

Una lectura constitucional del derecho a la resistencia colectiva

Mariana Jiménez



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster

Una lectura constitucional del derecho a la resistencia colectiva

Mariana Jiménez



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CASA ANDINA

Serie Magíster
Vol. 258

Una lectura constitucional del derecho a la resistencia colectiva
Mariana Jiménez

Primera edición

Coordinación editorial: Casa Andina y Jefatura de Publicaciones

Corrección de estilo: Roberto Ramírez

Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro

Impresión: Ediciones Fausto Reinoso

Tiraje: 300 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,

Sede Ecuador: 978-9978-19-977-0

Derechos de autor: 057846

Depósito legal: 006540

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

• www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

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

Impreso en Ecuador, diciembre de 2019

Título original:

«El derecho a la resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador de 2008»

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional

Autora: Mariana Paola Jiménez Sigüenza

Tutor: Marco Navas Alvear

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1893

*A mi amado papito, Samuel,
por ser mi ángel, ejemplo,
fortaleza y permanente inspiración*

CONTENIDOS

Agradecimientos	7
Introducción	9

Capítulo primero

El derecho a la resistencia en el constitucionalismo:

antecedentes doctrinarios y alcances conceptuales	13
1. El derecho de participación	14
1.1. Elementos para definir el derecho de participación	14
1.2. El derecho de participación en la Constitución ecuatoriana de 2008	16
2. La democracia deliberativa	19
3. La criminalización de la protesta social.....	22
3.1. Noción de protesta social y de su criminalización.....	22
3.2. La protesta social en el marco constitucional ecuatoriano.....	26
4. El derecho a la resistencia	34
4.1. El derecho a la resistencia en la perspectiva histórica desde el constitucionalismo contemporáneo.....	34
4.2. Elementos para articular una noción de derecho a la resistencia.....	38
4.2.1. Desobediencia civil.....	39
4.2.2. Objeción de conciencia	41
4.2.3. Insurrección	43
5. Recapitulación	45

Capítulo segundo

Análisis constitucional del derecho a la resistencia:

alcance, posibles limitaciones y configuración	49
1. El derecho a la resistencia en el constitucionalismo: marco comparado.....	50
1.1. Naturaleza jurídica.....	50
1.2. Contenido jurídico.....	60
1.2.1. Objetivo.....	60
1.2.2. Sujetos.....	62

1.2.2.1. Sujeto activo	62
1.2.2.2. Sujeto pasivo.....	64
2. Limitaciones al derecho a la resistencia	67
2.1. Limitaciones constitucionales.....	67
2.2. Limitaciones legales.....	77
2.2.1. Terrorismo.....	80
2.2.2. Sabotaje.....	83
2.2.3. Ataque o resistencia	86
3. Recapitulación	88

Capítulo tercero

Análisis del caso Kimsakocha: la invocación del derecho

a la resistencia y la criminalización de la protesta social.....	91
1. Antecedentes del caso.....	91
2. Análisis del proceso judicial Kimsakocha	93
3. Recapitulación	105

Conclusiones	109
--------------------	-----

Bibliografía	113
--------------------	-----

AGRADECIMIENTOS

Mi más profundo agradecimiento a Dios y a la Virgen por cada una de sus bendiciones en este camino mágico de vida.

A mis amados padres, Mariana y Manuel, por su inmenso amor, ternura y confianza.

A mis adorados hermanos, Juan, Stalin y Mónica, por su cariño y sus constantes palabras de apoyo.

A mi compañero de vida y aventura, Javier, por sus muestras de amor y por su apoyo incondicional.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por la oportunidad de formación académica y a su personal docente y administrativo, por los conocimientos compartidos, afecto, amabilidad y colaboración en los días de permanencia en esta casa de estudios.

A mis amigos y compañeros de estudio de la Universidad, por su amistad, alegría y solidaridad; ellos hicieron de mi período de estudio una gran experiencia de vida.

Un agradecimiento especial a mi profesor y tutor, el doctor Marco Navas Alvear, profesional que —de forma responsable, con mucha paciencia, vasto conocimiento y aportes para el desarrollo del tema— hizo posible la realización del presente trabajo académico.

INTRODUCCIÓN

La sociedad ecuatoriana se caracteriza por ser altamente crítica: demanda el ejercicio del derecho a resistir colectivamente, de esencia iusnaturalista, y se manifiesta en las protestas sociales, que se producen generalmente frente a amenazas o violaciones a derechos constitucionales de la mayoría de ecuatorianos —por ejemplo, la amenaza de la minería a los derechos de la naturaleza y al medio ambiente sano, la amenaza de megaproyectos hidroeléctricos a los derechos a conservar recursos renovables que se hallen en sus tierras y determinados actos de particulares o autoridades públicas que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales—. Esto implica, entonces, la necesidad social de que exista un acercamiento a una interpretación sistemática y unificada del contenido del art. 98 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual, de manera innovadora, positiviza la resistencia, que puede ser invocada en el país de manera individual o colectiva.

Este análisis normativo constitucional es importante pues, al ser el derecho a la resistencia una novedad del catálogo de derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana vigente, no existen suficientes criterios doctrinarios nacionales y jurisprudenciales que desarrollen lineamientos claros en torno a su ejercicio. En este sentido, la lectura respecto a la configuración y a los límites en la invocación del derecho constitucional a la resistencia colectiva, que tendría conexión con los derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación, permitiría a

los ecuatorianos conocer e identificar las posibles circunstancias en las que su ejercicio, por medio de diferentes mecanismos empleados en las protestas sociales (bloqueo de carreteras con la quema de neumáticos o palos), podría ser considerado efectivo y constitucional.

Asimismo, permitiría analizar los diferentes procesos judiciales que pese a la amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente en 2008 a todas las personas que habían sido judicializadas por participar en diferentes movilizaciones, fueron iniciados en los últimos años actos de resistencia colectiva contra varios resistentes que, desde una visión del Gobierno y de los operadores de justicia, resultarían criminalizados si se los entiende como actos que rompen el orden y que, por lo tanto, vulneran el derecho de terceros ajenos a la protesta, pasando a ser entendido en las primeras etapas de los procesos penales como un delito de sabotaje, terrorismo, ataque o resistencia.

Con estas consideraciones, y tomando en cuenta que el derecho a la resistencia que puede ser individual o colectivo se encuentra situado en el título IV («Participación y organización del poder»), capítulo I («Participación en democracia»), sección segunda («Organización colectiva») de la Constitución ecuatoriana, la presente investigación académica gira en torno a la invocación al derecho a la resistencia colectiva. Así, en el primer capítulo de este trabajo se abordan los elementos para una definición del derecho de partición y se examina este en la Constitución ecuatoriana de 2008. Asimismo, se analiza la noción de democracia deliberativa y los elementos para una definición de protesta social y de su criminalización; también se discute la protesta social en el marco constitucional ecuatoriano. Seguidamente se realiza una referencia del derecho a la resistencia en la perspectiva histórica desde el constitucionalismo contemporáneo. Se cierra con las distinciones de los elementos de las nociones conceptuales de los fenómenos de desobediencia civil, objeción de conciencia e insurrección.

En el segundo capítulo de este trabajo se busca profundizar en el contenido —objeto, sujetos— y la naturaleza misma del derecho a la resistencia. Para ello, se inicia el trabajo con un breve análisis comparativo del derecho a la resistencia reconocido en la Ley Fundamental Federal de Alemania, en la Constitución argentina de 1994 y el art. 98 de la Constitución ecuatoriana. Enseguida, se realiza una breve referencia de los puntos que podrían ser considerados como relevantes

en los debates planteados alrededor de las limitaciones de índole constitucional (derechos de terceros ajenos a la protesta) y legal (delito de resistencia, sabotaje, terrorismo), respecto a la invocación del derecho a la resistencia.

Finalmente, en el tercer capítulo se intenta identificar y analizar en el caso emblemático Kimsakocha los elementos que girarían en torno a la estructura del derecho a la resistencia colectiva, en el marco de la Constitución de 2008: su relación con la protesta social y su criminalización. Estos elementos son contrastados con los señalados y desarrollados a lo largo de este trabajo académico, los que tendrían vinculación con los *límites* del ejercicio del derecho a la resistencia colectiva; todo esto con objeto de proponer una posible lectura de la invocación de este derecho en el contexto social ecuatoriano.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO: ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y ALCANCES CONCEPTUALES

En este capítulo se abordan los elementos para una definición del derecho de participación y, en segundo lugar, se examina el derecho de participación en la Constitución ecuatoriana de 2008. De igual modo, se analiza la noción de democracia deliberativa y los elementos para una definición de protesta social y de su criminalización. Seguidamente, se discute la protesta social en el marco constitucional ecuatoriano y se hace una referencia del derecho a la resistencia en la perspectiva histórica desde el constitucionalismo contemporáneo. Por último, se estudian las distinciones de los elementos de las nociones conceptuales de los actos de desobediencia civil, objeción de conciencia e insurrección. Todos estos temas son tratados con el objeto de identificar su relación con la invocación del derecho a la resistencia colectiva conforme se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana de 2008.

1. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

1.1. ELEMENTOS PARA DEFINIR EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

La definición de *participación* estaría, en su esencia, íntimamente relacionada con dos de los anhelos del ser humano: el reconocimiento de la identidad y el derecho de todo individuo o colectivo para poder intervenir e influir en la toma de decisiones que afectan a su vida cotidiana.¹ Así también, en palabras de Rafael González, la participación debe ser entendida como un proceso que en busca del desarrollo integral de los habitantes en sociedad, establece mecanismos para que, en forma individual o colectiva, sean parte de las decisiones, de la fiscalización, del control y de la ejecución de las acciones en temas políticos, económicos, sociales y ambientales, que son de interés general.²

Ronald Dworkin menciona, por su parte, que el principio de participación se caracteriza especialmente porque en una democracia que es concebida como un gobierno comunitario de iguales, se le debe asignar a cada miembro de la sociedad un rol que le permita ser parte de todos los requerimientos, necesidades sociales y desde luego de todas las decisiones políticas.³ En la misma línea, para Juan Pablo Morales, la participación es entendida como un derecho humano que con objeto de obtener un progreso del individuo y de la colectividad en general, incita a todos sus miembros a intervenir permanente en las distintas esferas de la vida social, ya sea de forma particular, en conjunto o por medio de instituciones organizadas.⁴ De esta manera, la participación

- 1 Albert Noguera, «Participación, función electoral y función de control y transparencia social», en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, ed. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 133-4.
- 2 Rafael González Ballar cit. en Juan Pablo Morales, «Los nuevos horizontes de la participación», en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 157.
- 3 Ronald Dworkin, «Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo en los tribunales», en *El canon neoconstitucional*, ed. Leonardo García (Madrid: Trotta, 2010), 136.
- 4 Juan Pablo Morales, «Los nuevos horizontes de la participación», en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 157.

en democracia no termina con el ejercicio simple del sufragio electoral; por el contrario, debería ser comprendida como «el proceso por medio del cual los ciudadanos, en forma directa o mediante sus expresiones asociativas, inciden en ciertos procesos gubernamentales definitorios de políticas públicas».⁵

En ese contexto, se podría considerar a la participación como un derecho esencial en una sociedad democrática porque permitiría a los miembros de una colectividad, por medio de sus diversas formas de manifestación, intervenir y expresar de manera permanente sus necesidades, sus desacuerdos por posiciones políticas, económicas, sociales. La finalidad será influir en la formulación y en la toma de decisiones gubernamentales que vulneren sus derechos o que, en general, puedan afectar su calidad de vida.

Para profundizar en este punto se debe atender a lo planteado por Zimmerman,⁶ quien se refiere a la existencia de tres beneficios que derivan de un correcto ejercicio del derecho de participación. El primero de ellos se produciría porque muchas veces las instituciones que representan a los ciudadanos no identifican ni resuelven los problemas que las comunidades consideran de vital importancia, por lo que la participación de los ciudadanos resulta muy útil acerca de los programas de gobierno que les afecta directamente. En segundo lugar, si los ciudadanos participan, podrían hacer valiosas aportaciones a la planeación y ejecución de los diferentes proyectos, ya que son los que mejor conocen los entornos y las necesidades locales.

En tercer lugar, se crearía una corresponsabilidad entre los funcionarios públicos y los ciudadanos acerca de los asuntos de interés público. De esta forma, si los ciudadanos y el público interesado intervienen en el proceso de toma de decisiones —con la comprensión de las razones—, se facilita y agiliza la acción gubernamental, ya que al existir un consentimiento, se genera una alta probabilidad de que los ciudadanos cumplan con la normativa vigente y hagan más sencilla la ejecución de los diferentes proyectos gubernamentales.

5 Miguel González, «La participación ciudadana como alternativa de gobierno», *Aportes Andinos: Revista de derechos humanos*, n.º 14 (2005): 2, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/762>.

6 Joseph Zimmerman, *Democracia participativa: El resurgimiento del populismo* (Ciudad de México: Limusa, 1992), 15.

De lo expuesto, se puede colegir que la participación, como principio y derecho, debería ser entendida como un elemento esencial de toda sociedad democrática, pues por medio de ella, los individuos tienen la oportunidad de intervenir de distintas maneras en la toma de las decisiones que los afecten directa o indirectamente; así también, pueden exigir a todos los servidores públicos que cumplan con sus obligaciones y requerimientos e incluso pueden demandar una rendición de cuentas, lo cual configura un verdadero proceso de participación y permanente control social.

1.2. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

En el escenario ecuatoriano se puede manifestar que la Constitución de Montecristi, a diferencia de la carta magna de 1998, se caracteriza porque supone una profundización en los mecanismos participativos del sistema político del país, es decir, se observa una participación ciudadana mucho más amplia, renovada y sobre todo mejor articulada con el Estado. Lo dicho se hace evidente tanto en la parte dogmática de los derechos como en el diseño institucional referido al sistema de equidad e inclusión, a la red de planificación y al «cuarto poder» de control social. Asimismo, porque con una tendencia inclusiva e innovadora se da el reconocimiento de múltiples actores, se identifica no solo a los individuos nacionales y extranjeros en lo que les sea aplicable, sino también a comunidades, colectivos y nacionalidades como titulares del derecho de participación, lo cual diferencia a la nueva Constitución del modelo democrático liberal clásico de organización política del Estado, que se caracterizaba por las figuras tradicionales: la representación y la tripartición de poderes. Es necesario destacar que se agregan también nuevos derechos al amplio catálogo: un ejemplo claro es el derecho a la resistencia, que pese a estar situado en la parte organizativa de la Constitución, podría incorporarse a la participación directa.⁷

Un elemento importante en el tema de los derechos de participación constituye el art. 1 del texto constitucional vigente, que reemplaza el concepto de *medios democráticos*, reconocido en la Constitución de 1998, por el de *formas de participación directa*: consulta popular, referéndum,

7 Noguera, «Participación, función electoral», 134-7.

iniciativa popular normativa y revocatoria de mandato. En igual sentido, el contenido del art. 95 de la norma constitucional afirma: «Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano».⁸

La multiplicación de los mecanismos y espacios populares de toma de decisiones revela la intención del constituyente de dotar al sistema político ecuatoriano de una nueva naturaleza y colocar al Estado en una relación íntima con la noción de participación; en otras palabras, la definición de un Estado como participativo ha significado, por lo tanto, que todo el articulado constitucional se vea impregnado por la participación popular y, en ese sentido, este debe ser interpretado en plena armonía con este fin.⁹

En ese contexto, resulta necesario hacer mención a la división de los ocho derechos de participación reconocidos en el art. 61 de la carta magna, realizada por Marco Navas,¹⁰ quien para fines explicativos los clasifica en dos grupos, lo cual permite tener una visión clara y completa del catálogo de derechos de participación que se encuentran reconocidos en la norma constitucional. Al primer grupo pertenecen los tradicionales derechos de participación vinculados con la democracia representativa, como el derecho a elegir y ser elegidos (num. 1); el derecho a conformar partidos y movimientos políticos, a afiliarse o desafiarse libremente de ellos, y participar en todas las decisiones que estos adopten (num. 8).

En un segundo grupo se encuentran los denominados nuevos derechos de participación, los cuales se dividen en dos subgrupos. El primero se refiere a aquellos derechos relacionados con el ejercicio de la democracia participativa propiamente dicha, en cuanto se trata de un proceso de actuación continua de la comunidad política de ciudadanos en las actividades públicas; estos son los derechos a participar en los

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

9 Noguera, «Participación, función electoral», 134-7.

10 Marco Navas, «Estado constitucional y derecho de participación: Una aproximación al modelo ecuatoriano» (ponencia, XI Conferencia Internacional de Crítica Jurídica, Ciudad de México, 12 de mayo de 2014).

asuntos de interés público (num. 2), el derecho a fiscalizar los actos del poder público (num. 5) y el derecho a desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades (num. 7).

El segundo subgrupo expresa derechos relacionados con mecanismos de democracia directa, entre los que se hallan el derecho a presentar proyectos de iniciativa popular normativa (num. 3), el derecho a ser consultados (num. 4) y el derecho a revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular (num. 6). Se podría incluir en este grupo el derecho a la resistencia (art. 98), que situado en la parte organizativa de la Constitución se positiviza como un derecho que tienen los individuos y colectividades frente a actos u omisiones de los poderes públicos, o personas no estatales cuando se lesionen o puedan lesionarse derechos constitucionales, o para la demanda de nuevos derechos.

