preventiva, usted es competente para conocer el caso, porque el caso que se está ventilando en esta sala tiene que ver con el art. 221 del Código Penal Vigente, el delito de rebelión al no tener armas, al no tener concierto es un delito reprimido con prisión correccional, me ratifico en mi abstención, solicito se revoque la prisión preventiva y se deje en libertad a los doce procesados, entrego el expediente fiscal en 405 fojas útiles.¹⁶⁰

Esta fue la intervención final de Fiscalía en la audiencia preparatoria de juicio, a la que todos los abogados defensores conjuntamente solicitaron al Juez que dicte el correspondiente auto de sobreseimiento definitivo de los procesados, recuperando en ese momento la libertad los diez procesados, después de 35 días de haber permanecido en el Centro de Detención Provisional de la ciudad de Quito.

Curiosamente, horas más tarde el Juez que emitió dicha resolución de manera oral en la audiencia, de oficio revoca su resolución y eleva en consulta al fiscal superior el dictamen abstentivo emitido por fiscalía, ratificando la revocatoria de la prisión preventiva dispuesta en la referida audiencia preparatoria de juicio.

El dictamen abstentivo emitido en primera instancia, es revocado por el fiscal superior por considerar que sí existen elementos suficientes para vincular a los procesados en este delito de rebelión y se delega a un nuevo fiscal, quien acude a la audiencia preparatoria de juicio, fijada por otro juez que conoce la causa, donde fundamenta su acusación, principalmente en los videos que muestran los desmanes que se han dado en la avenida de los Shyris, donde se observa llantas quemadas y en que los detenidos han ocasionado los daños a la propiedad pública y privada, siendo éstos encontrados con armas, como bates de béisbol y cadenas, además que se les encontraron pañoletas y pasamontañas que eran utilizados para ocultar sus rostros y causar daños.

Bajo estos argumentos solicita al juez que dicte auto de llamamiento a juicio en contra de los doce procesados por el delito de rebelión con concierto previo y uso de armas, refiriéndose así:

En este caso los procesados han actuado con violencia, con armas, encapuchados, ocultando sus rostros, han destruido bienes públicos y privados, han actuado de manera violenta y pública y no han hecho caso a las ordenes emanadas por las autoridades policiales, se han resistido, previamente han planificado los hechos graves, antes detallados, han realizado intencionalmente operaciones dirigidas, ocasionando un grave perjuicio a la institucionalidad del estado y orden público, este hecho es un golpe grave a la institucionalidad del estado, al orden y paz pública, se han resistido a una orden

¹⁶⁰ Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el cantón Quito, Acta de Audiencia Preparatoria de Juicio y de Sustanciación del Dictamen Fiscal, Juicio No. 17282-2013-0508, 28 de marzo de 2013. Intervención del Agente Fiscal doctor Bormman Peñaherrera.

legítima de autoridad, aquí habido un concierto y una organización previa que afecta a todos los ciudadanos que tenemos el derecho a vivir en una conducta de paz y orden. [...] Aquí hubo una intencionalidad DOLOSA, esta es característica esencial del delito de rebelión, en esta conducta severamente violenta se han utilizado armas contundentes, todo está acreditado con los peritajes realizados en la etapa de instrucción fiscal, armas como garrotes, cadena, instrumentos propicios para ocasionar severos daños. [...] ¹⁶¹

En este punto es importante analizar el cambio de criterio que existió entre los tres fiscales que conocieron este proceso, mencionando que el primero de estos, luego de haber realizado la respectiva investigación declina su acusación por no encontrar méritos para promover un juicio. Además, de cómo los siguientes fiscales, con la misma investigación del hecho y con las mismas pruebas obtenidas resuelven que sí existe mérito de continuar el proceso hasta juicio. Si bien, bajo el principio de objetividad con el que debe actuar Fiscalía, cada Fiscal tienen la facultad de acusar o no, de acuerdo a su criterio jurídico analizando la investigación que ha realizado, la ley establecía que en este tipo de delitos se deberá remitir al Fiscal Superior para que éste revoque o ratifique el dictamen abstentivo. Sin embargo, lo curioso de esto es lo que sucedió el sábado siguiente al pronunciamiento del Fiscal de retirar su acusación en contra de los doce estudiantes detenidos.

Me refiero puntualmente a las declaraciones emitidas por el Presidente Rafael Correa en el enlace ciudadano Nro. 315 que se transmitió el día sábado 30 de marzo de 2013 a nivel nacional desde el cantón Olmedo, provincia de Manabí. En este enlace ciudadano el Presidente dedicó más de quince minutos para referirse al dictamen abstentivo emitido por el Fiscal en el caso a las protestas del Colegio Central Técnico y al sobreseimiento definitivo resuelto por la jueza de Garantías Penales a favor de los procesados, señalando que apelará esta decisión ya que la jueza se ha dejado influir por los medios de comunicación y que mientras él sea presidente no permitirá que sucedan estas cosas. Se refirió directamente contra el Fiscal, manifestándole que si él no ha podido encontrar las pruebas, le enviaría los videos para que no le quede duda y que ojalá no le suceda una situación parecida de encontrarse en medio de una protesta y le destruyan su negocio, enfatizando de manera amenazante que apelará esta resolución y

¹⁶¹ Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el cantón Quito, Acta de Audiencia Preparatoria de Juicio y de Sustanciación del Dictamen Fiscal, Juicio No. 17282-2013-0508, 12 de junio de 2013. Intervención del Agente Fiscal doctor José Luis Jaramillo.

que espera que los fiscales y jueces no se vuelvan a amilanar porque los estudiantes mayores de edad deben ser castigados.¹⁶²

Recordemos que, supuestamente, los enlaces ciudadanos fueron creados con la finalidad de informar a la Nación sobre las actividades que iba realizando el gobierno y una forma de rendición de cuentas semanales del Presidente, sin embargo, terminaron convirtiéndose en palestras públicas de prejuizamiento de casos judiciales y amenazas contra quienes pensaban o actuaban diferente a la posición el gobierno.

Ciertamente, el entonces Presidente Rafael Correa, no tenía restricción de censura y esto era contrario a la independencia de los poderes estatales, las decisiones jurisdiccionales de los jueces y que no se metería mano a la justicia, ejerciendo de manera directa una presión política en la las decisiones de fiscales y jueces respecto de cómo deberían actuar frente a este caso de protesta, a más de hacer un llamado a la ciudadanía para que rechacen a los grupos de los derechos humanos que protegen estos actos de protesta.

Después de este enlace ciudadano, el caso del Colegio Central Técnico tomó un rumbo diferente. Ahora entendemos lo que ocasionó el cambio de criterio fiscal y jurisdiccional sobre unos mismos hechos que se investigaron y que en un primer momento absolvió a los involucrados.