Sin embargo, desde una primera aproximación analítica, las consecuencias de las formulaciones *sui generis* de los arts. 98 y 99 (acción ciudadana para el ejercicio del derecho a la resistencia) de la Constitución de la República del Ecuador podrían ser que el derecho a la resistencia queda declarado, pero confundido y reducido a una garantía genérica, que además no cuenta con la regulación correspondiente por medio de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC).¹¹

Desde una visión de principio, la participación en Ecuador no necesariamente se restringe a las normas del derecho positivo, sino que podría incluir el ejercicio de oponerse y resistir «cuando el Estado no cumple con el principio de debida diligencia en la promoción y garantía de los derechos constitucionalmente consagrados, o cuando es el mismo el que, por acción, negligencia u omisión los viola».¹²

Por su parte, Gargarella señala que resistir al derecho es también un derecho humano vinculado con la participación, que debe ser ejercido sobre todo por los oprimidos para desafiar ciertas prohibiciones legales cuando estos desafíos pudieran servir razonablemente, para poner fin a su situación de sufrimiento extremo. Este derecho puede reconocerse desde criterios de causalidad, respeto mutuo, proporcionalidad y

11 *Ibíd.*

12 Javier Muguerza, *El fundamento de los derechos humanos* (Madrid: Debate, 1989), 34.

vínculo con la ausencia de una garantía.¹³ Resultaría lógico, entonces, que al invocar la resistencia por estar relacionada con el derecho a disentir y a reclamar públicamente por determinados derechos, esta debería ser plenamente respetada y garantizada por el Estado.

Lo anterior permite inferir que el amplio catálogo de los derechos de participación reconocidos en la Constitución ubicaría, de manera clara, en una «combinación de las formas de democracias representativa, participativa y directa propiamente dicha, que procura ser más inclusivo y transversal y que complementa derechos con mecanismos de ejercicio y nueva institucionalidad».¹⁴ En especial, porque con la participación, los individuos, comunidades y sectores sociales organizados de Ecuador tienen la oportunidad de intervenir de distinta manera en la toma de las decisiones que los afecten e involucren, pues la misma Constitución expresa que «la participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad».¹⁵

En ese contexto, entendida como un derecho vinculado a la participación y como un mecanismo de democracia directa conforme a la Constitución, la resistencia podría ser considerada como un elemento esencial en una sociedad democrática, que permitiría a los ciudadanos, sin recurrir a intermediarios —representantes— participar, directamente por medio de las diferentes formas de manifestación, expresando su inconformidad o desacuerdo sobre las decisiones de la autoridad pública que vulneran o puedan vulnerar sus derechos constitucionales.

2. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

En un Estado en el cual el proceso deliberativo puede ser considerado como base de la democracia, porque este le otorga legitimidad, resultaría imperiosa la esfera pública para resolver participativa y comunicativamente los problemas públicos mediante diversos intercambios argumentativos que no se encuentren disminuidos y quebrados, pues si esto sucede, estos

13 Roberto Gargarella, «El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema», en *El derecho a resistir el derecho*, coord. Roberto Gargarella (Madrid: Miño y Dávila, 2005), 13–48.

14 Navas, «Estado constitucional».

15 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 95.

sectores podrían presentar sus expresiones ante los poderes formales y transgredir las normativas existentes con diferentes medidas.

En otras palabras, cuando la comunicación, participación y opciones colectivas no se dan a nivel político para satisfacer las pretensiones de la población, sino más bien producen serios conflictos, sería necesario recurrir a la invocación del derecho a la resistencia colectiva con objeto de hacer cesar la vulneración del derecho. Lo anotado hace evidente la necesidad de examinar, en las siguientes líneas, los elementos para una noción de democracia deliberativa, que permitiría entender de mejor forma la necesidad social de la invocación del derecho a la resistencia.

La democracia deliberativa podría ser entendida como una tercera alternativa a los dos paradigmas políticos tradicionales: el modelo liberal representativo de democracia y el modelo republicano de democracia. El primero se caracteriza porque el poder procede del pueblo, más una vez delegado por el voto de los representantes políticos que lo ejercen; en este paradigma se mantiene una separación entre Estado y sociedad, sin embargo, esta última tendría un acercamiento íntimo con el mercado. El modelo republicano de democracia se establece sobre la idea de una sociedad entendida como comunidad política que participa continua y responsablemente para ser parte de las decisiones que le afectan; dicho de otro modo, una comunidad de ciudadanos libres e iguales que, por medio de la práctica del autogobierno, se hace consciente de sí misma, pues el poder reside en el pueblo y no puede delegarse.¹⁶

El pensador alemán Jürgen Habermas es uno de los principales exponentes de la perspectiva de democracia deliberativa. Su modelo de democracia «se basa en procesos de comunicación y más concretamente en las deliberaciones, es decir, en el uso público de la razón a efectos de generar discusiones —intercambios argumentales— sobre problemas públicos».¹⁷

16 Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 1996), 175.

17 Marco Navas, «Derechos a la comunicación y teorías de la democracia: Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano», en *Libertad de expresión: Debates, alcances y nueva agenda*, ed. María Paz Ávila, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez (Quito: Unesco, 2011), 106.

Los derechos de participación y comunicación son esenciales para Habermas porque protegen la existencia del modelo democrático. En este sentido, la democracia deliberativa, a diferencia de los modelos tradicionales, se concentraría en los procesos comunicativos más que en los mecanismos de representación y los procedimientos de un sistema político, o bien en la soberanía popular detentada por la sociedad civil. De esta manera, la deliberación (*deliberative politik*) ocupa una posición intermedia entre el Estado y la sociedad, que son dos componentes básicos de este modelo de democracia. Esta dimensión intermedia ha sido denominada como *esfera pública* o la *dimensión de lo público*,¹⁸ y se torna en un pilar esencial en la democracia deliberativa, pues es la que otorga legitimidad democrática al Estado, porque en ella se desarrolla el poder comunicativo en el cual, en mayor o menor medida, se tutela «un proceso inclusivo de la formación de la voluntad común».¹⁹

Resulta imperativo, entonces, proteger este espacio público independiente y movilizado, donde se desarrollan los discursos comunicativos, es decir, la formación de la opinión, de las razones que buscan solucionar problemas y de la voluntad política que se lleva a cabo de un modo deliberativo sobre la base de un «autoentendimiento ético-político»,²⁰ esencial para la legitimación del sistema político.

En ese escenario, la democracia deliberativa debe ser concebida como una manera de entender la democracia, basada en el diálogo, el debate y la argumentación como elementos característicos de un proceso político, que busca mejorar la calidad de las decisiones colectivas de forma que el conjunto de la ciudadanía resulte beneficiado.

Asimismo, debe ser considerada la idea de una democracia deliberativa en el marco de la protesta social, pues, permitiría pensar que este medio de manifestación estaría justificado cuando se transgreda una democracia asociada con un «proceso de discusión colectiva, preocupada porque todos y especialmente aquellos que resultarían más afectados, por las decisiones que se tomen, puedan intervenir y expresar lo que

18 *Ibíd.*, 107.

19 Jürgen Habermas, *La inclusión del otro: Estudios sobre teoría política* (Barcelona: Trotta, 1999), 234.

20 Jürgen Habermas, *Factibilidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos en teoría del discurso* (Barcelona: Trotta, 1998), 327.

piensan sobre aquello que está por decidirse». ²¹ Al respecto, Santiago Nino indica que frente a una disposición del Gobierno es importante la participación y discusión de todos en condiciones de igualdad y sin coerción, evitando minorías aisladas, pues la ausencia de una verdadera participación justificaría las expresiones de descontento. ²²

En ese contexto, la democracia deliberativa podría ser pensada desde una visión comunitaria e integradora, que permita entender que una democracia no termina con el ejercicio del voto en las urnas y que se caracterizaría porque las decisiones del régimen requieren una discusión colectiva, con intercambios argumentativos y un cierto consenso social. Esto se debe a que al no contar con una esfera pública en la cual sea posible el desarrollo de estos intercambios argumentativos, se podría pensar que resulta permitido aceptar las manifestaciones de protesta social.

3. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

3.1. NOCIÓN DE PROTESTA SOCIAL Y DE SU CRIMINALIZACIÓN

Se parte de la idea de que el reconocimiento de los derechos humanos ha sido el fruto de largas luchas populares en diferentes contextos históricos y sociopolíticos, por medio de movimientos y organizaciones sociales, y que estos logros han sido el resultado de revoluciones y luchas armadas, pero también por el uso de numerosos métodos de protesta que han permitido visibilizar las condiciones de opresión, injusticia, marginación y discriminación en que vive una parte importante de la sociedad. En este sentido, la protesta social es una de las formas de garantía de los derechos, es decir, es un instrumento de defensa o tutela de los derechos que depende directamente de sus titulares, quienes emplean vías directas de acción para reclamar o defender un derecho. ²³

21 Roberto Gargarella, «El derecho frente a la protesta social», en *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editorial Nacional, 2012), 34.

22 Nino, *La Constitución*, 180.

23 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción* (Madrid: Trotta, 2007), 123.

Por otro lado, la movilización o la protesta social puede ser entendida como uno de los mecanismos o medios para la invocación de la resistencia colectiva, a los que recurren con mayor frecuencia los movimientos sociales, sean indígenas, estudiantiles, trabajadores, de defensoras o defensores de los derechos humanos y la naturaleza, para incidir ante las autoridades públicas, al propio Gobierno e inclusive ante organismos internacionales.²⁴ De este modo, los términos movilización o protesta social podrían ser utilizados como sinónimos para referirse a la acción de los «movimientos sociales», los que a criterio de Boaventura de Sousa Santos, por ser muy diversos, resultan imposibles de reconducir a un concepto o una teoría única.²⁵

Por su parte, Gargarella se refiere a una protesta social vista desde una perspectiva constitucional, puesto que la misma constituye una de las expresiones para ejercer el derecho a la resistencia. Se la entiende como una demanda concreta de la ciudadanía cuando la marginalización social (desindustrialización, la ruptura de la sociedad salarial, la desindustrialización, sumada al desmantelamiento del Estado social) constituye un proceso de desafiliación que se materializa en una pérdida de derechos.

Bajo esa idea, la protesta social puede ser percibida, antes que nada, como el derecho a tener derechos, la posibilidad de volverse ciudadanos otra vez; en otras palabras, el derecho a protestar aparece como el «primer derecho», un derecho especial que permite exigir la recuperación de los demás derechos. De lo cual se resalta que en el núcleo esencial de los derechos de la democracia se ubica el derecho a criticar al poder público y privado, pues no hay democracia sin protesta.²⁶

Zaffaroni, para justificar la existencia de la protesta, esgrime un criterio sólido relacionado con el modelo de Estado de derecho, dado que manifiesta que en la realidad histórica como en la presente los Estados

24 Rodrigo Trujillo y Mérida Pumalpa, «El derecho a la resistencia», en *Criminalización de los defensores y defensoras de derechos humanos en Ecuador*, ed. Sandra Naula (Quito: INREDH, 2011), 55-6.

25 Boaventura de Sousa Santos, «Los nuevos movimientos sociales», *Observatorio Social de América Latina*, n.º 5 (2001): 177-84. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110210064540/osal.pdf>.

26 Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: El primer derecho* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2005), 19.

de derecho no son perfectos porque nunca alcanzan el nivel de modelo ideal que los orienta, de modo que ni el Estado ni los ciudadanos logran ver realizada la aspiración de que todos sus reclamos sean canalizados por vías institucionales. Así, los ciudadanos elegirían también estas vías no institucionales con objeto de habilitar y exigir un adecuado funcionamiento institucional.²⁷

Un argumento lo suficientemente fuerte para garantizar el derecho a la protesta encontraría sustento en el hecho de que el campo de reconocimiento de este derecho no se limita al existente en las constituciones nacionales, pues su presencia se encuentra también en los instrumentos internacionales de derechos humanos; en especial porque resulta innegable que este derecho se encuentra implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, configurados en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en la libertad de opinión y de expresión previsto en art. 19, y en la libertad de reunión y asociación pacífica establecida en el art. 20 del mismo cuerpo legal.²⁸

El derecho a reunirse y a expresar opiniones a favor o en contra del gobierno está expresamente reconocido también en el art. 21 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Del mismo modo, como parte fundamental de los derechos a la libertad de expresión y reunión, el derecho a la protesta pacífica está protegido por normas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en particular en los arts. 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 15 (derecho de reunión), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).²⁹

Estos dispositivos obligan a todos sus Estados miembros a respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos; es decir, los ciudadanos no solo pueden reservarlos en su fuero interno, sino que pueden expresar públicamente sus disensos y reclamos, lo que suprime la idea errada de que la libertad de expresión solo es

27 Eugenio Zaffaroni, «Derecho penal y protesta social», en *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: UASB-E / Corporación Editorial Nacional, 2012), 14-5.

28 Trujillo y Pumalpa, «El derecho a la resistencia», 57.

29 *Ibíd.*, 25.

reconocida para manifestar complacencia.³⁰ Como afirma Ramiro Ávila Santamaría: «El derecho a la resistencia y a 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».³¹

En esa línea de pensamiento, y tomando en cuenta los elementos antes expuestos, la protesta social podría ser entendida como el mecanismo o medio que emplean los individuos o movimientos sociales y los defensores de los derechos humanos y la naturaleza con el fin —resistencia— de expresar públicamente su desacuerdo y reclamo a una decisión de autoridad, que vulnera o puede vulnerar sus derechos consagrados y garantizados en la Constitución. Igualmente, se observaría que la invocación del derecho a la resistencia colectiva encontraría no solo una protección constitucional sino internacional, pues este tendría conexión con los derechos a la libertad de expresión, reunión, asociación y manifestación, derechos que se encuentran protegidos en instrumentos internacionales, tales como la CADH.

No obstante, pese al reconocimiento en materia constitucional e internacional, no resulta raro observar que en la actualidad, frente a cada proceso de protesta social, el Estado ecuatoriano y otros Estados de América Latina han empleado con frecuencia una serie de mecanismos para detener, reprimir, repeler o contener el ejercicio del derecho a la resistencia colectiva, entre otros, por medio de la criminalización de las protestas sociales, sea indígena, estudiantil, de defensores y defensoras de derechos humanos y la naturaleza, etc.

En ese contexto, Zaffaroni ha llamado «derecho a la protesta social al que se ejercería como modalidad de *reclamo*, y al fenómeno de su represión *criminalización de la protesta social*».³² A criterio de Daniela Salazar, «existe criminalización de la protesta cuando contra los ciudadanos que utilizan la manifestación pacífica para expresar sus opiniones se han iniciado procesos penales y se les ha impuesto penas que privan su

30 Zaffaroni, «Derecho penal», 18.

31 Ramiro Ávila Santamaría, «Presentación», en *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: UASB-E / Corporación Editorial Nacional, 2012), 8.

32 Zaffaroni, «Derecho penal», 14.

libertad». ³³ Para Roberto Gargarella, «se criminaliza la protesta cuando se traslada a la esfera jurídica los conflictos sociales que expresan el descontento de los actores sociales con el proceder del Estado». ³⁴ Asimismo, en palabras del padre Marco Arana,

[la] criminalización de las protestas sociales tiene que ver con un claro 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 justicia. ³⁵

Lo anotado permite pensar, entonces, que la criminalización de la protesta social se identifica con la idea de que ante las manifestaciones de disenso, desacuerdo o reclamo a una nueva ley, política o decisión de Gobierno que puede afectar los derechos de los ciudadanos o grupos sociales, el Estado podría estar usando diferentes medios desde una óptica del ámbito judicial o exclusivamente penal, con el propósito político de amedrentar e intimidar a sus participantes y, de esta forma, evitar que se repitan.

3.2. LA PROTESTA SOCIAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

En Ecuador, pese a la amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente en 2008 a todas las personas que habían sido judicializadas por participar

33 Daniela Salazar, «El derecho a la protesta social en el Ecuador: La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías», en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, comp. Eduardo Andrés Bertoni (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 102.

34 Gargarella, *El derecho a la protesta*, 21.

35 Marco Arana, «El derecho a la resistencia y la criminalización» (ponencia, Encuentro Latinoamericano Defensores/as de la Naturaleza frente a la Criminalización de la Protesta, Quito, 2 de julio de 2009), accedido enero de 2014, http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=258%3Amemoria&Itemid=144.

en diferentes movilizaciones,³⁶ la penalización de la protesta continuaría como un fenómeno latente; se pueden encontrar varios ejemplos en los que resulta evidente que la política y la justicia, en lugar de mantenerse en sus respectivos ámbitos, han invadido terrenos ajenos, lo que crea una problemática compleja en materia de seguridad jurídica.

En ese escenario, se encuentran a varios dirigentes sociales y pobladores de las comunidades campesinas, además de indígenas, ecologistas y estudiantes que, recurriendo a vías no institucionalizadas de participación, como las movilizaciones sociales,³⁷ buscan defenderse y resistir a una política extractivista y a la aprobación de nuevas leyes, como la Ley de Minería y de Recursos Hídricos, pues consideran que estas resultarían una amenaza a un ambiente sano, a sus derechos y a los derechos de la naturaleza.

Por eso, en el contexto de las protestas sociales en Ecuador, la criminalización se puede caracterizar principalmente por el uso de arrestos arbitrarios y por un sistemático hostigamiento judicial a los líderes, con la intención deliberada de limitar los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión. Las acusaciones frecuentes a las que se enfrentan los dirigentes se basan, en la mayoría de los casos, en tres artículos del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), el art. 345³⁸ que

36 La Asamblea Constituyente de 2008 otorgó amnistía general a todas las personas detenidas, indiciadas o bajo investigación o por investigarse, vinculadas a las acciones de resistencia y de protesta que ciudadanos y ciudadanas han llevado adelante en defensa de sus comunidades y de la naturaleza, frente a proyectos de explotación de los recursos naturales, y que por ello han sido enjuiciados penalmente por delitos comunes tipificados en el código penal vigente a la época.

37 Para Zaffaroni, la protesta social, como forma de reclamo, como una vía no institucional es un derecho constitucional, el cual no está reconocido con ese nombre, pero que está implícitamente reconocido en la libertad de pensamiento, en la libertad de conciencia, en la libertad de expresión, en la libertad de reunión, en la libertad de religión, en la libertad de opinión y la libertad de asociación. Todas estas libertades no están garantizadas para mostrar complacencia únicamente, por supuesto que se puede expresar disidencia y para eso se las garantiza, caso contrario no tendría ningún sentido. Zaffaroni, «Derecho penal», 5.

38 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 345: «Sabotaje. La persona que con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público, destruya instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios

tipifica el sabotaje, el art. 366³⁹ que habla sobre el delito de terrorismo y el art. 283⁴⁰ que trata del delito de ataque o resistencia. En el código penal anterior al COIP, estos tipos se encontraban tipificados en los arts. 158 (sabotaje), 160 (terrorismo) y 218 (rebelión), delitos que desde el contexto histórico y social de la dictadura militar de 1963 constaban tipificados, pese a no responder a la realidad del país.

Se podría advertir, sin embargo, que la limitada jurisprudencia existente en el país sobre el tema permitiría observar que la mayoría de procesos penales iniciados contra quienes ejercen su derecho a movilizarse se quedan estancados en las etapas iniciales de investigación en la Fiscalía. En otros casos, de conformidad, con las pruebas procesales existentes en los diferentes juicios, las sentencias son motivadas en

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».

- 39 *Ibíd.*, art. 366: «Terrorismo. La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años».
- 40 *Ibíd.*, art. 283: «Ataque o resistencia. 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».

delitos menores relacionados con la obstrucción de vías públicas o con los de paralización de servicios públicos.⁴¹

De igual manera, los fundamentos de los administradores de justicia para acusar a los dirigentes detenidos resultan bastante limitados y demuestran que los fiscales y jueces —al sostener que, en estos casos, existe una violación a la ley— simplemente han buscado enmarcar determinado acto de protesta en un tipo penal y no consideran los componentes políticos que giran alrededor de las diferentes acusaciones. También pueden haber dejado de lado un razonamiento que involucre una visión comunitaria y una noción deliberativa de democracia pues, a criterio de varios doctrinarios, esta permite entender que los actos de manifestación resultan plenamente justificados cuando, en una sociedad democrática, no es posible participar en un «proceso de discusión colectiva que busca que todos y especialmente aquellos que resultarían más afectados por las decisiones que se toman formen parte de la mismas».⁴²

Por otro lado, como los cortes de ruta son uno de los mecanismos de protesta más eficaces de los manifestantes de varios países, no deberían ser entendidos en forma superficial como lo han hecho varias cortes de América Latina en sus fallos. Así, según Daniela Salazar, en Ecuador la forma más tradicional de llevar a cabo las manifestaciones sociales es por medio del bloqueo de calles y autopistas, porque los cortes de ruta causan molestias en otros ciudadanos y pueden llegar a comprometer algunos de sus derechos. Pero también debe reconocerse que si todas las protestas se llevaran a cabo en lugares alejados donde no exista movimiento de personas, carecerían de impacto alguno al momento de llamar la atención de las autoridades respecto de los temas objeto de la protesta.⁴³

Este criterio se fortalecería, justamente, porque la Constitución actual reconoce los derechos a resistir, expresarse, reunirse y manifestarse libremente, en concordancia con el criterio esgrimido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), que ha considerado que

41 Salazar, «El derecho a la protesta social», 103.

42 Gargarella, «El derecho frente a la protesta social», 34.

43 Salazar, «El derecho a la protesta social», 107.

las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que se puedan presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, *los límites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión.*⁴⁴

En esa línea de análisis y considerando los conceptos expuestos sobre criminalización de la protesta, es importante observar que en Ecuador, desde la función judicial, se habría utilizado el derecho penal para criminalizar ciertos actos de protesta social y que los comentarios del Ejecutivo de ese entonces, por medio del Enlace Ciudadano, desprestigiaron y atemorizaron a quienes tenían una visión crítica respecto a las políticas del régimen, además de que se los consideraba como «enemigos» del Gobierno.⁴⁵ Como ejemplo se puede citar lo manifestado por Correa el 15 de mayo de 2012 en el Enlace Ciudadano número 172, según el diario *El Comercio*:

Durante su enlace ciudadano, realizado en Sígsig (Azuay), Correa arremete contra la dirigencia indígena: «Lo que hacen no es resistencia. Es agresión. Debemos rechazar este tipo de manifestaciones anticonstitucionales. Como terrorismo y sabotaje se puede llamar a lo que hacen los indígenas». Dice que los grupos que realizaron protestas durante la semana «violaron la Constitución», pues agredieron a la Policía y al pueblo, y asegura que la dirigencia manipula y presiona a las bases: «Tienen que amenazarlos con multas a ver si salen unos cuantos comuneros a cerrar vías. El pueblo indígena está con el gobierno. Lo que no lograron en las urnas quieren lograrlo con cierres de vías».⁴⁶

44 CIDH, «Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión», OEA, 25 de febrero de 2009, párr. 71, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html. Énfasis añadido.

45 Ecuador Defensoría del Pueblo, «Informe temático: Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador; Desafíos para un Estado constitucional», INREDH, accedido enero de 2013, 4, http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf.

46 *El Comercio*, «Los campesinos alistan otras marchas», *El Comercio*, 8 de mayo de 2008, <http://elcomercio.com/201005/08/NoticiasSecundarias/EC100508p5SEGUIMIENTOINDIO.asp>.

Podría decirse, además, que esta comprensión sobre unos límites débiles del derecho a la protesta se observaría en lo expresado públicamente por Alexis Mera, el entonces secretario jurídico de la Presidencia de la República, quien respecto a las formas de protesta social en el país considera que «la movilización está permitida, lo que no podemos aceptar y debe ser sancionado es el cierre de vías o atentar contra los bienes públicos y el secuestro de personas».⁴⁷

La comprensión del Gobierno, en el marco de una posible criminalización de la protesta social, se podría visibilizar también con la aprobación del nuevo COIP, pues en él se han tipificado como «delitos contra la seguridad pública» a varias formas tradicionales asociadas con la lucha social, con penas fuertes. Lo que llevaría a pensar, a criterio de Ramiro Ávila Santamaría, que la normativa penal vigente, por ser abierta y ambigua, tendría la finalidad de dotar a los jueces y fiscales de elementos de derecho lo suficientemente sólidos para los procesos judiciales que se puedan iniciar contra los participantes de las protestas sociales y también repeler a todos los ciudadanos que busquen expresar su inconformidad ante la autoridad por medio de la protesta pública.⁴⁸

Lo manifestado arrojaría algunas evidencias respecto a que desde el Gobierno el derecho constitucional a la resistencia colectiva no estaría siendo concebido adecuadamente, al menos de conformidad con los lineamientos garantistas de la Constitución de la República del Ecuador, y lo que resultaría más grave: sin un razonamiento legalmente fundamentado se estaría incitando al sistema judicial a la aplicación de estos graves tipos penales a todos quienes resultasen detenidos en el marco de la protesta social. Este proceder del Gobierno se podría enmarcar también en lo que se conoce como criminalización secundaria, que se diferencia de la primaria porque la secundaria está condicionada por el poder; es decir, quien ejerce el poder cataloga bajo ciertos estereotipos y circunstancias coyunturales a las personas que deberán ser objeto de criminalización. De este modo, se colocaría en la opinión pública una

47 *Ibíd.*

48 Plan V, «De disidentes a delincuentes» (incluye entrevistas con Juan Pablo Albán, Paulina Araujo Granda, Ramiro Ávila Santamaría, Ramiro Román y Luis Saavedra), *Plan V*, 17 de febrero de 2014, <http://www.planv.com.ec/historias/politica/disidentes-delincuentes>.

imagen de la persona delincuente con elementos clasistas, políticos, racistas, etc.⁴⁹

En ese escenario, resulta imperioso señalar que el problema central radica en que el constituyente no estableció de manera clara y expresa en la norma suprema los límites democráticos que deberían ser observados frente a los diferentes actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva. Por otro lado, se podría pensar que existiría un conflicto de derechos constitucionales, pues desde la visión del Gobierno ecuatoriano los actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva y expresados en la protesta social resultarían sancionados si se los entiende como actos que *rompen el orden* y que, por tanto, vulneran el derecho de terceros ajenos a la protesta,⁵⁰ pasando a ser entendidos como un delito. Al respecto, Carol Murillo destaca lo expresado en su momento por Gustavo Jalkh en su calidad de ministro del Interior:

El derecho a la protesta está garantizado. Hay que distinguir entre protesta y cometimiento de delitos, conceptos distintos: lo uno es un derecho, los otros son actos antijurídicos que afectan derechos individuales y/o colectivos. Se debe evitar la impunidad de actos delictivos y evitar confundir protesta con destrucción de bienes públicos o privados, o con afectación de derechos como la libre circulación por vías y carreteras.⁵¹

Considerar que podrían ser sancionados los actos de protesta social que *quebranten el orden* por ser entendidos como delitos implica que serían varios los argumentos alegados por el Gobierno para esta actuación. De manera detallada, el primero estaría relacionado con los mecanismos que son utilizados por quienes participan en las protestas sociales, pues a criterio del Ejecutivo y de quienes administran justicia, el empleo de medios violentos —como bombas panfletarias, piedras, palos, quema

49 Ecuador Defensoría del Pueblo, «Informe temático», 5.

50 Roberto Gargarella, «Entre el derecho y la protesta social», *Ecuador Debate*, n.º (2011): 75-8.

51 Carol Murillo, «El viacrucis político y mediático de la protesta social en el Ecuador», en *Vamos a portarnos mal: Protesta social y libertad de expresión en América Latina*, ed. Eleonora Rabinovich, Ana Lucía Magrini y Omar Rincón (Bogotá: Centro de Competencia en Comunicación para América Latina / Friedrich Ebert Stiftung, 2011), 184.

de neumáticos—, con objeto de bloquear las carreteras y las agresiones contra vehículos, personas o miembros del orden público que buscan desbloquear las vías, constituirían actos antijurídicos a los que les serían aplicables normas del COIP, sin ninguna otra consideración.

Un segundo argumento podría estar vinculado con el derecho al libre tránsito, pues se consideraría que si bien quienes forman parte de las protestas tienen derecho a criticar al régimen, el resto de los miembros de la sociedad no solo tiene derecho al libre tránsito que los manifestantes interrumpen, sino también a otros derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a acceder a un transporte público o a la salud que los participantes en las protestas podrían afectar como consecuencia de los medios que escogen para expresar sus opiniones.⁵²

Siguiendo esta posición, se podría considerar que el derecho a la resistencia colectiva, al igual que otros derechos asociados a este, como la libertad de expresión, no son derechos absolutos y, por lo tanto, su ejercicio debería estar dentro del marco legal para evitar que derechos de terceros ajenos a la protesta se vean trastocados. Esta idea puede llevar directamente a una máxima que ha sido invocada por quienes han criticado la protesta social: «los derechos de los manifestantes terminan donde empiezan los derechos de las demás personas»,⁵³ que es un planteamiento que nos obligaría a insistir respecto de dónde están los límites a los actos ejecutados, invocando el derecho a la resistencia colectiva.

Por la importancia que demanda este criterio en el consenso social, resulta necesario referirse a un razonamiento que desvirtuaría esta aseveración, pues, a decir de Gargarella, la máxima antes mencionada es

una consigna ridícula, es una frase que no dice absolutamente nada. Es más, alguien que quiera defender la protesta podría decir lo mismo: «coincido, sus derechos terminan donde comienzan los míos, entonces por qué usted no respeta mis derechos sociales» [...]. Sin embargo, lo notable es que muchos jueces, inclusive en las más altas instancias de la magistratura,

52 Ibid.

53 Roberto Gargarella, entrevistado por Esteban Rodríguez, «No hay democracia sin protesta: Las razones de la queja», *Miguel Carbonell*, accedido 14 de agosto de 2018, www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/No_hay_derecho__sin_protesta._Entrevista_a_Roberto_Gargarella.pdf.

se apoyan en ella para dar por terminada la discusión que apenas la han comenzado.⁵⁴

En el escenario de deslegitimación y confrontación de estas acciones de protesta en defensa de derechos constitucionales, no se podría dejar de lado el pensamiento que tiene el Gobierno de los líderes de las organizaciones sociales, pues en sus declaraciones han expresado que las movilizaciones de ciertos sectores indígenas son manipuladas, ya que los dirigentes mienten a sus bases sobre la aprobación de determinada ley o decisión gubernamental. Asimismo, dicen que el movimiento indígena protesta simplemente porque busca un protagonismo social y por interés político, planteamientos que harían inadmisibles estas manifestaciones para la sociedad ecuatoriana y para el Estado;⁵⁵ sin embargo, es necesario considerar en cada caso una ponderación de los derechos en juego.

4. EL DERECHO A LA RESISTENCIA

4.1. EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN LA PERSPECTIVA HISTÓRICA DESDE EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Roberto Gargarella señala que «una de las notas más sobresalientes del constitucionalismo contemporáneo tiene que ver con la falta de discusión en torno al derecho de la resistencia, que durante más de cuatro siglos fue considerado uno de los derechos centrales del derecho».⁵⁶ No obstante, la idea de resistir a la autoridad de gobierno ha sido objeto principal de estudio para todos los interesados en los aspectos teóricos vinculados con la Constitución desde la Edad Media.⁵⁷

Tales reflexiones sobre la resistencia tomaron especial relevancia durante la Reforma, con las sucesivas confrontaciones entre católicos romanos y protestantes reformistas, y sobre todo por la preocupante posibilidad de que los deberes religiosos aparecieran en tensión con los deberes de obediencia al poder político. Procurando ser consistentes en sus razonamientos, muchos de estos autores formados en el más rígido

54 *Ibíd.*

55 Ecuador Defensoría del Pueblo, «Informe temático», 5.

56 Gargarella, *El derecho a la protesta*, 24.

57 *Ibíd.*

conservatismo se sintieron obligados a cuestionar premisas que formaban parte de sus propias convicciones personales.

En ese sentido, resultaba urgente reflexionar sobre las enseñanzas influyentes de San Pablo sobre el deber incondicional de obediencia a la autoridad,⁵⁸ la idea de San Agustín según la cual los gobernantes debían ser respetados como representantes de Dios y, particularmente, las afirmaciones de sectores importantes del luteranismo, para quienes la autoridad absoluta de los monarcas se justificaba en razón de la incapacidad de las personas para reconocer adecuadamente los mandamientos provenientes de Dios. De esta manera, la idea de resistencia a la autoridad creció hasta jugar un papel fundamental dentro del constitucionalismo.⁵⁹

Hacia finales del siglo XVIII y de la mano de Locke, la resistencia a la autoridad apareció como una de las ideas que distinguió el constitucionalismo en sus orígenes, pues se afirmaba que, legítimamente, el pueblo podía resistir y hasta deponer al gobierno de turno cuando este no respetara sus derechos básicos. Así, en palabras de Albert Noguera, en torno al derecho a la resistencia existen dos fases: la primera, la de iusnaturalización y formalización declarativa del derecho; diferente de la segunda fase, de constitucionalización de la resistencia, momento en el que este aparecería empotrado en el derecho positivo.⁶⁰

Esta idea fue retomada e incorporada luego de las dos grandes Revoluciones: la norteamericana y la francesa. Inicialmente fue retomada por Thomas Jefferson e incorporada en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América, escrita en 1776, la cual manifiesta

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

58 En este punto se debe mencionar que según San Pablo el poder político debía ser siempre obedecido, dado que provenía de Dios, por lo que «cualquier resistencia al poder resulta una resistencia a las órdenes de Dios, por lo que aquellos que resisten deben recibir un castigo eterno». Gargarella, «El derecho de resistencia», 16.

59 *Ibíd.*, 16-9.