Contrastando lo dicho respecto del análisis político en la modificación de los tipos penales, éste hecho es un clarísimo ejemplo de la influencia política en la justicia y cómo ésta puede apoyarse en los delitos contenidos en la legislación penal para criminalizar la protesta social y específicamente nos referimos al delito de rebelión, actualmente denominado ataque o resistencia.

De vuelto el caso al campo judicial y frente a esta acusación fiscal los abogados defensores argumentaron que en el presente caso se violentaron derechos y garantías básicas, así como tratados internacionales e inclusive la norma procesal penal, ya que fiscalía ni siquiera a individualizado a los procesados para acusarlos y únicamente se ha hablado de manera general, que no existen elementos de convicción que demuestren la existencia del delito de rebelión y no se ha demostrado que haya existido un concierto previo para los hechos ocurridos y mucho menos que se hayan utilizado armas. El mero hecho de que conste en el parte policial la existencia de un bate de béisbol, una pañoleta y una cadena como evidencia, no demuestra que se haya querido desestabilizar la paz y

¹⁶² Rafael Correa, Presidente de la República del Ecuador, Enlace Ciudadano Nro. 315, 30 de marzo 2013.

orden del estado. Respecto a los daños que fueron causados a bienes públicos y privados y en relación a los menores de edad que fueron detenidos en estos mismos hechos, el abogado Juan Guamba Torres, defensor de uno de los procesados adultos cuestionó: *“¿por qué a los menores de edad se les encausó por un daño material, y por qué a los mayores se les aplica la ley de otra manera?, aquí no hay igualdad ante la ley, aquí máximo esto debería ser un contravención.”*¹⁶³

Por otro lado, el abogado Patricio Armijos, defensor de otro de los procesados, vincula su defensa al ejercicio del derecho constitucional de la resistencia, manifestando lo siguiente:

Al entenderse en las imágenes que se dieron a conocer tras la supuesta noticia criminis, se puede ver que se trataba de una manifestación común y corriente, que jamás se evidencia ningún tipo de actos que tengan que ver o que se enmarquen en el tipo penal de rebelión, que existe un flagrante abuso de poder, estos jóvenes estudiantes estuvieron ejerciendo el legítimo uso de este principio que se encuentra en la Constitución en el Art. 98, que es a la resistencia, nunca estuvieron con armas de fuego, los hoy procesados no se encuentran en las imágenes y las fotografías, o en los indicios que ha recabo Fiscalía, sin embargo son procesados por el delito de rebelión, espero y se pronuncie en calidad de juez garantista, esto es descabellado.¹⁶⁴

Recogiendo estos argumentos de la defensa y de fiscalía el juez dictó el correspondiente auto de llamamiento a juicio en contra de los doce procesados, refiriéndose respecto de la alteración del orden constitucional, del quebrantamiento de la seguridad interior del estado, del concierto previo y del uso de las armas en el acto de rebelión, además se refiere en cuanto a la desobediencia y resistencia manifestada por los estudiantes, de la siguiente manera:

El móvil, ha sido la inconformidad con el cambio de designación o nombre del Instituto Central Técnico por el de Unidad Educativa Temporal, alertados de posibles consecuencias como eliminación de ciertos cursos o grados, inconformidad y resistencia a la disposición de las Autoridades Administrativas del sector educativo, que debió ser canalizada por estudiantes, padres de familia, docentes, etc., o por cada sector por separado según se sientan afectados, interponiendo las acciones judiciales, administrativas y constitucionales que nuestro ordenamiento jurídico prevé, continua la manifestación de la rebeldía en la desobediencia a docentes e inspectores del Instituto

¹⁶³ Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el cantón Quito, Acta de Audiencia Preparatoria de Juicio y de Sustanciación del Dictamen Fiscal, Juicio No. 17282-2013-0508, 12 de junio de 2013. Intervención del Abogado Defensor Juan Guamba Torres.

¹⁶⁴ Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el cantón Quito, Acta de Audiencia Preparatoria de Juicio y de Sustanciación del Dictamen Fiscal, Juicio No. 17282-2013-0508, 28 de marzo de 2013. Intervención del Abogado Defensor Patricio Armijos.

Educativo, al no retornar a las aulas y talleres como fue la disposición emanada por altavoces, decidieron salir trepando paredes, dañando puertas y sus dispositivos de seguridad, ya en la manifestación callejera, desatendiendo los diálogos propuestos por la fuerza policial, actuando con violencia contra los miembros del orden, los bienes públicos, y la propiedad privada. Establecido de esta manera el móvil de la conducta antijurídica, se descartan otros fines de mayor daño o trascendencia, como es el atentar contra la seguridad interior del Estado, alteración del orden constitucional o promover desestabilidad democrática, como tergiversadamente se utilizaron dichos términos durante el desarrollo de la Audiencia, y tampoco esta acción de los estudiantes puede recaer simplemente en un tipo penal de daños a la propiedad pública o privada, pues el realizar dichos daños no fue el fin o único propósito de la acción violenta de los jóvenes. Pero cabe también expresar que el concierto previo no es elemento constitutivo esencial, sine qua non, del delito de rebelión, como así lo señala el artículo 218 del Código Penal, basta el ataque resistencia, amenazas o violencias contra los funcionarios públicos que allí se detallan. [...] Si la rebelión no ha sido el resultado de un concierto previo, los culpados que llevaran armas serán reprimidos con prisión de tres meses a un año, y los otros, con prisión de quince días a tres meses”. Al respecto se ha discutido en la audiencia preparatoria de juicio si un bate de madera y una cadena son o no armas, según la definición que el Legislador ha incluido en el artículo 602 del Código Penal¹⁶⁵, de lo cual se infiere que efectivamente dichos instrumentos si se consideran armas, tanto más atendiendo el momento y circunstancias en que han sido levantadas dichas evidencias, añadiéndose los elementos de convicción recopilados por Fiscalía que destacan los daños materiales infringidos por los manifestantes a bienes públicos y privados, causados precisamente por objetos contundentes, pero ello no implica que todos los procesados hayan portado armas o quizá ninguno de ellos, lo cual corresponderá determinarse en el desarrollo de la prueba durante la etapa de juicio.¹⁶⁶

De este auto de llamamiento a juicio, se puede observar la argumentación fiscal tendiente a criminalizar estos actos de protesta como actos perpetrados, previa planificación, para atentar contra la seguridad interna del estado, alterar el orden constitucional y promover desestabilidad democrática, argumentación totalmente tergiversada, tal como el propio Juez los calificó de esta manera. La Fiscalía está obligada a actuar con objetividad y es increíble ver como el propio Fiscal presenta estos argumentos descalificando y criminalizando a la protesta. Estamos frentes a doce estudiantes entre 18 y 22 años de edad que se concentraron en el colegio, al que habitualmente asistían a clases como un día cualquiera, que ni siquiera tenían conocimiento de lo que sus autoridades pretendían hacer, ese día conocen de la reunión que se desarrollaba en el propio colegio lo que provoca en rechazo de sus estudiantes y es lo que motiva a desobedecer las órdenes de los supervisores del colegio y salir a las

¹⁶⁵ Artículo 602 del Código Penal: Se comprende por la palabra arma toda máquina, o cualquier otro instrumento cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haga uso de él.