60 Noguera, «Participación, función electoral», 135.

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.⁶¹

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea de Francia el 26 de agosto de 1789, proclamó también la existencia de «derechos naturales, imprescriptibles e inalienables» en su art. 1, afirmó la libertad e igualdad básica de cada persona y sostuvo también, en el art. 2, que el objeto principal de toda asociación política era el preservar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que son los derechos a la «libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».⁶²

Los principios mencionados tuvieron influencia en las nuevas constituciones nacidas al calor de las dos revoluciones en Latinoamérica; así, se puede mencionar la Constitución de la Banda Oriental⁶³ de 1813, que legitimó el derecho de resistencia en caso de que el Gobierno fuera incapaz de asegurar el bienestar general y los derechos fundamentales, y libertad de sus miembros y en el derecho natural. Del mismo modo, se puede citar a la Constitución de Apatzingán, aprobada en México en 1814, en cuyo art. 4 establece que la resistencia es un «innegable derecho» popular de «establecer, alterar, modificar y abolir totalmente al gobierno, cuando quiera que ello sea necesario para su felicidad».⁶⁴

61 Estados Unidos, *La Declaración Unánime de los Trece Estados Unidos de América*, 4 de julio de 1776, <https://www.uv.es/ivorra/Historia/SXVIII/Declaracion.html>.

62 Francia, «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen». En *Acte constitutionnel du peuple français avec le Rapport, la Déclaration des droits, et le Procès-verbal de inauguration*, 17-26 (París: De l'imprimerie de Didot Jeune, 1793), Musée des Archives nationales, AE/I/10/4, art. 2, <http://www2.culture.gouv.fr/Wave/image/archim/Pages/02292.htm>. La traducción de esta y las demás citas de este documento fueron realizadas por la editora.

63 La Banda Oriental fue un territorio ubicado al este del río Uruguay (Uruguay) y al norte del Río de la Plata (Argentina) sobre la costa atlántica de Sudamérica. Abarcaba una zona que se corresponde en forma aproximada con la actual República Oriental del Uruguay y el actual estado brasileño de Río Grande del Sur.

64 Citada en Giuseppe Franco Ferrari y Antonello Tarzia, «Derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo: El particular caso ecuatoriano», en *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, ed. Antonello Tarzia y Raúl Canosa (Guayaquil: Poligráfica, 2011), 18-9.

Siguiendo esta línea, luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial se ha observado un resurgimiento del derecho a la resistencia en varias constituciones, entre las que se puede citar a la alemana: en 1968, por intermedio de una ley de revisión constitucional, incorporó en la Ley Fundamental Federal este derecho, específicamente en el art. 20, num. 4, que expresa: «contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso».⁶⁵ La Constitución portuguesa de 1976, en el art. 21, reconoce el derecho a resistir a cualquier orden de autoridad cuando afecten las libertades y garantías reconocidas en la Constitución.⁶⁶ La Constitución griega de 1975, en el art. 120, inciso 4, reconoce que «[l]os griegos tendrán el derecho y el deber de resistir por todos los medios a toda persona que intente la abolición de aquella por la fuerza».⁶⁷ De igual forma, la Constitución de Lituania de 1992, en el art. 3, considera que «[e]l pueblo y cada ciudadano tiene el derecho a oponerse a cualquier atentado por la fuerza a la independencia, a la integridad del territorio o al orden constitucional del Estado de Lituania».⁶⁸

En Latinoamérica, varias constituciones prevén expresamente el derecho a la resistencia de distintas maneras. Entre ellas, se indica que la Constitución de El Salvador de 1983, en el art. 87, reconoce «el derecho del pueblo a la insurrección, para el solo objeto de establecer el orden constitucional alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno o por las violaciones a los derechos consagrados en la constitución».⁶⁹ En la Constitución de Perú de 1993, en el art. 46, pese a que no utiliza el término *resistencia*, existe la figura del derecho a la insurgencia: «Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en de-

65 Citada en *ibíd.*, 22-3.

66 Portugal, *Constitución de la República Portuguesa*, Diário da República 86, 2 de abril de 1976, <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PORTUGAL-Constitucion.pdf>.

67 Grecia, *Constitución de la República de Grecia*, 9 de junio de 1975, <http://roblepntic.mec.es/jmonte2/ue25/grecia/grecia.pdf>.

68 Lituania, *Constitución de la República de Lituania*, 2 de noviembre de 1992, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/lt/lt045es.pdf>.

69 El Salvador, *Constitución de la República de El Salvador*, Diario Oficial 102, 16 de diciembre de 1983.

fensa del orden constitucional. Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas».70

En la Constitución de Argentina de 1994, el art. 36 señala que todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza.71 El art. 333 de la Constitución de Venezuela prevé, por su lado, el derecho de resistencia a la «tiranía», cuando garantiza la prevalencia de la vigencia de esta Constitución, si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por un medio inconstitucional, lo cual consagra el cabal cumplimiento de la Constitución.72 En el caso ecuatoriano, la Asamblea Constituyente de 2008 consagró directamente el derecho a la resistencia en el art. 98 de la Constitución de Montecristi.73

Por lo tanto, de las constituciones mencionadas se puede desprender que, pese a que el derecho a la resistencia viene de una tradición iusnaturalista, se ha insertado en ordenamientos predominantemente positivistas como un mecanismo para la protección y garantía de los derechos consagrados en las cartas magnas. Sin embargo, la ausencia de consagración de este derecho en las diferentes constituciones latinoamericanas de ninguna manera impide que la resistencia sea ejercida como un derecho intrínseco a los miembros de una sociedad.74

4.2. ELEMENTOS PARA ARTICULAR UNA NOCIÓN DE DERECHO A LA RESISTENCIA

Las diferentes connotaciones constitucionales existentes con relación a este derecho permiten entender que la resistencia es un concepto amplio que, en determinadas ocasiones, puede confundirse con otras formas (insurrección, objeción de conciencia y la desobediencia civil) y que logra abarcarlas. Por ello, resulta necesario en este capítulo examinar ciertos elementos que sean característicos entre los actos de

70 Perú, *Constitución Política de Perú*, 31 de diciembre de 1993, <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>.

71 Argentina, *Constitución de la Nación Argentina*, Boletín Oficial 27 959, 23 de agosto de 1994.

72 Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta Oficial Extraordinaria 36 860, 30 de diciembre de 1999.

73 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 98.

74 Trujillo y Pumalpa, «El derecho a la resistencia», 58.

resistencia colectiva, objeción de conciencia y desobediencia civil, con el objetivo de identificar las diferencias y semejanzas existentes entre todos estos actos.

4.2.1. Desobediencia civil

El primer referente de la utilización del término *desobediencia civil* se atribuye a Henry David Thoreau en 1846, cuando se negó a pagar impuestos en Estados Unidos, como una medida de oposición a la esclavitud y a la guerra contra México. Esta noción se generalizó en 1913 con Mahatma Gandhi; Martin Luther King empleó la desobediencia civil por la lucha de los derechos civiles de los afrodescendientes. Estos actos hacen alusión a la desobediencia civil como una medida no violenta para reivindicar derechos y cuestionar las políticas y normativas aplicadas por los Estados.⁷⁵

Hugo Bedau considera que «alguien comete un acto de desobediencia civil, si y sólo si sus actos son ilegales, públicos, no violentos, conscientes, realizados con la intención de frustrar leyes —al menos una—, programas o decisiones de gobiernos».⁷⁶ Esta definición clásica se refuerza por Rawls y Habermas: para el primero la desobediencia civil debe ser entendida como «un acto público, no violento y hecho en conciencia, contrario a la ley y habitualmente utilizado con la intención de producir un cambio en las políticas o en las leyes de gobierno».⁷⁷ En esta línea de pensamiento, resulta claro que el desobediente no está en contra del derecho, sino en contra de su mal uso y, por lo tanto, debería ser entendido como una medida de autorregulación del sistema político y de su institucionalidad jurídica, pues «el desobediente no busca derrocar el sistema sino corregirlo».⁷⁸

75 Julieta Marcone, «Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas», *Andamios: Revista de investigación social*, n.º 10 (2009): 40, <https://www.uacm.edu.mx/andamios/anteriores/#lt-4115340-andamios-no-10-abril-2009>.

76 Hugo Bedau, «On Civil Disobedience», *Journal of Philosophy*, n.º 58 (1961): 653-61, citado en Luisa Ortiz, «Desobediencia civil: Actos de habla y subjetividad política», en *Umbrales de reconciliación, perspectivas de acción política noviolenta*, comp. Freddy Cante y Luisa Ortiz (Bogotá: Universidad del Rosario, 2005), 196.

77 John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Belknap Press of Harvard U. P., 1999), 320.

78 José Zalaquett, «La desobediencia civil en John Rawls y la ética de medidas de excepción y de medidas extremas», *Derecho y Humanidades*, n.º 12 (2006): 128, <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16201/16742>.

Para Habermas, la desobediencia civil «implica una violación simbólica de la norma como medio último de apelación a la mayoría para que esta, cuando se trata de una cuestión de principio, tenga a bien reflexionar una vez más sobre sus decisiones y a ser posible revisarlas».⁷⁹ En este contexto, para Ronald Dworkin quienes se involucran en actos de desobediencia civil «aceptan la legitimidad fundamental tanto del gobierno como de la comunidad y actúan para complementar más que para desafiar su deber como ciudadanos».⁸⁰

Lo anterior permite inferir que la desobediencia civil implica a todos aquellos actos no violentos de las personas que son contrarios a la ley. Es decir, se caracteriza por el no empleo de las armas, pues busca el cambio de una ley o de una política de gobierno que es considerada injusta, pero sin cuestionar la obediencia al ordenamiento jurídico existente, ya que el desobediente conoce y acepta las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. De esta manera, los elementos de desobediencia civil anotados en líneas anteriores permiten considerar que entre los actos de resistencia colectiva y los de desobediencia civil se observan ciertas características semejantes. Así, en primer lugar, ambos tipos de acciones registran un carácter público; en segundo lugar, la participación de los actores en ambos casos puede ser colectiva; también incluyen en su núcleo comportamientos que pueden ser considerados contrarios al derecho positivo, porque en ambos casos se confrontan directamente con algunas normas, políticas o decisiones de gobierno que consideran injustas.

Por otro lado, y como diferencias, se menciona que los actos de resistencia colectiva, por ser actos «anti-institucionales»,⁸¹ son más o menos espontáneos e involucran un grado de reflexión y autoconciencia mucho menor que el que suele asociarse con la desobediencia civil. Otra diferencia se halla en ciertos casos en los cuales la invocación de la resistencia colectiva está acompañada de actos de violencia,⁸² que

79 Jürgen Habermas, *La necesidad de revisión de la izquierda* (Madrid: Tecnos, 1991), cit. en Rafael Aguilera, «La Constitución y la desobediencia civil como proceso en la defensa de los derechos fundamentales», *Criterios Jurídicos* 1, n.º 6 (2006): 105, <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/254/1011>.

80 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), 105. La traducción me pertenece.

81 Zaffaroni, «Derecho penal», 17-9.

82 En Ecuador, como ejemplo, se puede citar el caso Kimsacocha, en el cual las protestas realizadas por los diferentes movimientos sociales invocaron el derecho a la

resultan ajenos a la esencia de la desobediencia civil y responden a una táctica de no violencia para extremar el cuidado para que nada pueda interpretarse maliciosamente o proyectarse públicamente como uso de la violencia, marginando a cualquier provocador o infiltrado.

De igual modo, las personas que se involucran en acciones de desobediencia civil aceptan padecer las penas que el derecho dispone en su contra, pues existe una aceptación de la validez general del derecho que se cuestiona en algún aspecto específico. Por el contrario, en los actos de resistencia no está presente esta aceptación, pues con la invocación de la resistencia colectiva se busca llamar la atención pública y de las autoridades sobre un conflicto y las necesidades cuya satisfacción se reclama; en suma: la violación de un derecho.

Más adelante se profundizará en cómo ciertos elementos de la noción de desobediencia civil comunes con los actos de resistencia colectiva pueden ser considerados como un límite en la invocación de este nuevo derecho, reconocido en el art. 98 de la Constitución ecuatoriana.

4.2.2. Objeción de conciencia

La objeción de conciencia es una forma de desobediencia al derecho positivo, fundada en la libertad de poder rehusar determinada normatividad por motivos jurídicos, morales o políticos del individuo concreto; se diferencia de las otras desobediencias, especialmente de la civil, con la que suele confundirse o considerarse una parte de ella, porque esta apela a las convicciones de justicia de la comunidad.⁸³ En este sentido, se pueden mencionar como ejemplos la objeción de conciencia al servicio militar, a practicar el aborto, al juramento religioso, a sufrir determinados tratamientos médicos, etc.

A criterio de Gregorio Peces-Barba, la objeción de conciencia es «un derecho subjetivo o una inmunidad que supone una excepción a una obligación jurídica, que puede ser, incluso, fundamental. Así, la objeción de conciencia, en sentido estricto, solo se produce cuando

resistencia al extractivismo. Estas protestas se habrían caracterizado por el cierre de vías públicas con la quema de neumáticos. El Comercio, «Los campesinos alistan otras marchas».

83 Miguel Hernández, *El derecho constitucional a la resistencia: ¿Realidad o utopía?* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 27.

existe esa juridificación». ⁸⁴ El fundamento principal de la objeción de conciencia podría radicar en estar amparado en el derecho positivo, a diferencia de lo que ocurre con la figura de la desobediencia civil y demás formas de insumisión a ese derecho, que resultan completamente ilegales. Por otra parte, la objeción de conciencia no busca modificar, cambiar o frustrar la normatividad, sino desacatarla, pero siempre con su respaldo. ⁸⁵

En ese contexto, se puede colegir que se está frente a un acto de objeción de conciencia cuando una persona, en ejercicio de un derecho, se niega a cumplir de manera no violenta un precepto jurídico, cuya observancia se encontraría prohibida por su fidelidad a determinados principios culturales, jurídicos, morales o políticos.

La Constitución ecuatoriana de 1998 ya reconocía el derecho a la objeción de conciencia (art. 188), en el marco de un orden constitucional sensible a la libertad de conciencia (art. 23, inc. 11), así como a una amplia categoría de derechos humanos ya formalmente tutelados, pero perjudicados a lo largo de las décadas, de la inestabilidad constitucional y la falta de institucionalización de garantías constitucionales jurisdiccionales. ⁸⁶ La norma suprema de 2008, también en el art. 66, num. 12, dentro de los derechos de libertad respecto a la objeción de conciencia, expresa que se reconocerá y garantizará «el derecho a la objeción de conciencia» que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza. Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar.

Lo expuesto permite entender que la objeción de conciencia se puede distinguir de los actos de resistencia colectiva y desobediencia civil, porque esta no apela a las condiciones de justicia de la comunidad, sino más bien a temas personales que están relacionados principalmente con la fidelidad a determinados principios culturales, jurídicos, morales o políticos. Del mismo modo, los actos de objeción de conciencia, por su naturaleza, se caracterizan por ser individuales, a diferencia de los

84 Gregorio Peces-Barba, «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5 (1989): 160, <https://core.ac.uk/download/pdf/30043454.pdf>.

85 Hernández, *El derecho constitucional*, 27-9.

86 *Ibíd.*, 32.

de resistencia, que generalmente pueden ser colectivos o individuales. En este contexto, las expresiones de resistencia y las de objeción de conciencia pueden considerarse como actos públicos que buscan exteriorizar, por medio de diversas formas de manifestación, la inconformidad o desacuerdo frente a ciertas disposiciones normativas, decisiones o políticas del gobierno que vulneran o pretendan vulnerar sus derechos constitucionales.

4.2.3. Insurrección

Étienne Balibar sostiene que la insurrección constituye una dimensión fundamental de la ciudadanía, que no es únicamente un estatuto o una institución, sino una práctica colectiva.⁸⁷ Por medio de la insurrección popular se defienden y conquistan derechos, se desafían el orden y las relaciones de dominación imperantes, y se alistan las condiciones para activar el poder y la capacidad constituyente de la ciudadanía.⁸⁸ Así, cuando se destruyen las bases para el ejercicio de la soberanía y la potencia popular, la insurrección ciudadana toma cuerpo y se legitima, por ello debe considerarse que esta emerge como la manifestación periródica de la soberanía y la potencia popular.⁸⁹

En un sentido similar, Rodrigo Borja considera a la insurrección como sinónimo de *rebelión* y la describe como el alzamiento de los hombres (opinión pública) contra el abuso personales de la autoridad: contra sus aberraciones, sus arbitrariedades y sus deshonestidades, pero sin tocar la realidad institucional vigente, el ordenamiento jurídico, las bases imperantes de la organización estatal. Es decir, tiene como propósito reemplazar por otros a los titulares del poder —transformación personal—, dejando de lado lo institucional.⁹⁰

Adicionalmente, estas acciones de fuerza nacen desde abajo, pues se generan entre los gobernados y se dirigen a arrebatar el poder a los gobernantes. Los actos de insurrección se pueden diferenciar de los golpes de Estado porque estos se generan en las alturas del Gobierno, es

87 Étienne Balibar, *Droit de cité* (París: Quadrige / PUF, 2002), 17-23.