¹⁶⁶ Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el cantón Quito. Auto de llamamiento a juicio de 17 de junio de 2013, análisis del caso y criterio del juzgador.

calles a protestar, no existió concierto previo para organizar estos actos de protesta tal como se pretendió demostrar por parte de Fiscalía.

La alteración del orden constitucional implica que se ponga en riesgo la Constitución, que se vulneren derechos constitucionales, que se produzca un golpe de estado o se ponga en riesgo los poderes del estado. Nada de esto sucedió, ni siquiera se podrían acercar en lo más mínimo estos actos de protesta para alterar el orden constitucional, estos términos encajarían para calificar otro tipos de actos como el de terrorismo, invasiones territoriales, etc. La seguridad interna del estado nunca se vio afectada tampoco, no se puso en riesgo a las instituciones de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, ésta protesta no tuvo influencia a nivel nacional ni se desarrolló en todo el territorio nacional, fue únicamente en un pequeña circunscripción de Quito que en nada afectaba a la seguridad interna del estado. Consecuentemente estos argumentos tienen la única finalidad de criminalizar a la protesta social.

Continuando el proceso penal, en la audiencia de juzgamiento, fiscalía siguió manteniendo su criterio y la acusación por el delito de rebelión, frente a los argumentos de los abogados defensores que hicieron referencia al derecho a la resistencia y a la libertad de expresión, como fue el argumento del abogado Washington Serrano:

[...] A estos muchachos no se les puede calificar de rebeldes, se manifiesta que eran 600 estudiantes, pero solo están detenidos 65 y 12 están siendo procesados. El Art. 218 del Código de Procedimiento Penal habla de resistencia a la autoridad, la Constitución en su Art. 98 dice que la colectividad tendrán el derecho a la resistencia frente acciones u omisiones del poder público, es decir que existe conflicto de leyes Código Penal y Constitución, y entre conflicto se tendrá la más favorable al reo, es decir se está juzgando por un delito inconstitucional, sin embargo Fiscalía manifiesta que no es el caso del Art. 222 del Código Penal pues los estudiantes fueron capturados en el momento de los hechos, El Art. 66 de Constitución nos da el derecho a opinar y expresar nuestro pensamiento libremente el numeral 13, nos da el derecho a asociarse y manifestar en forma libre, el derecho a transitar libremente. [...]¹⁶⁷

Haciendo uso del derecho a la réplica, fiscalía respondió en ese mismo sentido:
[...] *“se ha dicho es un derecho a la resistencia y libertad de expresión, la resistencia es respeto, es un instrumento democrático más no como argumento para justificar actos criminales, eso no es resistencia es rebelión. La libertad de expresión son institutos democráticos.”* [...]¹⁶⁸

¹⁶⁷ Tribunal Noveno de Garantía Penales de Pichincha. Acta de Audiencia de juicio, Juicio No. 17171-2013-0283, 26 de julio de 2013. Intervención del Abogado Defensor Washington Sgerrano.

¹⁶⁸ Tribunal Noveno de Garantía Penales de Pichincha. Acta de Audiencia de juicio, Juicio No. 17171-2013-0283, 26 de julio de 2013. Intervención del Fiscal Dr. José Luis Jaramillo.

El Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha en su sentencia motiva sobre el derecho a la resistencia y la libertad de expresión en el siguiente sentido:

[...] se establece que si bien por principio los individuos y los colectivos pueden opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones y así ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos, no es menos cierto, que los individuos y los colectivos, para ejercer esos derechos, tiene que observar los límites que se les impone para no tornarlos en abuso del derecho, establecidos en la misma Constitución de la República del Ecuador, que en su Art. 83 impone: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”; en el Art. 158 atribuye: “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos. Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial. La protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional. Las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, y respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico.”; Art. 159: “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán obedientes y no deliberantes, y cumplirán su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución. Las autoridades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán responsables por las órdenes que impartan. La obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten.”; en su Art. 66 numeral 23, circunscribe: “El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.”; y, en el Art. 99 otorga: “La acción ciudadana se ejercerá en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación; será presentada ante autoridad competente de acuerdo con la ley. El ejercicio de esta acción no impedirá las demás acciones garantizadas en la Constitución y la ley”. La Federación Internacional de los Derechos Humanos -FIDH- define a la protesta social como “una oposición colectiva a una política gubernamental, o un rechazo categórico de una estructura sea social, política o económica” La misma organización internacional no gubernamental, considera que “el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión, los derechos sindicales y las garantías judiciales protegen el derecho a la protesta pacífica” (Federación Internacional de los Derechos Humanos, “La protesta social pacífica: ¿Un derecho en las Américas?” , Informe N° 460/3, octubre de 2006, p. 5). De ahí que cualquier resistencia que se realice, ha de realizarse por vías legítimas, legales y pacíficas, puesto que la resistencia no-violenta, acción no-violenta, no-violencia activa o resistencia pacífica es una táctica de protesta relacionada a la desobediencia civil, que propugna el logro de un cambio político, social y cultural sin necesidad del empleo de la violencia. En la práctica, utilizar protestas simbólicas y actos de no-cooperación en las áreas política y económica, mediante el ejercicio del derecho de petición, vía de derecho, que no implican la realización arbitraria del propio derecho, que si resultaría si es que dicho ejercicio puede llevarse a cabo lesionando otros derechos y poniéndolos en peligro, puesto que reconocer el derecho individual sin reconocer los del colectivo, de la sociedad, es desconocer la convivencia social en las relaciones que son y se generan en sociedad, en un Estado. En tal sentido, para que la protesta social sea reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico y constitucional, debe ser pacífica y sin armas. Asimismo, como todo derecho, su ejercicio no puede vulnerar otros derechos fundamentales. Entonces, aquella protesta social que se realice apelando a la violencia o

que afecte derechos fundamentales, no es un derecho sino un acto ilícito e ilegítimo. Y, por tanto, el Estado tiene la atribución y el deber de proscribirla y penalizarla. Es por eso que el derecho marca la diferencia entre resistir pacíficamente, en uso de las vías jurídicas, como un acto legítimo, legal y además lícito, que es el derecho que constitucionalmente se reconoce, mientras que resistir violentamente, en uso de vías no jurídicas, es un acto peligroso, lesivo e ilícito, que se tipifica como delito en el Código Penal.¹⁶⁹

Es importante resaltar lo referido por el tribunal respecto de que la única protesta aceptada es la pacífica y sin armas. Referente al uso de armas en este supuesto acto de rebelión, que fue un elemento valorado y aceptado por el Tribunal Penal debemos hacer la siguiente reflexión, se dijo en el juicio que los doce acusados utilizaron armas para agredir a los agentes policiales y dañar los bienes e incluso que podían haber causado la muerte de las personas. ¿Y cuáles fueron estas armas?, fueron un bate de béisbol y una cadena, no se detalló ningún otro objeto más como evidencia encontrados en una supuesta protesta violenta de más de seiscientas personas de la resultaron detenidas doce personas mayores de edad y lo que es más absurdo que nunca se pudo individualizar ni determinar en poder de persona se encontraron éstas “armas”, sin embargo, se los sentenció por el delito de rebelión con el uso de armas, aplicando de manera forzada y legalista lo que establecía el art. 602 del Código Penal.¹⁷⁰ No fue suficiente con enmarcar a la fuerza estos hechos en un delito, sino que se trató de agravar su situación jurídica.

Con todos estos antecedentes analizados, el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha impuso en sentencia, una pena de VEINTIÚN DIAS DE PRISION CORRECCIONAL en contra de los doce acusados por haber adecuado su conducta al delito de rebelión con el uso de armas. Fueron desechados tanto el recurso de apelación como el de casación que fueron presentados oportunamente. La sentencia fue declarada cumplida toda vez que los acusados estuvieron privados de su libertad 35 días, cumpliendo prisión preventiva.

3.1.3 Análisis del proceso judicial respecto a los conceptos de la protesta

¹⁶⁹ Tribunal Noveno de Garantía Penales de Pichincha. Acta de Audiencia de juicio, Juicio No. 17171-2013-0283, 4 de septiembre de 2013. Sentencia.

¹⁷⁰ Artículo 602 del Código Penal ecuatoriano. “Se comprende por la palabra arma toda máquina, o cualquier otro instrumento cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haga uso de él.”

En este sentido, el primer análisis estaría relacionado con identificar si los hechos protagonizados por los estudiantes del Colegio Central Técnico que fueron detenidos, procesados y condenados se enmarcarían dentro del concepto de protesta. Recordemos que la protesta es una forma de participación canalizada en la manifestación de la voluntad del ser humano a reclamar o expresar su opinión frente a algo o alguien, además Lucia Magrini definió a la protesta social como la válvula de escape del conflicto en democracia y que ésta jamás podría ser considerada como un atentado a la democracia, al contrario, el respeto a ésta garantiza un régimen político y comunicativo.

Tomando el concepto de protesta social, antes detallado y en torno a lo expuesto en capítulos anteriores podemos empezar diciendo que los hechos ocurridos el 22 de febrero del 2013, sí podrían ser considerados como una manifestación de protesta, debido a que fue protagonizado por un grupo de personas que reclamaban una decisión que iba a ser adoptada por las autoridades del Colegio conjuntamente con representantes del Ministerio de Educación. Decisión que podía vulnerar sus derechos, ésta consistía en el cambio de designación o nombre del Instituto Central Técnico por el de Unidad Educativa Temporal, situación que conllevaba a la posible eliminación de cierto cursos o grados dentro del establecimiento educativo.

Aquí podemos identificar plenamente cual fue la motivación de la protesta, las personas que salieron a las calles a protestar lo hicieron para reclamar que no se coarte su derecho a seguir estudiando en una institución educativa con todos los beneficios que hasta ese momento venían recibiendo, que éste cambio de denominación del Colegio podría cancelar cursos y grados, lo que sin duda perjudicaría a los estudiantes y lo más importante a resaltar en este punto es que ésta decisión la estaban tratando únicamente las autoridades del colegio con autoridades del Ministerio, es decir no existía ninguna representación estudiantil que pudiera intervenir en la toma o no de esa decisión, dejando de lado el criterio de los posibles perjudicados directos en este caso.

Recordemos el derecho que tenemos a intervenir en la toma de decisiones que puedan afectar nuestros intereses, si no podemos hacerlo directamente cada uno de nosotros, tenemos a un representante que lo haga a nuestro nombre, el respeto a este derecho se traduce en respeto a la democracia, de acuerdo la normativa constitucional establecida en el artículo 61, respecto de los derechos de participación, así como lo establecido en el artículo 95, respecto de la participación y el control social en el marco de la ciudadanía. Ahora qué sucede cuando estos canales de comunicación son

bloqueados, es en ese momento que las personas que se sientan afectadas y además ignoradas van a tratar de buscar otros canales de comunicación, otras formas de hacerse escuchar y presentar su reclamo y es cuando la protesta social se convierte en esta manifestación de expresión.

Contrastando con lo que dice Gargarella, respecto de que el derecho a la protesta se trata de un derecho que ayuda a mantener vivos los restantes derechos y acogiendo su posición frente a la protesta social, estos actos ocurridos el día 22 de febrero de 2013 se traducen en el pleno ejercicio del derecho a la protesta para reclamar que su derecho a la educación no se viera afectada, es decir a través del derecho a la protesta se busca mantener vivo y el respeto al derecho a la educación. El preservar y robustecer el derecho a la protesta social en un estado fortalece la democracia de éste.

Identificando las formas de protesta social, tal como lo expusimos en el primer capítulo, mencionamos que existe la protesta violenta, aquella que se manifiesta con el uso la violencia, traducida en agresiones físicas a personas y daños a bienes, sin duda, ésta desvirtúa el contenido mismo de la protesta como tal y puede entorpecer su objetivo, porque ninguna persona sale a protestar con el ánimo de cometer delitos, estos actos no son considerados como protesta social.

Sin embargo, dentro de la protesta social pacífica, se encuentra implícito la desobediencia civil y el hecho de resistirse a la autoridad, conductas propias de la protesta y que no pueden ser judicializadas porque se estaría criminalizando la protesta social.