88 Franklin Ramírez, *La insurrección de abril no fue solo una fiesta* (Quito: Abya-Yala, 2005), 26.

89 Balibar, *Droit de cité*, 22.

90 Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la política* (Quito: Fondo de Cultura Económica, 2012), 55.

decir, en las cúpulas militares o políticas del Estado, y se dirigen hacia abajo para imponer un orden e implantar una disciplina; generalmente son un acto de armas como anticipación a una revolución.⁹¹

Considerado este escenario, se puede mencionar que en Ecuador la insurrección no está desarrollada o regulada de manera expresa y que puede tener relación más bien con la rebelión, que se encuentra tipificada como delito en el art. 336 del COIP, el cual expresa que «la persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años».⁹² Por otro lado, en su segundo inciso, de manera taxativa, menciona cuatro actos de rebelión que agravarían la pena privativa de libertad de siete a diez años, los cuales son los siguientes: primero, el que se levante en armas para derrocar al Gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones; segundo, el que se impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva; tercero, el que impida las elecciones convocadas, y, finalmente, el que promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.

Lo anotado permite sostener que los actos de resistencia y los de insurrección tienen como elemento común el hecho de que son invocados de una manera pública y colectiva, pues nacen desde abajo, es decir, desde los gobernados. Por otra parte, la distinción principal —fuerte— se halla en que los actos de insurrección están dirigidos contra la autoridad, o sea, contra el titular de Gobierno, dejando de lado la realidad institucional o porque se tiene como fin el desconocimiento de la norma suprema. De igual manera, por ser un elemento característico, las acciones violentas o el levantamiento en armas están configuradas como el delito de rebelión, a diferencia de los actos de resistencia, que por su esencia iusnaturalista son actos ejercidos contra el ordenamiento jurídico establecido, instituciones vigentes, y en general contra todo acto u omisión del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulnere o pretenda trastocar un derecho humano. De

91 *Ibíd.*

92 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 336.

ahí que el acto de resistencia colectiva no debería ser sancionado, sino protegido como derecho y la insurrección en forma de rebelión sería un acto punible.

5. RECAPITULACIÓN

A manera de conclusiones parciales, se presentan algunas reflexiones que recogen ciertos elementos que deben ser considerados en el análisis de la invocación del derecho a la resistencia colectiva, conforme se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana de 2008.

- La participación como principio y derecho debe ser entendida como un elemento esencial de toda sociedad democrática, pues esta permite a los miembros de una colectividad, por medio de diversas formas de manifestación, intervenir y expresar de manera permanente sus necesidades, sus desacuerdos por posiciones políticas, económicas, sociales; con la finalidad de influir o formar parte en la formulación y en la toma de decisiones gubernamentales que vulneren sus derechos o que, en general, puedan afectar su calidad de vida.
- La Constitución de Montecristi, a diferencia de la Constitución de la República del Ecuador de 1998, se caracteriza porque supone una profundización en los mecanismos participativos del sistema político del país; es decir, se observa una participación ciudadana mucho más amplia, renovada y sobre todo mejor articulada con el Estado.
- Se puede incluir en el grupo amplio de derechos de participación al derecho a la resistencia (art. 98) que, situado en la parte organizativa de la Constitución ecuatoriana, se encuentra positivizado como un derecho que tienen los individuos y colectividades frente a actos u omisiones de los poderes públicos o personas no estatales cuando se lesionen o puedan lesionarse derechos constitucionales o para la demanda de nuevos derechos.
- La democracia deliberativa debe ser concebida como una manera de entender la democracia, basada en el diálogo, el debate y la argumentación como elementos característicos de un proceso político que busca mejorar la calidad de las decisiones colectivas, de forma que el conjunto de la ciudadanía resulte beneficiado.

- La protesta social puede ser entendida como el mecanismo o medio que emplean los individuos o movimientos sociales, y los defensores de los derechos humanos y la naturaleza con el fin de expresar públicamente su desacuerdo y reclamo frente a una decisión de autoridad que vulnera o puede vulnerar sus derechos consagrados y garantizados en la Constitución. Así, el fin de expresar públicamente el desacuerdo o reclamo se considera como resistencia.
- En los actos de protesta social se observa también que la invocación del derecho a la resistencia —fin— encuentra no solo una protección constitucional sino internacional, pues tiene conexidad con los derechos a la libertad de expresión, reunión, asociación y manifestación, derechos que se encuentran protegidos en instrumentos internacionales, tales como la CADH. De esta manera, en todos los actos de invocación de resistencia colectiva se observaría una triada de derechos; en otras palabras, una relación entre el derecho a la protesta social con el de la resistencia, y de este con los de libertad (expresión, reunión, asociación, manifestación).
- Respecto al derecho a la resistencia existen dos fases: la primera, la de una tradición iusnaturalista; y la segunda, la de una formalización declarativa en diferentes ordenamientos positivistas. Su inserción en la Constitución ecuatoriana de 2008 presenta el problema que el constituyente no estableció, de manera clara y expresa, los límites democráticos que deberían ser observados frente a los diferentes actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia.
- Una comprensión sobre unos límites débiles del derecho a la protesta puede llevar a pensar que existiría un conflicto de derechos constitucionales en Ecuador, ya que desde una visión del gobierno ciertos actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva expresados en la protesta social, resultarían criminalizados si se los entiende como actos que *rompen el orden* y que, por tanto, vulneran el derecho de terceros ajenos a la protesta, y pasan a ser entendidos como un delito de sabotaje, terrorismo o de ataque o resistencia. De ahí que se plantee la pregunta: ¿hay un choque de paradigmas?

- El concepto del derecho a la resistencia está caracterizado por ser amplio. En determinadas ocasiones puede confundirse con otras formas que pueden abarcarlo, como la insurrección, desobediencia civil y objeción de conciencia. Por esta razón, se debe considerar que las invocaciones a la resistencia, además de ser actos públicos y colectivos, distan mucho de las características propias de los otros fenómenos referidos.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA RESISTENCIA: ALCANCE, POSIBLES LIMITACIONES Y CONFIGURACIÓN

En el capítulo anterior se evidenció como problema central no solo comprender mejor el derecho a la resistencia colectiva, sino también su alcance y límites. Por ello, para continuar con el desarrollo de esta investigación académica, el presente capítulo busca profundizar en el análisis del problema central planteado en líneas anteriores. Para alcanzar dicho objetivo, se estudiará el contenido del derecho a la resistencia que se encuentra reconocido en el art. 98 de la Constitución de Montecristi, en el contexto de un nuevo paradigma constitucional que supone un «Estado constitucional de derechos y justicia», consagrado en la primera y esencial norma fundamental.

De ese modo, con un breve análisis comparativo del derecho a la resistencia reconocido en el art. 20, num. 4 de la Ley Fundamental Federal de Alemania,⁹³ el art. 36 de la Constitución argentina de

93 «Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso». Alemania, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, trad. Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommerman, Boletín Oficial Federal 1, 23 de mayo de 1949, actualizada hasta octubre de 2010, art. 20, num. 4, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

1994⁹⁴ y el art. 98 de la Constitución ecuatoriana⁹⁵ se esgrimen argumentos que permitan entender si los actos invocados como resistencia colectiva en Ecuador podrían ser entendidos como un derecho de directa e inmediata aplicación, o como una garantía para el cumplimiento de otros derechos. Además, se pretende identificar con claridad su contenido jurídico (el objeto y los sujetos: activos-pasivos). Se concluye con una breve referencia de los puntos que podrían ser considerados como relevantes en los debates planteados acerca de las limitaciones de índole constitucional y legal —disposiciones penales—, respecto a la invocación colectiva del derecho a la resistencia.

Todo el análisis tiene como objetivo identificar y establecer elementos esenciales que giran en torno a la estructura y ejercicio del derecho a la resistencia colectiva en el contexto social ecuatoriano, los que, de ser posible, serán también identificados y aplicados en el caso emblemático Kimsakocha, que será estudiado en el capítulo próximo.

1. EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO: MARCO COMPARADO

1.1. NATURALEZA JURÍDICA

En palabras de Raúl Canosa, el derecho a la resistencia no viene, por lo general, proclamado en las constituciones modernas, ya que al ser estas reflejo de la voluntad democrática, proclaman los derechos y los defienden con numerosos mecanismos (garantías jurisdiccionales, garantías institucionales, garantías normativas, acciones judiciales ordinarias o extraordinarias, políticas públicas, vías internacionales, entre otras), que institucionalizan la resistencia y hacen innecesario su declaración autónoma. Cuando tal proclamación acontece, su presencia puede resultar contradictoria, paradójica, por el vivo contraste de

94 «Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo». Ver Argentina, *Constitución de la Nación*, art. 36.

95 «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». Ver Ecuador, *Constitución de la República*, art. 98.

un orden acabado de protección de la libertad con mecanismos que facultan, en cierto modo, para perturbarla.⁹⁶ Por ello, resulta necesario intentar desglosar su estructura para entenderla mejor en el contexto de un Estado democrático contemporáneo.

En ese escenario, una primera aproximación con relación a la naturaleza jurídica del derecho a la resistencia considera que a pesar de la proclamación en el art. 2 de la declaración francesa de 1789,⁹⁷ sobre el derecho de resistencia a la opresión junto con los otros derechos naturales, ni la más generosa configuración histórica de este derecho en la Constitución francesa de 1793, ni las declaraciones americanas, ni las posteriores, tanto estatales como internacionales, lo han vuelto a equiparar como un derecho de naturaleza iusnaturalista.

Por eso, la configuración de la resistencia como derecho-deber que se deduce de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano,⁹⁸ de la Declaración de la Independencia Americana de 1776⁹⁹ y de otros textos constitucionales. Lo cual, a criterio de Canosa, no permitiría establecerlo como un verdadero derecho subjetivo, ya que la resistencia, desde una visión iusnaturalista, preserva un ámbito de autonomía para el libre desarrollo de la personalidad, inmune a la intervención

96 Raúl Canosa, «El derecho de resistencia: Evolución histórica; Esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana», en *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, ed. Antonello Tarzia y Raúl Canosa (Guayaquil: Poligráfica, 2011), 53.

97 «La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». Francia, *Declaración de los Derechos del Hombre*, art. 2.

98 «La resistencia a la opresión es la consecuencia de otros derechos del hombre». Francia Asamblea Nacional, «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», art. 33.

99 «Sostenemos como evidentes en sí mismas 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». Ver Estados Unidos, *La Declaración Unánime de los Trece Estados*.

injustificada del Estado. En cambio, el derecho de resistencia positivizado sería, en todo caso, instrumental, entendido como una garantía de los demás derechos y, además, de difícil sino imposible aprehensión jurídica, pues por su propia idiosincrasia podría ser considerado como refractario a toda regulación jurídica.¹⁰⁰

Sin embargo, frente al criterio de la resistencia como una garantía se debe considerar también que los mecanismos jurídicos de las diferentes garantías propias de la moderna democracia constitucional están desarrolladas de manera pormenorizada en los diferentes ordenamientos jurídicos, mientras que la resistencia, desde una primera aproximación, puede quedarse sin una regulación como último recurso; de serlo, lo relacionarían con el derecho de excepción. Pero la resistencia, asimismo, se regularía en la Constitución para sustituir al derecho de la normalidad, cuando este no fuera capaz de enfrentarse a situaciones excepcionales que vulneren derechos. Pensar en una aplicación ordinaria del derecho a la resistencia frente a cualquier posible abuso del poder público, como medida *prima ratio*, podría, entonces, llegar a desnaturalizarlo y desconocer su trascendencia para convertirlo, posiblemente, en auténtico germen de la destrucción del derecho.¹⁰¹

Las contradicciones y paradojas que se generan acerca de la constitucionalización de la resistencia pueden hallar solución si se la considera como la puerta hacia el poder constituyente. Sin embargo, de manera inmediata, esta propuesta resulta entorpecida porque las regulaciones constitucionales modernas lo encaminan concretamente a la defensa de la Constitución, es decir, un papel opuesto.¹⁰²

En ese contexto, se puede definir a la resistencia desde dos aristas: la primera como una institución de garantía de los derechos, y la segunda como facultad entregada a los ciudadanos para defender el orden constitucional, como sucede en el art. 20, num. 4 de la Ley Fundamental de Bonn. En ambos supuestos, que no son fáciles de deslindar, se trata en principio de una garantía de derecho objetivo, en razón de que el bien

100 Canosa, «El derecho de resistencia», 53.

101 Marco Elizalde y Javier Flores, «Derecho a la resistencia en el constitucionalismo ecuatoriano: Análisis jurídico para una interpretación integral de este derecho garantía», en *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo*, ed. Antonello Tarzia y Raúl Canosa (Guayaquil: Poligráfica, 2011), 108-9.

102 Canosa, «El derecho de resistencia», 54.

jurídico protegido es el orden constitucional en su conjunto o en su parte más esencial —derechos fundamentales—, pues, según Raúl Canosa, no se trata de una garantía directa contra una concreta violación de un derecho fundamental, para lo cual el orden constitucional prevé otros caminos; sin embargo, la posibilidad de una resistencia individual le daría un sesgo subjetivista.¹⁰³

En el caso de Ecuador, un primer acercamiento a la disposición constitucional permite observar que la Constitución no recoge el derecho de resistencia entre los derechos ni entre sus garantías jurisdiccionales, sino bajo el rótulo de «Organización colectiva», como parte del capítulo I («Participación en democracia»), título IV («Participación y organización del poder»). Su ubicación *prima facie* descarta su condición de verdadero derecho y su naturaleza como garantía no jurisdiccional, para colocarla entre los instrumentos de participación popular.

Podría pensarse, entonces, que por medio de la resistencia, individuos y grupos de la sociedad participan en la relación poder-sociedad, defendiendo los derechos constitucionales cuando fueran o pudieran ser trastocados o promoviendo otros nuevos. Esta contemplación de la resistencia, como forma de participación social, en palabras de Canosa, «sintonizaría con la finalidad perseguida que sería la inejecución del acto lesivo o la aprobación de la norma que supusiera el reconocimiento de nuevos derechos».¹⁰⁴ Por eso, este resultado podría ser fruto de una situación de hecho, que los resistentes habrían creado y que, en el primero de los supuestos, podría resultar de la falta de acatamiento a las órdenes del poder.

En esa línea de reflexión, el derecho a la resistencia colectiva ecuatoriano no persigue únicamente la defensa del orden constitucional en su conjunto, sino también el respeto al ordenamiento constitucional y democrático que favorece la protección de los derechos constitucionales o la promoción de nuevos derechos, de lo que prevalece una dimensión subjetiva de la garantía —defensa de otros derechos—. En otras palabras: podría funcionar como «el derecho-garantía para el disfrute de otros derechos frente al ejercicio ilícito o ilegítimo del poder

103 *Ibíd.*, 54-5.

104 *Ibíd.*, 107.

público»;¹⁰⁵ en contraste con el derecho a la resistencia germano que posee una dimensión objetiva y conforma una facultad extraordinaria atribuida a los ciudadanos alemanes para defender los principios del orden constitucional, cuando no cabe otro remedio —último recurso—.¹⁰⁶

Lo expuesto permite entender que la naturaleza jurídica del derecho a la resistencia colectiva, acorde con la norma constitucional ecuatoriana, podría ser la de un derecho-garantía sui géneris, en razón de que se diferencia de las garantías constitucionales existentes porque la naturaleza de estas obligatoriamente debe ser desarrollada en la normativa con minuciosidad, para mantener la institucionalidad jurídica y evitar consecuencias como el abuso del derecho o el desacato. En especial, porque de manera expresa «el Estado tendría establecido institucionalmente una serie de mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución».¹⁰⁷ A diferencia de la resistencia colectiva como derecho-garantía sui géneris, que dentro de un contenido singular, por su esencia, mal podría ser objeto de un desarrollo normativo, y más bien podría presentar un carácter reactivo, no jurisdiccional, inorgánico y subsidiario de los derechos constitucionales.¹⁰⁸

Estas características propias de la resistencia colectiva, en el marco constitucional ecuatoriano, la harían merecedora de una jerarquía especial en el ordenamiento jurídico, al punto de resultar apropiado denominarla, como lo hizo Gargarella con relación al derecho a la protesta, como el «primer derecho» en una sociedad organizada, es decir, como «el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos».¹⁰⁹

105 Juan Ugartemendía, «El derecho a la resistencia y su “constitucionalización”», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 103 (1999): 228, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27541>.

106 Canosa, «El derecho de resistencia», 66.

107 Juan Montaña, «Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales», en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, ed. Juan Montaña y Angélica Porras, t. 2 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Cedec, 2011), 24.

108 Canosa, «El derecho de resistencia», 54.

109 Gargarella, *El derecho a la protesta*, 12.

Por lo anotado, la resistencia sería una garantía de carácter reactivo, porque sus titulares la activarían solo en el momento que consideren que el ejercicio ilícito o ilegítimo —acciones u omisiones— del poder público o personas naturales o jurídicas vulnera o puedan vulnerar sus derechos constitucionales¹¹⁰ y también para demandar nuevos derechos, los cuales podrían o no estar conectados con los derechos vulnerados con una acción u omisión. Una interpretación de la parte final del art. 98, que considere improcedente el ejercicio de la resistencia para la demanda de nuevos derechos sin que exista el supuesto habilitante de acción u omisión, resulta restrictiva y arbitraria por ser contradictoria al principio constitucional contenido en el num. 3 del art. 11, que prescribe que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución son de directa e inmediata aplicación, y que para su ejercicio no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución.