En el desarrollo de una protesta se podrían configurar ciertas tipicidades, tales como delitos de daños, lesiones, resistencia a la autoridad, hechos mínimos como lo sostiene Zaffaroni, que no vendrían a configurar conductas penalmente relevantes para que se justifique la intervención del Derecho Penal. En el presente caso si bien se probó jurídicamente la existencia de lesiones y heridas en agentes policiales, provocadas en las manifestaciones y así mismo la existencia de daños en bienes públicos y privados, esto debemos analizarlo desde la óptica Zaffaroni y partir de que la finalidad de la protesta no es configurar delitos, es distinto que de la protesta devengan y se configuren ciertas tipicidades pero mínimas, obviamente, de estos delitos que pudiesen presentarse se

descartan los delitos de gravedad, éstos sin duda deben ser sancionados y juzgar a quienes aprovechándose de la protesta realicen este tipo de delitos.¹⁷¹

En el desarrollo del juicio no se pudo determinar que las personas detenidas el día de la protesta, hayan sido personas infiltradas que buscaban únicamente justificar el cometimiento de delitos graves, pues se trataba de estudiantes del mismo Colegio Central Técnico que además de verificado sus antecedentes penales, no eran personas peligrosas o reincidentes que se pueda presumir que se encontraban en el lugar para delinquir.

Los delitos que posiblemente se configuraron en esta protesta (daños, lesiones y resistencia) se cometieron en el desarrollo y como consecuencia de la propia manifestación. La finalidad de la protesta no fue cometer estos delitos por lo tanto no podríamos hablar de que se ha entorpecido el contenido y el objetivo de la misma y encontrarnos frente a una protesta violenta, estamos frente a una manifestación de protesta social que fue criminalizada desde desde el poder ejecutivo y el poder judicial.

A manera de una conclusión parcial podemos decir que los hechos ocurridos el día 22 de febrero de 2013, protagonizados por aproximadamente seiscientos estudiantes del Colegio Central Técnico, quienes salieron a las calles a reclamar por el cambio de denominación de su colegio que se pretendía realizar, se enmarcan dentro de los elementos de la protesta social. Lo que ocurrió ese día fue una manifestación de protesta que se desarrolló en la vía pública de la cual resultaron daños en bienes y personas lesionadas, no se configuró un delito de rebelión con armas como se pretendió mostrar a la ciudadanía, claramente existió un abuso del Derecho Penal, que valiéndose de este tipo penal contemplado en el Código Penal se encarceló a doce personas.

3.1.4 Análisis del proceso judicial respecto a los límites de la protesta

Recogimos en capítulos anteriores que los derechos no son ilimitados y que no se puede justificar toda actuación humana en nombre de un derecho. Cada uno de los derechos que contempla la Constitución, existen enfocados a un ámbito concreto de protección, por ejemplo: cuando en una protesta exista un acto violento de agresión física de una persona en contra de otra, la libertad de expresión no cobija esta actuación

¹⁷¹ Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal-Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 25.

y por lo tanto este hecho aislado que no deviene de la protesta y debe tratárselo como tal.

Frente a esta síntesis que hemos realizado respecto de los límites de la protesta, estaríamos, de cierto modo contradiciéndonos con lo que manifesté en líneas anteriores al considerar que es aceptable la existencia de lesiones, daños y resistencia en el marco de una protesta social. Sin embargo, a lo que deseo llegar es que la esencia de la protesta no es la violencia, que de ésta resulten personas agredidas físicamente y daño a bienes, son circunstancias que se pueden originar y que podrían ser aceptables dentro de una protesta, siempre y cuando no se constituyan en hechos aislados o hechos perpetrados bajo la justificación de protesta y que el fin haya sido el de cometer un delito y no el de la protesta como tal.

En estos casos aislados que pudieran encontrarse en una protesta, obviamente está justificada la intervención del Derecho Penal para que sancione a aquellas personas que están cometiendo un delito, que sean juzgadas por tal o cual hecho que se haya individualizado e identificado, pero no sean juzgados por el hecho de protestar porque eso ya conllevaría a un tema de criminalizar la protesta.

Es importante resaltar, que el Tribunal Penal en la sentencia, hace referencia a cuáles son los límites de la protesta social y los halla contenidos en la propia Constitución. Que, si bien los ciudadanos tienen el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones, también tienen el deber de acatar y cumplir la Constitución, leyes y las decisiones de autoridad competente. Que el derecho a dirigir quejas y peticiones deben estar enmarcadas dentro de la Constitución y que se reconoce únicamente a la protesta pacífica realizada por vías legales y legítimas, de ahí que se desconoce y se sancionará todo acto de violencia que pueda vulnerar otros derechos fundamentales por ser una resistencia violenta, en uso de vías no jurídicas, un acto peligroso, lesivo e ilícito.

Estos límites que expone el tribunal no son aceptables dentro de lo que significa una protesta social. Estos son actos de rechazo político, jurídico y social que no pueden ser canalizadas a través de peticiones o quejas a las respectivas instituciones estatales como lo manda la Constitución y se requiere de movilizaciones en las calles para que ese rechazo sea visibilizado y esto es la esencia de la protesta, en otras palabras, se está diciendo que lo único aceptable será la protesta obediente y disciplinada y la protesta social nunca podrá ser sumisa.

Dicho esto, no se está justificando la agresión y violencia en una protesta social, todos tenemos el derecho a desenvolvernos en un ambiente sano y libre de cualquier tipo de violencia y que nuestra vida, integridad física y bienes materiales estén protegidos. Por otro lado, también tenemos el derecho a la resistencia y a expresar nuestras opiniones de manera libre y en todas sus formas y manifestaciones. Si en este ejercicio del derecho resultaren lesiones y daños leves no se justifica la intervención del Derecho Penal, menos aún tratando forzosamente de encajar a estas conductas el delito más grave, como fue en este caso el delito de rebelión. Por último, si se quería sancionar estas conductas se las debió realizar por separado, delito de daños materiales y delito de agresión física para quienes hayan sido identificados cometiéndolos, no utilizar el delito de rebelión para tratar de acaparar a más personas, personas que se encontraban protestando de manera pacífica y que fueron metidos en el mismo saco, como vulgarmente se dice. El delito de resistirse a las autoridades ni si quiera podría ser considerado dentro de este caso, porque como hemos dicho, la resistencia es la esencia de la protesta y no podría ser juzgado, eso sería ir en contra del derecho a la resistencia y a la protesta y consecuentemente devenir en una criminalización de la protesta.

En este caso existió un abuso del Derecho Penal que llevó a criminalizar las protestas del día 22 de febrero de 2013, judicializando este hecho, valiéndose del tipo penal por el cual fueron sentenciados, delito de rebelión con uso de armas, es decir, se rastrelló el Código Penal, en palabras de Daniela Salazar Marín, para buscar el delito más grave y buscar la máxima sanción, sentenciando a personas que estaban protestando y que capaz ni siquiera dañaron bienes o agredieron físicamente a los agentes policiales, sino que únicamente ejercieron resistencia a la autoridad. ¿Por qué escoger este tipo penal y no otros como lesiones o daños materiales, o mejor aún contravenciones que tipificaban mejor el caso?

Y lo que fue más grave, recordemos que los acusados recibieron la pena de 21 DÍAS DE PRISIÓN CORRECCIONAL pero estuvieron privados de su libertad 35 DIAS cumpliendo la medida cautelar de prisión preventiva. Esto evidencia la desproporcionalidad y la falta de razonabilidad al haber impuesto esta medida cautelar tan excesiva en contra de los procesados y se ratifica lo mismo con la negativa a la solicitud de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, lo que nos confirma lo manifestado en el párrafo anterior, se utilizó el Derecho Penal de manera abusiva para conseguir las máximas sanciones para los actores de dicha protesta.

Para finalizar este capítulo, es importante contextualizar lo sucedido en esta caso en el año 2013 y lo que ha sucedido en los siguientes años respecto de la criminalización de la protesta social, desde la óptica de un Defensor Público. Sólo en esta ocasión me referiré en primera persona y diré que la principal razón por la que escogí este tema fue porque llevó alrededor de siete años siendo Defensor Público en la ciudad de Quito y entre todos los casos que he patrocinado legalmente han existido varios casos de protesta judicializados, casos que por sus diferentes connotaciones no han sido mediáticos ni han tenido mayor influencia social pero al final han sido protestas que han sido criminalizadas y actores que han sido privados de su libertad y en la mayoría de los casos por expresar sus rechazos al gobierno.

La mayoría de casos de criminalización de la protesta social han sido por manifestaciones de rechazo en contra del gobierno, la protesta social tuvo que resistir diez años de un gobierno represivo y vengativo en contra de sus disidentes, donde no existía el dialogo y la única forma alternativa de comunicación fue salir a las calles y expresar ese rechazo de cada uno de los ciudadanos, recibiendo éstos todo el peso de la ley, una ley que está creada y vigente para atacar a la protesta social.

La influencia del ejecutivo fue muy grande y frontal en el poder judicial, de manera pública como los enlaces ciudadanos del presidente Rafael Correa y de manera reservada también. No es curioso que dentro del caso analizado anteriormente no haya intervenido la Defensoría Pública para patrocinar, por lo menos a uno de los doce procesados?. Tal vez se prohibió a la Defensoría Pública intervenir en este caso?, afortunadamente no seré yo quien les responda directamente estas preguntas ya que fue de dominio público la aceptación del Defensor Público General de que había recibido varias llamadas y correos electrónicos por parte de Alexis Mera para hablarle del caso Central Técnico y la filtración de correos electrónico entre éste y el Presidente, manifestando Mera que ya había hablado con el interfecto (refiriéndose al Defensor Público General) diciéndole que se calle.¹⁷²

Desafortunadamente la injerencia de la política en la protesta social será un problema de siempre, presente no sólo en el gobierno de Rafael Correa sino en los siguientes gobiernos cuando se exprese el rechazo hacia ellos, unos más represivos que otros pero tendientes a criminalizar la protesta social y silenciar a sus disidentes. Lo

¹⁷² Defensor Público confirma que ex Secretario Jurídico, Alexis Mera, lo llamó por caso Colegio Central Técnico.

http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818824974
. 28 de agosto de 2017

importante es que frente a estos gobiernos opresores también siempre estará presente el rechazo manifestado a través de la protesta, manifestantes que no serán sumisos ante el poder y saldrán a las calles a dejar su voz de protesta en alto. Criminalizar la protesta social no acalla a sus actores, al contrario los revive y les recuerda los motivos para mantener su protesta.

Recapitulación

- El caso de los estudiantes del Colegio Central Técnico, fue un caso que mediáticamente se mostró al país como un acto de criminalización de la protesta, sin embargo, hasta no adentrarnos al análisis jurídico del mismo, nos quedaríamos únicamente con los argumentos de los medios de comunicación. Después de haber hecho un análisis de todo el juicio penal valorando y contrastando los argumentos expuestos por todos quienes intervinieron en el mismo podemos concluir que existió un abuso del Derecho Penal por parte de fiscalía que persiguió justificar un delito sobre unos hechos que podían encajarse mejor en otros tipos penales de menor relevancia y con penas proporcionales a lo sucedió, esto claro si se justificaba la intervención del Derecho Penal en este caso, de lo contrario estas conductas podrían haberse enmarcado dentro de lo que supone una protesta.

- Es importante hacer énfasis en los dos pronunciamientos fiscales que existieron durante el proceso, el uno retirando la acusación y la otra presentada acusación. Llama la atención estos dos criterios contrapuestos que se originan de un mismo hecho y del diferente enfoque que cada uno de ellos pueda dar sobre los mismos elementos de convicción recabados en la investigación. No se entiende como el uno prefiere no identificar a los procesados en los videos, mientras que el otro si los puede identificar, el uno asegura que no existió el uso de armas en los hechos y que no existió un concierto previo, mientras que el otro argumento fue destacar el uso de armas y que hubo planificación previa para el cometimiento de estos hechos.

-La revocatoria del dictamen abstentivo por parte del fiscal superior, podría ser considerada como una práctica común dentro de los diferentes procesos judiciales en los que se pretendería asegurar el juzgamiento de las personas involucradas en un supuesto delito ya que ésta revocatoria del superior obliga al nuevo fiscal ir a sustentar una acusación y de paso se está enviando un mensaje al juez en el sentido de que debe dictar auto de llamamiento a juicio y enviar a los procesados a juicio.

- Los abogados defensores invocaron el derecho a la resistencia y el derecho a expresar sus opiniones y reclamos de cualquier forma o manifestación. Que este hecho no se trataría más que una protesta común y corriente de un grupo de personas que se encontraba reclamando una decisión que podía afectar sus derechos y a fin de evitar esta afectación vieron que la mejor forma de hacer escuchar era manifestándose en las calles.

-En los hechos ocurridos el día 22 de febrero de 2013, en el marco de una protesta social pudieron identificarse hechos aislados como lesiones y daños materiales, los mismos que debieron ser individualizados y atribuidos al responsable para que pueda ser sancionado por vía judicial por los respectivos delitos y se le pueda reclamar el pago de los daños. No se debió generalizar a la protesta catalogándola como un acto de rebelión armada y sentenciando a todas las personas que fueron detenidas por rebeldes armados que atentaron contra la seguridad interna del estado.

-Se evidencia falta de razonabilidad y total desproporcionalidad en las resoluciones contenidas en este proceso judicial, desde el primer momento en que son puestos a órdenes del juez de flagrancia, quien ordena la prisión preventiva de todos ellos y los envía al Centro de Detención Provisional de Quito hasta que su situación jurídica sea resuelta. No suficiente con esta decisión inicial, el juez niega la solicitud de pedido de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva y ratifica la prisión preventiva hasta el dictamen abstentivo emitido por el primer fiscal, quien solicita la revocatoria de la prisión preventiva y recuperan la libertad luego de estar detenidos 35 días. Siendo que al final fueron sentenciados a cumplir 21 días de prisión correccional, la pena fue declarada cumplida. Cumplida en exceso debía haberse dicho mejor.