Respecto a su carácter no jurisdiccional e inorgánico, resulta necesario mencionar *prima facie* que podría entenderse que el art. 99 de la Constitución se refiere al derecho a la resistencia colectiva como garantía —acción ciudadana—, por lo cual establece un procedimiento.¹¹¹ Sin embargo, esta interpretación no sería correcta debido a que el ejercicio de la resistencia dependería exclusivamente de la voluntad del soberano y, por tanto, ninguna institución estatal podría tener a su cargo la administración o control de los diferentes actos de invocación del derecho constitucional a la resistencia; igualmente, porque ningún procedimiento establecido o por establecerse podría regular los actos de resistencia, en razón de que se estaría frente a una garantía imprecisa en el sentido de abstracción de una norma general, pero con una estructura que se constituiría de manera diferente en el momento preciso de su ejercicio.

En ese contexto, resulta necesario hacer mención al contenido de las garantías extrainstitucionales o sociales de acción directa o de autotutela, desarrolladas por Gerardo Pisarello, que son entendidas como

110 Elizalde y Flores, «Derecho a la resistencia en el constitucionalismo», 107.

111 «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 en la ley». Ver Ecuador, *Constitución de la República*, art. 99.

los instrumentos de tutela o defensa de los derechos que, sin perjuicio de las instituciones estatales que puedan instaurarse, dependen exclusivamente de la actuación de sus propios titulares; es decir, consisten en la utilización de vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social.¹¹²

De ahí que, en situaciones de grave y sistemática vulneración de los derechos sociales

en las que los mecanismos institucionales de protección resultarían ineficaces, estas garantías de autotutela pueden asumir formas más radicales. Así, por ejemplo, situaciones extremas de exclusión o emergencia social pueden conducir a la ocupación de fábricas abandonadas, de tierras improductivas o de viviendas vacías, así como acciones de desobediencia civil e incluso de *resistencia activa*. Por tanto, «mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mayor la situación de emergencia constitucional, más justificado estará el recurso a vías de autotutela».¹¹³

Siendo así, el derecho a la resistencia colectiva en Ecuador se caracteriza por ser una garantía no institucional, pues, como se ha señalado en líneas anteriores, su invocación frente a la vulneración de derechos constitucionales depende únicamente de la voluntad de sus titulares —resistentes— por medio de la protesta social.

El carácter de no subsidiariedad tiene relación con el hecho de que el contenido del art. 98 no impone el agotamiento de ninguna vía previa de protección, pues se ha invocado en casos que no han sido cerrados judicialmente.¹¹⁴ Lo mencionado podría demostrar que no estaría siendo utilizado como último recurso (ya que cabe interponer, por ejemplo, mecanismos ordinarios o el recurso extraordinario de protección, medidas cautelares, la declaratoria de inconstitucionalidad de determinada norma), sino como refuerzo de la invocación de derechos constitucionales que aún pueden obtener amparo en genuinas vías jurídicas de protección.

112 Pisarello, *Los derechos sociales*, 122-27.

113 *Ibíd.*

114 Los defensores de los derechos del agua se resistieron ante la aprobación de la Ley de Minería, antes y posterior a su aprobación, incluso mientras se demandaba su inconstitucionalidad en la Corte Constitucional.

En ese sentido se puede pensar que para que la resistencia sea empleada como último recurso, necesita que la misma Constitución lo establezca de manera clara y no lo hace, y por consiguiente, no sería posible una interpretación restrictiva, sino *favor libertatis*, tal como prescribe el art. 427,¹¹⁵ que está en concordancia con el num. 3 del art. 11 de la norma suprema. Además, «si la resistencia fuese entendida como último recurso, como lo establecería el art. 20, num. 4 de la Ley Fundamental de Bonn, debería ocurrir en Ecuador lo que ocurre en Alemania, que nunca se invoque el art. 98 porque las múltiples garantías serían suficientes para depurar, desde el canon constitucional, las lesiones de los derechos».¹¹⁶

Se debe también entender que la generosidad de la norma constitucional ecuatoriana no impide la invocación de la resistencia de manera simultánea al empleo de otras vías posibles de reparación, pero tampoco la convierte en un mecanismo que el soberano puede emplear a su capricho, argumentando una supuesta afectación de derechos constitucionales. Esto se debe a que una constante invocación de este derecho-garantía sui géneris, cuando no existiera una vulneración o una posible violación de un derecho constitucional, puede terminar desvirtuándolo y convirtiéndolo en un recurso retórico de todos los que desearan oponerse.¹¹⁷

Al respecto, es importante mencionar la sentencia de consulta de constitucionalidad de norma n.º 034-13-SCN-CC de 2013, expedida por la Corte Constitucional del Ecuador. Esta decisión tuvo como antecedente un auto emitido por la Corte Nacional de Justicia, que conllevó al cobro de una deuda tributaria por USD 50 000 000, correspondientes al ejercicio fiscal 2005 de la Compañía Exportadora Bananera Noboa S. A. Inconforme con la decisión de casación, la compañía en la petición de medida cautelar invocó «el derecho a la resistencia previsto en el art. 98 de la Constitución de la República, por tratarse de

115 «Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional». Ecuador, *Constitución de la República*, art. 427.

116 Canosa, «El derecho de resistencia», 60.

117 *Ibíd.*, 61.

una acción de poder público que vulnera derechos constitucionales, y presenta una medida cautelar».¹¹⁸

Frente a la acción presentada, el juez cuarto de Trabajo del Guayas, mediante resolución dictada el 24 de agosto de 2012, de conformidad con el art. 33 de la LOGJCC, concedió de forma parcial la acción de medidas cautelares y dispuso que el Servicio de Rentas Internas (SRI) no ejecute la acción de cobro de la glosa determinada por el año fiscal 2005, hasta tanto la Corte Constitucional se pronuncie sobre la acción extraordinaria de protección presentada por la Compañía Exportadora Noboa S. A.

Por otra parte, el juez de la causa señaló dentro de la parte resolutive de su fallo que en lo que concierne al derecho a la resistencia sobre la resolución de la Corte Nacional de Justicia, se encuentra impedido de pronunciarse en virtud de lo previsto en el art. 42, num. 6 de la LOGJCC, razón por la cual presentó la consulta a la Corte Constitucional. El SRI solicitó la revocatoria de las medidas cautelares, pretensión que fue desechada porque el proceso fue elevado en consulta a la magistratura constitucional.¹¹⁹

Del análisis que la Corte Constitucional realizó a la consulta de constitucionalidad elevada por el juez cuarto de Trabajo del Guayas, en lo principal, consideró que¹²⁰

118 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia 034-13-SCN-CC», *Caso 0561-12-CN*, 30 de mayo de 2013, Registro Oficial 42, Suplemento, 23 de julio de 2013. Énfasis añadido.

119 Ecuador Juzgado Cuarto de Trabajo del Guayas, «Sentencia», en *Juicio n.º 0855-12*, 24 de agosto de 2012.

120 «Respecto a la resolución dictada por el juez cuarto de Trabajo del Guayas en la que se aceptó parcialmente las medidas cautelares, se aprecia que el juzgador acogiendo el derecho a la resistencia invocado por el accionante, resolvió actuar fuera de sus competencias y facultades e implicó el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Posteriormente se negó a aceptar la revocatoria de las medidas, argumentando que el proceso ya había subido a consulta. La norma inaplicada en el trámite de la causa prohíbe la solicitud de medidas cautelares cuando se trata de ejecución de órdenes judiciales, tal como aconteció en el caso, en el que el accionante solicitaba expresamente la “cesación de manera inmediata de los efectos del ilegítimo e injusto acto de poder público, contenido en el auto de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional”. Por tanto, el señor juez consultante transgredió la norma constitucional del art. 428 en dos momentos: cuando declaró parcialmente con lugar la solicitud de medidas, y cuando desechó la solicitud de revocatoria de la

el juez cuarto de Trabajo del Guayas inaplicó [sic] una norma legal bajo consideración de que la misma presentaba vicios de inconstitucionalidad con relación al derecho a la resistencia del accionante, frente a acciones del poder público que en su consideración vulneraron derechos constitucionales, circunstancia que, según se ha analizado en el presente fallo, extralimita las competencias que posee un juez en virtud del control concreto de constitucional.¹²¹

En ese contexto, se advierte que pese a que la Corte Constitucional no ha desarrollado, en su jurisprudencia, el contenido del derecho a la resistencia, en este fallo señala que la invocación de este derecho, con la solicitud de medidas cautelares en la etapa de ejecución de una orden judicial, no es procedente en relación con lo dispuesto en el art. 27 de la LOGJCC.¹²² Por lo tanto, los operadores de justicia, ante una solicitud de medidas cautelares o de cualquier garantía jurisdiccional, deben observar la naturaleza y los requisitos de admisibilidad de cada una de las garantías planteadas, pese a que estas vengan acompañadas de la invocación del derecho a la resistencia.

De lo expuesto se colige que a diferencia de las constituciones de Alemania y la de Argentina, en el ordenamiento constitucional ecuatoriano el derecho a la resistencia no debería ser entendido como un verdadero derecho subjetivo, ni como una garantía de naturaleza jurisdiccional, sino más bien como un derecho-garantía sui géneris con un contenido singular, pues presenta un carácter reactivo, no jurisdiccional, inorgánico e incluso no subsidiario de los derechos constitucionales. Estas características son conferidas a los individuos y colectivos para defender sus derechos frente a acciones u omisiones

misma [...]». Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia 034-13-SCN-CC». Énfasis añadido.

121 *Ibíd.*

122 «Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación. *No procederá cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos*». Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009, art. 27. Énfasis añadido.

de poderes públicos o de particulares, que lesionen o puedan lesionar sus derechos.

1.2. CONTENIDO JURÍDICO

1.2.1. Objetivo

Concretamente el objeto de la resistencia, tal como está escrito en la norma constitucional ecuatoriana, es extenso en comparación con la Ley Fundamental de Bonn y con la Constitución de Argentina. Por lo tanto, de una manera sucinta se pueden describir de la siguiente forma:

- a) De acciones u omisiones del poder público que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales.
- b) De las acciones u omisiones de las personas naturales o jurídicas privadas que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales.
- c) Demanda de nuevos derechos.

Respecto a la ilegitimidad o injusticia de la acción u omisión de poder público que vulnere o pueda vulnerar derechos constitucionales, y contra la cual se puede ejercer el derecho a la resistencia, en palabras de Juan Ugartemendía, debería entenderse que podría ser ante «las acciones que aunque objetivamente legítimas, provengan de autoridades ilegítimas —*absque título*—; o que el acto, en su contenido, sea ilegítimo e injusto —*ab exercitio*—».¹²³

En el caso de la *ilegitimidad absque título*, la determinación de ilegitimidad se podría establecer fácilmente con la constatación del origen ilegítimo de la autoridad —de cualquier poder público— de la que emana el acto lesivo. Y en lo referente a la *ilegitimidad ab exercitio*, se relacionaría con el acto en sí mismo, esto es, con la condición notoria de ilegitimidad y con las consecuencias del acto, es decir, con la gravedad e irreparabilidad de la vulneración o posible vulneración de los derechos constitucionales.

123 Al respecto, Ugartemendía plantea que «hablar de la politización o constitucionalización del derecho de resistencia no supone otra cosa que hablar de la constitucionalización (juridificación democrática) de la garantía de los derechos, tanto frente al poder ejercido sin título legítimo (*absque título*), como frente al poder que, siendo legítimo en título, es arbitrariamente ejercido (ilegitimidad *ab exercitio*)». Ugartemendía, «El derecho», 228.

Al respecto, se puede indicar que lo manifestado sobre la existencia de los dos tipos de actos ilegítimos de autoridad pública que podrían ser objeto de resistencia, como consta en Acta 053-A, de la Mesa constituyente n.º 2 de la Asamblea Constituyente de Montecristi, fue tomado en cuenta por el asambleísta Rafael Esteves Moncayo en el debate realizado antes de la aprobación del art. 4, en el que se buscaba reconocer el derecho a la resistencia.¹²⁴

Por otro lado, sobre «las acciones u omisiones de las personas naturales o jurídicas privadas que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales» se afirma lo siguiente: cuando los poderes privados más fuertes y los menos sometidos a control de los poderes públicos pueden actuar contra los derechos de otros particulares, el ejercicio de la resistencia se puede hacer frente a sus excesos.¹²⁵ No obstante, se entiende también que con la invocación de este derecho por la vía de hecho en su ejercicio se logra dejar de lado o disminuir el papel estatal en la resolución de los conflictos sociales; por esta razón, su invocación debe estar plenamente justificada; en otras palabras: cuando exista una acción u omisión de un privado que afecte o pueda afectar el derecho constitucional de otro u otros particulares se puede invocar la resistencia colectiva.

Siguiendo esa línea de reflexión, respecto a la posibilidad de «demandar nuevos derechos» como tercer supuesto de hecho del derecho de resistencia colectiva, Canosa manifiesta que estos habrían de estar conectados con los derechos vulnerados con la acción u omisión, pues no sería del todo lógica una demanda de nuevos derechos sin que exista el supuesto habilitante de acción u omisión.¹²⁶ Sin embargo, conforme a lo expresado en líneas anteriores, este argumento puede constituirse en una restricción al derecho a la resistencia colectiva, por ser contrario al modelo actual de Estado de derechos y justicia, que tiene como

124 En las actas de debate, el asambleísta Rafael Esteves, respecto al derecho a la resistencia, expresó: «El derecho a la resistencia es un derecho reconocido a los pueblos frente a gobernantes de origen ilegítimo, no democrático; o también que teniendo un origen legítimo, esto es democrático, han devenido en actos ilegítimos en su ejercicio». Ecuador Asamblea Constituyente Mesa constituyente n.º 2, «Acta 053-A», 27 de mayo de 2008, 90.

125 Canosa, «El derecho de resistencia», 65.

126 *Ibíd.*, 64.

finalidad primordial ser garante de los derechos constitucionales, y que se caracteriza también por tener una Constitución de contenido amplio. La interpretación integral de sus normas y principios constitucionales permite observar que estos prescriben de manera clara para el ejercicio de los derechos constitucionales que no exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución;¹²⁷ asimismo, en caso de duda, las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos.¹²⁸ De esta manera, una limitación en la invocación del derecho constitucional a la resistencia colectiva, que pretenda el reconocimiento de nuevos derechos, resultaría inconstitucional por ser contraria al espíritu de la Constitución.

Lo expuesto es argumento para considerar que la resistencia funciona como una garantía sui géneris para el disfrute de otros derechos constitucionales frente al ejercicio ilícito o ilegítimo del poder público.

1.2.2. Sujetos

1.2.2.1. Sujeto activo

En el marco de la carta constitucional de Montecristi, son sujetos activos del derecho a la resistencia tanto las personas naturales individuales y colectivas o jurídicas, según las acciones de resistencia que se emprendan, de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Constitución del Ecuador. En el caso de las personas naturales, están reconocidas todas con independencia de su condición nacional o no. Es importante mencionar que la Constitución ecuatoriana se mostraría generosa al igual que en la argentina,¹²⁹ porque del contenido constitucional no se exclu-

127 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11, num. 3 y 5.

128 Al respecto, ver el art. 427 de la Constitución de la República del Ecuador, que tiene concordancia con el art. 3, inc. 1 de la LOGJCC.

129 La Constitución argentina ha obligado al Estado y a su gobierno —en los tres niveles— a reconocer a los extranjeros los mismos derechos que a los argentinos. En este sentido, las leyes y reglamentaciones contribuyen a delimitar la realidad y las posibilidades que los migrantes tienen en el territorio argentino. Ver el caso de resistencia argentina, «caso SCHIFRIN, relativo a un corte de ruta e interrupción de los servicios aéreos del aeropuerto de Bariloche, por mayoría los vocales Bisordi y Catucci de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la condena impuesta a la Marina Schifrin al señalar que no es cierto que las personas que impidieron el tránsito en la ruta 237 pudieron ejercer sus derechos —de expresión, petición o reunión— de esa exclusiva forma o que ella

yen a las personas extranjeras de la titularidad de la capacidad de resistir, como sí lo hace el art. 20, num. 4 de la Ley Fundamental de Bonn,¹³⁰ que reserva la resistencia solo para los alemanes al expresar que «contra cualquiera que intente derribar ese orden les asiste a todos los *alemanes* el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso».¹³¹

Sin descartar el ejercicio de la resistencia puramente individual, lo más común es que se pueda pensar que es colectivo, es decir, de grupos de personas más o menos organizadas de carácter político, sindical o social.¹³² En el caso ecuatoriano se puede mencionar como ejemplos a los defensores de los derechos humanos, indígenas, campesinos, ecologistas, estudiantes y profesores, quienes, en forma colectiva, han resistido a la aprobación de la Ley de Recursos Hídricos, la Ley de Educación, la Ley de Comunicación, la Ley de Minería, entre otras, así como otras propuestas de proyectos extractivos, principalmente mineros y petroleros.

Lo indicado tiene plena relación con el art. 11, num. 1 de la Constitución de 2008, que dispone que «el ejercicio de los derechos se regirán por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y

fuese la más razonable». Ernesto Genco, «Los “piquetes” en la doctrina de la Cámara Nacional de Casación Penal», *Diario Judicial*, 16 de julio de 2010, <http://www.diariojudicial.com/nota/11884>.