- El caso de los estudiantes del Colegio Central Técnico, podría pasar a conformar la larga lista que el Ecuador tiene respecto de la criminalización de la protesta, por todos los antecedentes que se han expuesto en este último capítulo. Se ha sentenciado a disidentes imponiéndoles un castigo más de carácter ejemplificador, para mostrar a la sociedad lo que puede ocurrir en protesta futuras.

Conclusiones

La protesta social es un mecanismo alternativo de comunicación, al que recurren, por lo general, los ciudadanos para expresar su rechazo. Las protestas están encaminadas a exigir el respeto de los derechos y la conquista de nuevos derechos, así también desde el punto de vista político la protesta surge en el descontento del pueblo frente al gobierno, en estos últimos diez años, en el Ecuador la mayoría de las protestas y manifestaciones populares han sido en contra de las autoridades políticas, que si bien fueron elegidas democráticamente, el ejercicio del derecho a la protesta social nos faculta a expresar nuestro rechazo y frenar muchas veces decisiones autoritarias que por parte del poder se nos quieran imponer.

La verdadera esencia de la protesta social no es la violencia, de acuerdo a lo que refiere Gargarella, existe la protesta pacífica y la protesta activa o de confrontación, ésta última es la que ha venido presentándose en nuestro país y ha sido equivocadamente confundida o de manera intencionada con una protesta violenta con el fin de justificar la represión por parte del Estado. Cuando se sale a protestar no se sale con el designio de causar daños, lesiones ni mucho menos cometer delitos, sin embargo en el desarrollo de ésta pueden configurarse tipicidades sin mayor importancia (lesiones mínimas, daños materiales insignificantes y la propia resistencia a la autoridad), que no justificarían de ninguna modo la intervención del Derecho Penal conforme lo argumenta Zaffaroni, estas conductas podrían considerarse propias de una protesta.

¿Cuándo se criminaliza a la protesta social?, en el momento, en que un conflicto social se convierte en uno judicial, es decir, cuando se ha judicializado un acto de protesta e interviene el Derecho Penal para resolver el conflicto. Nuestra legislación penal, desde el Código Penal y el actual Código Orgánico Integral Penal han sido herramientas utilizadas por los operadores de justicia para criminalizar la protesta. La falta de definición clara y precisa de los tipos penales, ha conllevado a encajar cualquier acto de protesta en un delito, por ejemplo en el delito de rebelión que es la resistencia que se ejerce ante una autoridad, siendo que esta resistencia es parte esencial de una protesta.

A fin de proteger la protesta social y robustecer el respeto a la democracia de un estado, surge una interrogante: ¿Por qué no derogar o modificar estos tipos penales

identificados como atentatorios a la protesta social?, responderé únicamente desde el ámbito político. Al poder legislativo y ejecutivo, políticamente hablando, no les conviene eliminarlos, para ellos es importante mantener esos delitos como signo de advertencia para la sociedad y mostrar a quienes piensen distinto o demuestren su rechazo que pueden ser encarcelados. De esta forma se van modificando este tipo de delitos que criminalizan la protesta social de acuerdo a la conveniencia política, situación que es atentatoria a los derechos humanos.

Uno de los casos de protesta social más vergonzoso mostrado públicamente que fue criminalizado en el gobierno del Presidente Rafael Correa fue el caso del Colegio Central Técnico. Aquí lo único que se sancionó fue directamente la protesta social, se la criminalizó, sentenciando a sus actores a cárcel por haber cometido un supuesto delito de rebelión armada, cuando lo que en verdad sucedió fue una protesta común y corriente, de la que resultaron agentes policiales heridos y daños a bienes públicos y privados, hechos aislados que debieron ser identificados e individualizados para su consecuente judicialización y no judicializar el acto mismo de protesta rebuscando en el Código Penal un delito para encajar estos hechos y perseguir su máxima sanción. Este es uno de los casos en el que se pudo evidenciar un injerencia atrevida por parte del ejecutivo en el poder judicial para obtener una sentencia “ejemplificadora” a los supuestos rebeldes armados que intentaron desestabilizar el orden constitucional del estado, fue éste el calificativo que usó Fiscalía para referirse a los actores de aquella protesta.

Criminalizar la protesta social no acalla las voces disidentes ni evita futuras protestas, al contrario estos atropellos recibidos por parte del estado motivan más aún a expresar y mostrar su descontento a los gobiernos que se nos quieran imponer autoritariamente. El rechazo y la protesta son condiciones inherente del ser humano, mientras que éste subsista siempre estará viva la protesta social.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2da Edición en castellano. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Asanza, Felipe. *Derecho a la Resistencia y Protesta social, Un enfoque desde los Derechos Humanos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Ávila, Ramiro. *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Quito, Editorial Ecuador, 2012.
- Ávila Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En: *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Editor Ramiro Ávila, V&M Gráficas, 2008.
- Ávila Ramiro, Flores, Xavier, Grijalva Agustín y Lugo Rafael. “La inconstitucionalidad del desacato y el derecho a la libertad de expresión”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2012.
- Bernal Carlos. “En torno a la fórmula del peso”. En: *La argumentación y los derechos fundamentales*, editado por Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- Botero, Catalina. “Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA”. En *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América latina*. Bogotá: Competencia en Comunicación para América Latina, 2011.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003.
- Correas, Oscar. *La criminalización de protesta social en México*. México, D.F: Editorial Coyacán, 2011.
- Falcón, María, y Tella. *El ciudadano frente a la ley*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. “El paradigma del Derecho Penal Mínimo”. En: *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

- Gargarella, Roberto. “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”. En *Umbrales de reconciliación, perspectivas de acción política no violenta*, compiladores Freddy Cante y Luis Ortiz, 1era. Edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- Gargarella, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, 1era Edición. Buenos Aires, Siglo veintiunos editores, 2006.
- Gargarella Roberto. “El derecho frente a la protesta social”. En *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Iglesias, Mercedes. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010.
- Kaufmann, Arthur. *La validez del derecho. Derecho de Resistencia. Desobediencia civil. Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- López, José. *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- Magrini, Ana. “La efervescencia de la protesta social, de lucha, demandas, narrativas y estéticas populares”. En *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América latina*. Bogotá: Competencia en Comunicación para América Latina FES, 2011.
- Moncayo Víctor, Pérez Magaly y Saba Roberto. *Participación ciudadana y Derechos Humanos La universidad por la vigencia efectiva de los Derechos Humanos*. Montalban-Caracas: Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, 2006.
- Navas, Marco. *Los derechos de la comunicación*. Quito: INREDH, 2005.
- Navas, Marco. *Lo público insurgente. Crisis y reconstrucción de la política en la esfera pública*. Quito: Editorial Quipus-CIESPAL, 2012.
- Nazaret, María. *Imprecisiones respecto al Derecho a la Resistencia en el Ecuador*. Quito: Law Review, Universidad San Francisco de Quito, 2013.
- Noguera Fernández, Albert, y Navas Alvear Marco. *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales? Estudio del modelo constitucional de Ecuador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
- Paz, Juan, y Cepeda Miño. *Golpe y Contragolpe La “Rebelión de Quito” del 21 de enero de 2000*. Quito: Editorial Abya-Yala, 2002.

- Personería de Medellín. “Protesta Social: entre derecho y delito”. En *Pensamiento Político*, ISSN: 2027-2391. Medellín-Colombia, 2010.
- Rabinovich, Eleonora. “Protesta, derechos y libertad de expresión”. En: *Vamos a portarnos mal, protesta social y libertad de expresión en América Latina*. Bogotá: Centro de Competencia en Comunicación para América Latina FES, 2011.
- Real Academia Española*. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición, 2001.
- Richter, Ulrich. *De la Protesta a la Participación Ciudadana*. México: Editorial Océano, 2014.
- Saucedo, José, y Román Maximiliano. *El control estatal de la protesta social: Una aproximación filosófica a la ley antipiquetes, Contenciosa, Año II*. España: Universidad del Nordeste, 2015.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid: Citivas, 2006.
- Salazar Daniela. “La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en Ecuador”. En: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2012.
- Soler, Sebastián. *Ley, historia y libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1957.
- Stollbrock, Guerrit. “Los movimientos de resistencia pacífica, la violencia y las restricciones, una aproximación con base en la obra de Roger Petersen”. En *Acción política no-violenta, una opción para Colombia, compiladores Freddy Cante y Luisa Ortiz*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.
- Thoreau, Henry David. “La desobediencia civil”. En *Los anarquistas I. La teoría*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- Thoreau, Henry. *Sobre la desobediencia civil*, trad. María Cristina Restrepo. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2014.
- Trujillo, Rodrigo, y Pumalpa Mérida. *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*, serie investigación # 22. Quito: INREDH, 2011.
- Upimny Rodrigo y Sánchez Luz. “Derecho penal y protesta social”. En: ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? -Eduardo Andrés Bertoni. Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la información, 2010.
- Villaseñor, Claudia Goyzueta. *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*. México DF: Editorial Porrúa, 2011.

Waldmann, Peter. *Guerra civil, terrorismo y anomia social*. Colombia: Grupo Editorial Norma, 2007.

Welzel, Hans. *Derecho Alemán*, 4ta Edición castellano. Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Zaffaroni, Eugenio. “Derecho penal y protesta social”. En: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2012.

Tesis

Cordero Heredia, David. “El derecho a la resistencia y la criminalización de la defensa de los derechos humanos y naturaleza”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.
<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3706>.

Jiménez Sigüenza, Mariana Paola. “El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador 2008”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015.
<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4883>.

Normativa

Colombia. *Constitución Política de Colombia*. 1991, tít. II. “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”, cap. Primero, “Derechos Fundamentales”.

Colombia. *Ley 1801*. Código Nacional de Policía y Convivencia, Congreso de Colombia, 29 de julio 2016.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Participación y organización del poder, cap. Primero, Participación en democracia, 20 de Octubre del 2008.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Garantías Constitucionales, cap. V, Funciones de transparencia y control social tít. III, 20 de Octubre del 2008.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Derechos, cap. Sexto, Derechos de Libertad, art. 66. 6, tít. II, 20 de Octubre del 2008.

Ecuador. *Ámbito. Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la policía nacional del Ecuador*. Acuerdo Ministerial No. 4472, art.-1.

Artículos de periódicos

- Betín, Tomás. “Las demandas contra el nuevo Código de Policía”. *El Herald*, 05 de Febrero del 2017.
- Cárdenas, Alfredo. “Indígenas llegan al parque El Arbolito y dan plazo a Asamblea para que archive enmiendas”. *El Universo*, 12 de agosto 2015.
- Duque, Horacio. “Pros y contras del nuevo Código de policía y el Estado securitario”. *Diario del Huila*.
- El Comercio. “Los hechos que marcaron el derrocamiento de Jamil Mahuad”. *El Comercio*, 21 de Enero de 2016.
- El Comercio “Bonil, indignado por sanción de la Supercom”, *El Comercio*.
- El Tiempo. “Corte tumba normas de Código de Policía regulan derecho a reunión”. *El Tiempo*, 20 Abril de 2017.
- El Universo. “Cacerolazo en Quito contra el presidente Lucio Gutiérrez”. *El Universo*, Jueves 14 de abril del 2005.
- Ecuador Inmediato. “Crimen de Karina del Pozo no quedará en la impunidad, advierte mandatario”. *Ecuadorinmediato.com*, 2 de marzo 2013.
- Gargarella, Roberto. “El derecho a protestar, La violencia no puede ser la excusa para cuestionar una libertad fundamental”. *El país*, 21 de mayo 2014.

Instrumentos internacionales

- Estados Unidos. *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*. Preámbulo. 4 de Julio de 1776.
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1566 (2004). 8 de octubre de 2004, numeral 3.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III).
- Organización de los Estados Americanos. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Estados Unidos: Asdi, 2009.

Sentencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, 5 de febrero de 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

Corte Suprema. “Sentencia del 22 de Noviembre de 1991”, *Caso de la Comunidad Homosexual Argentina, Buenos Aires*, 22 de Noviembre de 1991. https://docs.google.com/document/d/1Y8MXLQw2HTWM4_vfoxQDajOe5mEXQgRAkgc4fqyfUpw/edit?hl=en

Jurisprudencia

Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo. Ginebra, 16 de Noviembre de 1937.

Páginas Web

Blog de actualidad y sociología. “La Propaganda como método de control y la criminalización de la protesta social”. Publicado 26 de agosto del 2013, <http://sociologos.com/2013/08/26/la-propaganda-como-metodo-de-control-y-la-criminalizacion-de-la-protesta-social/>

Romero, Rafael. “¿Qué es la criminalización de la protesta y de la juventud?”. 28 de abril de 2015. <http://www.laizquierdadiario.mx/Que-es-la-criminalizacion-de-la-protesta-y-de-la-juventud>.

Zambrano Alfonso. “El derecho a la resistencia. ¿Utopía o Realidad?”. http://www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/23102011/ndpderecho_resistencia.doc, p. 3.