130 Al respecto, debe mencionarse el emblemático caso de resistencia dentro de Alemania: «De los *alemanes* que se oponían a la dictadura de Hitler, muy pocos grupos protestaban abiertamente contra el genocidio nazi de judíos. El movimiento de la *Rosa Blanca* fue fundado en junio de 1942 por Hans Scholl, un estudiante de medicina de 24 años de la Universidad de Munich, su hermana de 22 años Sophie y Christoph Probst, de 24 años. Si bien el origen exacto del nombre *Rosa Blanca* es desconocido, está claro que simboliza la pureza y la inocencia frente al mal. Hans, Sophie y Christoph estaban indignados con el hecho de que alemanes educados aprobaran las políticas nazis. Distribuían panfletos antinazis y pintaban eslóganes como “¡Libertad!” y “¡Abajo Hitler!” en las paredes de la universidad. En febrero de 1943, Hans y Sophie Scholl fueron arrestados luego de ser atrapados distribuyendo panfletos y resistiendo al gobierno alemán. Cuatro días más tarde, como consecuencia de un proceso fueron ejecutados junto con su amigo Christoph. Las últimas palabras de Hans fue: “¡Viva la libertad!”». Ver United States Holocaust Memorial Museum, «La resistencia dentro de Alemania», *United States Holocaust Memorial Museum*, accedido 15 de agosto de 2018, <http://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007751>.

131 Alemania, *Ley Fundamental*, art. 20, num. 4.

132 Canosa, «El derecho de resistencia», 55.

exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, estas autoridades garantizarán su cumplimiento». ¹³³ Asimismo, la última parte permite considerar que estos titulares del derecho a la resistencia —individual o colectiva— podrían exigir que las autoridades competentes garanticen el cumplimiento de su derecho, en especial porque una regla de este mismo art. 11, num. 3 y 4, ordena que

los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte y que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. ¹³⁴

Lo anotado puede relacionarse con el principio de la eficacia normativa de la Constitución, que implica inmediatez en la aplicación de la ley suprema y, por ende, de los derechos que ella contiene. La eficacia normativa constitucional ecuatoriana implica también falta de necesidad de una ley para que se operativice el derecho, así como supondría la autosuficiencia de la Constitución acerca de la operatividad de los derechos que ella reconoce. Por lo tanto, al ser el derecho a la resistencia un derecho-garantía sui géneris de rango constitucional, no cabría duda de su validez, eficacia jurídica, inmediatez y de su aplicación directa. ¹³⁵

En ese sentido, se manifiesta que el reconocimiento que realiza la constituyente ecuatoriana es bastante amplio y constituye una plasmación del principio *pro actione*, por lo cual permite a toda persona natural (individuales-colectivas) o jurídica invocar y aplicar el derecho a la resistencia. En otras palabras: a diferencia de las constituciones de otros países, en la Constitución de Montecristi la titularidad activa del derecho a la resistencia es extensa y generosa.

1.2.2.2. Sujeto pasivo

Respecto del sujeto pasivo del ejercicio del derecho a la resistencia colectiva, en el texto constitucional ecuatoriano se menciona que

133 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11, num. 1.

134 *Ibíd.*, num. 3 y 4.

135 Miguel Hernández, *El derecho constitucional a la resistencia: ¿Realidad o utopía?* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 180.

podrían ser los particulares —personas naturales o jurídicas de derecho privado— y los poderes públicos. Así, la interpretación literal del art. 98 permite entender, en primer lugar, que en la expresión «acciones y omisiones del poder público» incluyen a todas las funciones del sector público, en los términos del art. 225 de la Constitución, cuando considera que

el sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.¹³⁶

En efecto, de la literalidad de este artículo puede surgir un problema con relación a la función judicial, pues al pertenecer esta al sector público, todas sus manifestaciones jurídicas se constituyen necesariamente en actos del poder público —sujeto pasivo de la resistencia—. De modo que, desde una visión no restrictiva, muchos creerían que es incuestionable que una sentencia de la función jurisdiccional ordinario o constitucional encuadre en el precepto del art. 98 de la Constitución ecuatoriana. Cualquier otra interpretación sería notoriamente limitante del amplio contenido constitucional de este derecho, lo que estaría en frontal contradicción con el mandato interpretativo *favor libertatis* del art. 427 del texto constitucional.¹³⁷

Sin embargo, la intención del constituyente no tendría este alcance, en especial porque si se parte de la idea de un Estado de derechos y justicia, se considera que el principio rector de la función judicial es el de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los administrados y que su misión institucional es materializarlo para obtener seguridad jurídica;¹³⁸ entonces, si se admite la resistencia a una resolución judicial se puede decir que al no existir una ejecución integral de la sentencia, no hay una tutela judicial efectiva, lo que

136 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 225.

137 Elizalde y Flores, «Derecho a la resistencia en el constitucionalismo», 112.

138 Hernández, *El derecho constitucional*, 201-2.

provoca la vulneración del derecho de quien fue favorecido por dicho fallo o resolución.

De ahí que el resistir a una resolución simplemente porque se discrepa de un pronunciamiento judicial adverso no puede ser admisible, especialmente porque el ordenamiento ecuatoriano contempla la aplicación de varios mecanismos para la defensa de derechos; por ejemplo, permite la interposición de la acción extraordinaria de protección,¹³⁹ que admite la impugnación de resoluciones judiciales firmes cuando se haya vulnerado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución. También, se pueden solicitar medidas cautelares¹⁴⁰ para evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

En consecuencia, partiendo del principio de no subsidiariedad abordado en líneas anteriores, como excepción se puede establecer que potencialmente se hará también valer el derecho-garantía de resistencia frente a circunstancias extremas de actos ilegítimos e injustos —decisiones del poder judicial—, que efectivamente transgredan o puedan vulnerar derechos constitucionales de forma grave e irreparable, y en las que no exista un mecanismo adecuado para obtener la suspensión de los efectos del acto lesivo, que esté violando determinado derecho constitucional. Además, se reconoce un límite temporal de invocación que puede ser, necesariamente, por lo menos hasta que todas las acciones, ordinarias o extraordinarias, resuelvan el fondo de la cuestión que vulnera o pueda vulnerar determinados derechos constitucionales.¹⁴¹

De entenderse de otra forma, se está simplemente frente a un acto de desobediencia a la autoridad, porque las ejecuciones de las decisiones judiciales quedan a la voluntad de los perjudicados por ella; de tener éxito en la invocación de la resistencia, burlarían la aplicación de la

139 «La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado». Ver Ecuador, *Constitución de la República*, art. 94.

140 «Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho». *Ibíd.*, art 87.

141 Elizalde y Flores, «Derecho a la resistencia en el constitucionalismo», 116.

justicia con graves perjuicios para la parte beneficiada por la resolución controvertida; se estaría creando inseguridad jurídica y, sobre todo, se estaría desnaturalizando la resistencia, pues como se mencionó en líneas anteriores, el contenido de la resistencia es ser el «primer derecho» para la protección de los «otros derechos», y no la inconformidad de una parte procesal.

2. LIMITACIONES AL DERECHO A LA RESISTENCIA

2.1. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES

Si se parte de la idea esgrimida en el primer capítulo respecto a la íntima relación existente en Ecuador entre la protesta social y el derecho a la resistencia, es preciso mencionar que, en el ámbito constitucional, los actos de protesta social, en todo su contexto, coincidiendo con Roberto Gargarella, han dado lugar a una controversia en la que se pondrían en juego los intereses de los participantes de la protesta frente a una idea de orden,¹⁴² que estaría vinculada con el ejercicio de los derechos constitucionales de quienes no participan o no son parte de las manifestaciones, en especial porque no existirían derechos absolutos.

De ese modo, se pueden asumir como presupuestos la invocación de la resistencia colectiva por medio de la protesta, que consiste principalmente en actos pacíficos como la interrupción del tránsito normal de una vía de comunicación —corte de rutas— o la ocupación de espacios públicos —plazas, parques, a las afueras de instituciones públicas—, pero teniendo como horizonte de proyección la obtención de mejores condiciones de vida o evitar una vulneración o posible vulneración de derechos fundamentales. En este escenario, el derecho de libertad de expresión podría ser el soporte normativo de la petición, aunque resultaría habitual que existan otros derechos constitucionales que darían anclaje al reclamo; por ejemplo: el derecho a la vida e integridad física —arts. 4 y 5 de la CADH—,¹⁴³ el principio de legalidad en materia penal —art. 76, num. 3 de la Constitución ecuatoriana—, el derecho de reunión y a manifestar libremente —art. 15 de la CADH y el art. 66

142 Gargarella, «Entre el derecho», 75-6.

143 OEA, «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)», Doc. 65, 22 de noviembre de 1969, en *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 480-506.

de la Constitución de Montecristi— y, en el caso nacional, el derecho a la resistencia (art. 98).

Entretanto, se encuentran los derechos constitucionales de los habitantes que no participarían de la protesta pública y son perjudicados —eventualmente y en alguna forma— por su realización; por ejemplo: el derecho de libertad de tránsito, derecho a acceder a los diferentes servicios públicos (salud, educación, etc.), y una relación de estos con la potestad del Estado para mantener el orden, la que resultaría plenamente identificada con la idea de «los derechos que representa el Estado». Como plantea Malberg Carré, el Estado debe su razón de ser a la voluntad humana, que es su razón de ser; por lo tanto, vive en un mundo jurídico cuya misión es representar los intereses colectivos y, en consecuencia, es diferente a sus miembros, como también sujeto de poderes y derechos. En esta línea, la actuación esencial del Estado se activaría para que el ordenamiento jurídico ampare la voluntad colectiva del individuo en defensa de sus derechos cuando el mismo Estado, las personas jurídicas privadas o los individuos los vulneren.¹⁴⁴

De la misma manera, se puede entender que la acción de quienes resisten colectivamente afectan de modo principal las reglas sobre las cuales se asienta un modelo de coexistencia democrática, considerando que sus acciones se traducen en un desconocimiento de los derechos de quienes no participan en la protesta. Tal lesión supone, además, el debilitamiento del principio de autoridad, situación que puede ubicar en un duro trance de supervivencia al régimen democrático.¹⁴⁵

Desde una primera aproximación, para Gustavo Ferreyra, la crítica a este aparente conflicto de derechos que surge en el ejercicio de la resistencia colectiva está dirigida precisamente contra el Estado, pues se cree que los derechos fundamentales de quienes protestan pueden ser entendidos como jerárquicamente superiores a la potestad o competencia del órgano que quiere imponer la sanción; y que el derecho de libertad individual o colectiva tiene precedencia lógica frente al

144 Malberg Carré, *Teoría general del Estado* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / UNAM, 1998), 39-51.

145 Al respecto, ver la opinión expresada por Gregorio Badeni, «La convivencia democrática», *La Ley* 65, n.º 179 (2001), 1-2.

derecho de protección del Estado, pese a que es este el que configura jurídicamente siempre a aquel.¹⁴⁶

Pese a lo anterior, en el contexto ecuatoriano no sería posible aplicar el criterio de jerarquización de derechos, pues según la Constitución de 2008 todos los derechos constitucionales tienen igual jerarquía (art. 11, num. 6). Es decir, no sería viable establecer como una posible solución a este aparente conflicto de derechos que los derechos constitucionales de las personas que forman parte de los actos de protesta social, en los que se invoca la resistencia colectiva, prevalezcan sobre los derechos constitucionales que asisten a quienes, en franca mayoría, no participan en la manifestación y quieren utilizar la vía de tránsito o el espacio público que está siendo ocupado por los resistentes.

Igualmente, se debe considerar que la invocación del derecho a la resistencia colectiva en los diferentes actos de protesta haría visible la relación que existe entre este con el derecho constitucional a la libertad de expresión, desde luego, enmarcado por los derechos de reunión. La vinculación de estos derechos de libertad está fijado por las disposiciones constitucionales que prescriben, en primer lugar, el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, en todas sus formas y manifestaciones (art. 66, num. 6); en segundo lugar, el derecho a asociarse, reunirse¹⁴⁷ y manifestarse en forma libre y voluntaria (art. 66, num. 13); y en último lugar, el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas (art. 66, num. 23).

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional ecuatoriano a los derechos de libertad que se vinculan con el derecho a la protesta pública y de esta con la resistencia colectiva; se complementa y

146 Gustavo Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías* (Buenos Aires: Ediar, 2001), 272.

147 En una clase dictada como parte de la maestría en Derecho Constitucional en febrero de 2013, la docente Claudia Storini explicó que la Constitución ecuatoriana de 2008, a diferencia de las constituciones de otros países, no dice nada respecto a lo que debe entenderse entre el derecho de manifestación (reunión de personas que recorren las calles para reclamar o protestar por algo) y concentración (reunión de personas en un solo punto para reclamar o protestar por algo); de manera general reconoce los derechos a expresarse, asociarse, reunirse, y manifestarse libremente.

fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la protesta social. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión está recogido en el art. 13 de la CADH) y el art. 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADH).¹⁴⁸ A ello se suman el derecho a la libertad de asociación con fines sociales (art. 16 de la CADH), el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 15 de la CADH) y el derecho de petición (art. 24 de la DADH).

En relación con los derechos de libertad, Luigi Ferrajoli sostiene que las constituciones del siglo XX conjugan derechos de libertad —que son derechos o facultades de comportamientos propios a los que corresponden prohibiciones o deberes públicos de no hacer—, que son derechos o expectativas de comportamientos ajenos a los que deben corresponder obligaciones o deberes públicos de hacer.¹⁴⁹ Para Robert Alexy existe libertad jurídica solo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción, las *posibilidades* para hacer algo, a la cual el autor denomina *libertad negativa*;¹⁵⁰ aquí se requiere sobre todo una omisión del Estado, o sea, una acción negativa para asegurar la libertad jurídica.¹⁵¹ De esta manera, la libertad protegida, para Alexy, es aquella que está vinculada a un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar acciones permitidas. En este sentido, las libertades *iusfundamentales* son libertades protegidas.¹⁵²

Con esos antecedentes, se puede manifestar, entonces, que el derecho de reunión emana de la esfera de la libertad y es una forma de la libertad de locomoción y de la libertad de opinión, pues para reunirse los participantes se dan cita en un lugar al que concurren por sus propios medios y de manera voluntaria.¹⁵³ Así, el derecho de reunión pública

148 OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 1948, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

149 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Trotta, 1995), 862.

150 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 214.

151 *Ibíd.*, 215.

152 *Ibíd.*, 224-6.

153 Salazar, «El derecho a la protesta social», 30.

o política supone también el de manifestar, por ello el art. 21 de la DADH expresa que «toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria en relación con sus intereses comunes de cualquier índole».¹⁵⁴

Acerca de la regulación del uso de los espacios públicos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que esta no puede comportar exigencias que restrinjan excesivamente el ejercicio del derecho de manifestación pacífica y su finalidad no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida.¹⁵⁵ Por su parte, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, respecto a una posible limitación al derecho de manifestación, ha señalado:

La exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión. [...] Sin embargo, *la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales*. Es decir, un argumento no puede degenerar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden público, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc.). Las limitaciones a las manifestaciones públicas solo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual.¹⁵⁶

En lo que atañe al derecho de asociación, este consiste en la facultad que tienen los seres humanos de asociarse, es decir, poner en común ya sea sus bienes, sus valores, su trabajo, su actividad, sus fuerzas individuales u otros bienes y derechos, para un fin desinteresado o no, intelectual, económico, artístico, etc.¹⁵⁷ A criterio de Rafael Bielsa, este

154 OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, art. 21.

155 Al respecto, véase CIDH, *Informe sobre la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 Rev. 1, 7 de marzo de 2006, párrs. 55-63. Véase también CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, párr. 142.

156 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010: Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 7 de marzo de 2011, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5, cap. V, párr. 19. Énfasis añadido.

157 *Ibíd.*

derecho tiene mayor importancia que el de reunión, no solo por la inclinación natural que el hombre tiene hacia la forma de sociedad y de asociación, sino porque por este derecho se obtienen ventajas que aisladamente no se tienen, esto es, se alcanza la realización de fines determinados. Como el derecho de asociarse emana también del derecho de libertad, se complementa con el derecho a la libertad de reunión, expresión y protesta.¹⁵⁸

Si se considera que la libertad de expresión se manifiesta también en el derecho a la protesta, que está plenamente relacionado con la invocación de la resistencia, se la puede entender como

la facultad o pretensión garantizada para hacer público, a transmitir, a buscar, a difundir y a exteriorizar, en cualquier sitio, ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, por medio de cualquier medio: oralmente; mediante símbolos y gestos; en forma escrita; por medio de la radio, el cine, el teatro, la televisión; en la expresión artística, etc. es decir, por cualquier medio existente en la actualidad o que aparezca en el futuro.¹⁵⁹

De esta manera, este derecho es esencial en la lucha para el respeto y promoción de todos los derechos humanos, pues sin la habilidad de opinar libremente, de denunciar injusticias y clamar cambios, el ser humano puede quedar condenado a la opresión.

La CIDH y la Corte IDH han subrayado, en su jurisprudencia, que la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos se deriva de su relación estructural con la democracia.¹⁶⁰

158 Rafael Bielsa, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2001), 42.

159 Germán Bidart, *Manual de la constitución reformada* (Buenos Aires: Ediar, 1998), 11-4.

160 Véase Corte IDH, «Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)», *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006, supra nota 9, párr. 85, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf; Corte IDH, «Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)», *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, supra nota 9, párrs. 112-3, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf; Corte IDH, «Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)», *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, supra nota 9, párrs. 82-3, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf; Corte IDH, «Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas)», *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero de 2001, supra nota 9, párr. 152, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.

Por ello, para que una determinada limitación a la libertad de expresión sea compatible con el art. 4 de la DADH y el art. 13 de la CADH, la CIDH y la Corte IDH exigen tres requisitos: a) que sea definida en forma precisa y clara por medio de una ley en sentido formal y material, b) que persiga objetivos autorizados por la CADH, y c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr tales objetivos.¹⁶¹

Adicionalmente, se ha establecido que ciertos tipos de limitación son contrarios a la CADH, de ahí que las limitaciones impuestas no pueden equivaler a censura —por lo cual han de ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo del derecho—, no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios, no se pueden imponer como mecanismos indirectos de restricción y deben ser excepcionales. Los jueces deben asegurar también que no se esté invocando una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del orden público como medio para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real el derecho a la libertad de expresión.¹⁶²

En ese contexto, el Estado está llamado a proteger el derecho a libertad de expresión que se manifiesta en la protesta pública, pues esta, en principio, no puede ser entendida como otra cosa que un acto en el cual se desarrolla también un debate público de ideas y propuestas, por más

pdf; Corte IDH, «Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)», *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, 5 de febrero de 2001, supra nota 9, párr. 69, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

161 Corte IDH, «Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)», *Caso Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, supra nota 9, párr. 83, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf; Corte IDH, «Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)», *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, 27 de enero de 2009, supra nota 9, párr. 116, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf; Corte IDH, «Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)», *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20 de noviembre de 2009, supra nota 9, párr. 49, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf.

162 Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, serie C, n.º 111.

débiles o inconsistentes que puedan parecer, ya que el debate público es una escena vital para la democracia. En este marco de pensamiento, Marco Navas considera que el término *insurgente* describe los procesos que, desde su significativa fuerza comunicativa, se caracterizan por ser fundamentalmente críticos, pues no solo permiten una intensa discusión del problema alrededor del cual se construyen, sino que inciden de forma determinante en su resolución. No obstante, a diferencia de una insurgencia conceptualizada de forma tradicional, se la desvincula del uso de medios violentos o fuerza material para asociarla, de manera más amplia, a una variedad de formas activas de enfrentamiento contra situaciones de inequidad; es decir, con la vía de fuertes procesos de discusión pública.¹⁶³

Por lo tanto, el Estado y los operadores de justicia deben recordar que no sería admisible cualquier limitación a la invocación del derecho a la resistencia colectiva, pues al ser un derecho que se manifiesta en la protesta pública, únicamente puede admitirse una restricción al derecho a la protesta pacífica cuando resulte necesario proteger otro bien jurídico o derecho de mayor relevancia, como es el caso de los derechos a la vida e integridad personal.¹⁶⁴ La CIDH ha entendido que «la participación de las sociedades por medio de la manifestación pública [...], como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho».¹⁶⁵

Asimismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha reconocido que las huelgas, los cortes de ruta, el copiamiento del espacio público e incluso los disturbios que se pueden presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, los límites desproporcionados de la protesta en particular cuando se tratarían de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometerían seriamente el derecho a la libertad de expresión.¹⁶⁶

163 Marco Navas, *Lo público insurgente: Crisis y construcción de la política en la esfera pública* (Quito: Quipus / Ciespal, 2012), 98-9.

164 Salazar, «El derecho a la protesta social», 101.

165 Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*.

166 *Ibíd.*

En Ecuador, las protestas o movilizaciones sociales han estado caracterizadas, principalmente, por el cierre de vías. Esta ha sido, por lo general, la única forma usada por ciertos grupos tradicionalmente excluidos para reivindicar sus derechos o, al menos, lograr que sus puntos de vista pasen a formar parte del debate público. Por esta razón, el Gobierno debería considerar que cuando los diferentes actos de protesta social no fueren pacíficos, el límite de las medidas empleadas debe ser proporcional luego del análisis de cada caso.¹⁶⁷ Como establece García Amado, «las limitaciones no pueden ir más allá de lo que exija el interés general que las legitima, por lo que los medios empleados deben ser apropiados para ese fin de interés general y no deben ser desproporcionados».¹⁶⁸

El aparente problema de confrontación de derechos planteado en líneas anteriores puede ser zanjado si los operadores de justicia ecuatorianos, en observancia a lo determinado por la Corte IDH y la CIDH —estándares de derecho de libertad de expresión, asociación y reunión—, consideran que no resulta admisible cualquier limitación a la invocación del derecho a la resistencia, que se manifiesta en la protesta pública; y que en el análisis de cada caso que sea puesto a su conocimiento, se debería realizar un ejercicio de ponderación para evitar la vulneración de derechos de las partes.

La ponderación es un método de interpretación constitucional que se fundamenta en sopesar dos derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, atendiendo a los elementos fácticos y particularidades de cada caso, con la finalidad de que el intérprete constitucional le otorgue una primacía de un derecho por sobre el otro. Esto se debe a que los conflictos entre el ejercicio de derechos constitucionales no podrían resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos. Robert Alexy lo destaca:

La ponderación resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro: para estos casos puede formularse la siguiente ley de la ponderación: Cuando mayor sea el grado de

167 Salazar, «El derecho a la protesta social», 102.

168 Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación* (Ciudad de México: Fontamara, 2010), 103.

no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.¹⁶⁹

Este principio general de proporcionalidad consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A criterio de Alexy, los dos primeros están relacionados con las perspectivas fácticas de optimización de los derechos en conflicto, mientras que el tercero se refiere a las perspectivas jurídicas de optimización.¹⁷⁰ Carlos Bernal Pulido, en el mismo sentido, manifiesta que:

En el estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino solo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implantación representa y los perjuicios que ella produce.¹⁷¹

Para llevar adelante ese cometido, el operador de justicia debe tomar en cuenta el principio conocido como axiología móvil de los derechos constitucionales, mediante el cual los derechos se encuentran en una dinámica permanente o, como lo destaca Gustavo Zagrebelsky, el derecho es dúctil. En aquel sentido, si bien en el constitucionalismo ecuatoriano no existe una jerarquía de derechos, dentro de la interpretación se puede acudir, para casos concretos, a una categoría denominada jerarquía axiológica móvil.¹⁷² Este planteamiento también es compar-

169 *Ibíd.*, 103.

170 Robert Alexy, «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», en *El canon neoconstitucional*, ed. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 104.

171 Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 82.

172 «Una jerarquía axiológica es una relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes) por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la fórmula lógica: El principio P1 tiene más valor que el principio P2. Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los dos principios en conflicto un *peso*, una importancia ético-política, mayor respecto del otro. [...] Una jerarquía móvil, por otro lado, es una relación de valor inestable, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto

tido por Ricardo Guastini, quien, sobre la axiología móvil, manifiesta que «la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver los conflictos entre principios constitucionales es la que se conoce como *ponderación*. La ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil».¹⁷³

Conforme lo expresado, se puede destacar que, en un ejercicio de ponderación, los operadores de justicia no realizarán ponderaciones en abstracto de manera definitiva y con un efecto *erga omnes*, tampoco pueden aplicar el criterio de *lex specialis*, al decidir que uno de los dos derechos es la excepción del otro siempre y en todas las circunstancias; sino que atendiendo a las peculiaridades de cada caso, se establece un valor jerárquico móvil aplicable al caso concreto, puesto a su conocimiento.¹⁷⁴ El conflicto, entonces, no se resolverá definitivamente, pues «cada solución vale para una sola controversia particular, ya que ninguno puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras».¹⁷⁵

2.2. LIMITACIONES LEGALES

A pesar de la amplia protección constitucional, el contexto social ecuatoriano permite entender que el derecho penal —protección legal— puede estar siendo utilizado con demasiada frecuencia para restringir o limitar los derechos a la resistencia y la protesta pública, por medio de la iniciación de juicios penales y la imposición de penas privativas de la libertad a las personas que utilizan la protesta como medio de expresión. Por ello, desde una óptica legalista, diferentes disposiciones normativas —tipos penales—, a criterio de varios tratadistas, pueden estar configurándose como limitaciones a la invocación del derecho a la resistencia colectiva.¹⁷⁶

(para una clase de casos), pero que podría invertirse y que con frecuencia se invierte en un caso concreto diferente». Ver Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación* (Madrid: Trotta, 2008), 89.

173 *Ibíd.*, 88.

174 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia 067-12-SEP-CC», *Caso n.º 1116-10-EP*, 27 de marzo de 2012, Registro Oficial 728, Suplemento, 20 de junio de 2012.

175 Guastini, *Teoría e ideología*, 89.

176 Salazar, «El derecho a la protesta social», 140.

Entonces, antes de hablar de los estos tipos penales en un escenario de criminalización de la protesta social ecuatoriana, es importante mencionar que uno de los hitos que marcó el trabajo de la Asamblea Constituyente fue el reconocimiento de procesos de persecución y criminalización en contra de varias personas y colectivos en distintos gobiernos que participaron de protestas sociales, a los que les iniciaron juicios penales para sancionar su participación.¹⁷⁷ Así, el 14 de marzo de 2008 se aprobó la Amnistía n.º 4, que suspendió los procesos penales que se llevaban en contra de varios defensores y defensoras de derechos humanos y de la naturaleza, eliminó la responsabilidad penal existente y ordenó su inmediata excarcelación en caso de que, al momento de la amnistía, estuvieren privados de la libertad.

En ese acto jurídico, se reconoció que varios hombres y mujeres fueron reprimidos y luego enjuiciados por delitos políticos y delitos comunes conexos con los políticos,¹⁷⁸ convertidos en acciones de movilización en defensa de la vida, los recursos naturales y el ambiente, independientemente de que dichos procesos judiciales hayan sido interpuestos por compañías nacionales y extranjeras, por intermediarios e incluso por funcionarios públicos (considerandos primero y segundo).

De ahí que pueda pensarse, entonces, que las amnistías dejaron la puerta abierta para discutir sobre los procesos de criminalización penal en Ecuador. No obstante, resulta necesario advertir que con posterioridad a

177 Como ejemplos se pueden mencionar el siguiente casos: «1. 17 activistas que se habían instalado en la zona más frágil del Bosque Protector Mindo Nambillo para impedir el avance de la construcción del OCP (2002), 2. pobladores del barrio El Rosal, parroquia Tambillo, provincia de Pichincha, se opusieron a la instalación de un tendido electrónico de alta tensión (2007), 3. pobladores de Pindo, provincia de Orellana, afectados por la compañía Petroriental, se resistieron a su construcción (2006), 4. miembros de las comunidades del cantón Limón Indanza, afectadas por la empresa Sipetrol, (2006)». Ver *ibíd.*, 112–20.

178 En los considerandos de la «amnistía» se mencionaron varios de los delitos penales, en los que se fundamenta la persecución y criminalización; entre ellos están: organización de manifestaciones públicas sin permiso; sabotaje y terrorismo; rebelión y atentados contra funcionarios públicos; obstáculos a la ejecución de obras públicas; asociación ilícita; instigación a delinquir; apología del delito; incendio y otras destrucciones, daños y deterioros; delitos contra la propiedad (como hurto, robo o usurpación); delitos contra medios de transporte; paradójicamente delitos contra el medio ambiente; delitos contra las personas (sea contra la vida, por lesiones, plagio o secuestro).

su otorgamiento, varios de los beneficiarios, junto con otras personas, fueron criminalizados como resultado de la continuación de las acciones de movilización y resistencia. Un ejemplo de ello es el caso de los dirigentes indígenas de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) y de la Confederación Kichwa del Ecuador (Ecuvarunari), que se resistieron a la aprobación de la Ley de Minería y la Ley de Aguas.¹⁷⁹

En esa línea de reflexión, se señala que las normas vigentes hasta comienzos de 2014 en Ecuador, sobre sabotaje y terrorismo, padecían de vaguedad e indeterminación suficiente como para hacer de ellas un uso arbitrario en la persecución penal. Estas normas —que habrían sido introducidas en el Código Penal por gobernantes militares en marzo de 1965— permitían incluir bajo la figura del sabotaje a la interrupción de un servicio público o de un proceso productivo, y considerar actos terroristas no solo la resistencia a la fuerza pública, sino incluso el simple hecho de constituir una organización con fines sociales.

Por ello, según Pásara,¹⁸⁰ se puede pensar que la imprecisa amplitud de los dispositivos legales estaría permitiendo el procesamiento de activistas de derechos humanos y de dirigentes sociales contrarios a políticas de gobierno. De igual manera, el uso de la justicia penal contra unos y otros podría ocasionar su silenciamiento o, cuando menos, una forzada contención de su actuación.¹⁸¹ En consecuencia, resulta menester en las líneas siguientes intentar realizar una aproximación a estos

179 Un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo comprobó que hasta 2010 la ejecución de las amnistías no había sido integral: «En tres casos referidos a defensores de derechos humanos y de la naturaleza [...] las autoridades judiciales se han negado a aplicar las resoluciones de la Asamblea Constituyente. Asimismo, es preciso señalar que en varios casos beneficiados con las amnistías, si bien se archivaron los procesos que en ese momento, se encontraban ventilándose ante las autoridades judiciales correspondientes, posteriormente se iniciaron otros procesos judiciales en los mismos contextos de defensa del agua, las tierras y territorios, en contra de las mismas personas que fueron amnistiadas». Ecuador Defensoría del Pueblo, «Informe temático», 37.

180 El informe *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, publicado por Luis Pásara, fue duramente criticado por el Ejecutivo de ese entonces, por estar vinculado con la petrolera Chevron. Ver Luis Pásara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana* (Quito: Fundación para el Debido Proceso / Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad / Instituto de Defensa Legal, 2014), http://www.dplf.org/sites/default/files/indjud_ecuador_informe_esp.pdf.

181 *Ibíd.*, 82.

tipos penales, sabotaje, terrorismo y ataque o resistencia, con objeto de poder establecer si efectivamente pueden ser entendidos como una limitación a la invocación del derecho a la resistencia.

2.2.1. Terrorismo

El término *terrorismo* comenzó a usarse en el siglo XIX para referirse a los individuos o grupos políticos que recurrieron al atentado contra los representantes conspicuos del orden burgués. Los populistas rusos y algunos anarquistas consideraron el acto terrorista no solo como un medio para transformar la sociedad, sino también como una forma de autoafirmación. Pero el terrorismo ha sido utilizado también por el Estado contra los ciudadanos como medio ilegal para combatir la violencia o aumentar la coerción.¹⁸²

Uno de los más conocidos actos terroristas es el incendio del Reichstag —parlamento alemán—, ocurrido el 27 de febrero de 1933. Este autoatentado fue el justificativo necesario para que el nazismo cumpliera dos objetivos: hacerse con el poder total de Alemania y perseguir a sus opositores políticos, principalmente comunistas y socialistas de ese momento. En el presente milenio, el acto terrorista más influyente fue el ocurrido en Estados Unidos, el 11 de septiembre de 2001: este acontecimiento representó el punto de partida para la legislación anti-terrorista que actualmente se expande en el mundo.¹⁸³

Por otra parte, ninguna de las normas establecidas por los organismos internacionales define explícitamente qué es el terrorismo. La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo de 1937 no definió al terrorismo, sino lo que se debía entender como actos terroristas: «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».¹⁸⁴ Dentro del derecho interno, tampoco se ha establecido una definición de terrorismo.

182 Red Eco Alternativo, *Leyes del terror: Nuevas herramientas para el control de la organización popular* (Buenos Aires: ECO Ediciones, 2007), 20, www.redeco.com.ar/descargas/send/2-documentos/33-libro-lt.

183 *Ibíd.*, 39.

184 Sociedad de Naciones, *Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo*, 16 de noviembre de 1937, *Official Journal of the League of Nations* 19, C.546.M.383.937.V, art. 1, num. 2, <https://www.wdl.org/es/item/11579/>.

En palabras de Jan Schreiber, el terrorismo es «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 al acto terrorista es su motivo y enfoque: tiene que ser el intento de quienes lo perpetran, dañar o alterar radicalmente al Estado».¹⁸⁵ A criterio de Ernesto Albán, se caracteriza al terrorismo como los actos de violencia dirigidos contra las personas —en algunos casos previamente determinadas, en otros contra personas indeterminadas—, los bienes —igualmente determinados o no— o servicios públicos; son delitos pluriofensivos porque afectan de manera simultánea a varios bienes jurídicos: la vida, la integridad física y la libertad de las personas; la propiedad, la seguridad pública y, en último término, la seguridad del Estado. Los titulares de estos bienes jurídicos son los sujetos pasivos de los delitos, para provocar terror o intimidación general en la población —fin inmediato—, como un móvil principalmente político, pero que puede presentar alternativa o, simultáneamente, matices ideológicos, sociales, religiosos o de otro carácter —fin mediato—.¹⁸⁶

En Ecuador, el código penal anterior, en el título «De los delitos contra la seguridad del Estado», capítulo IV, tipificaba los delitos de sabotaje y terrorismo. El terrorismo se encontraba tipificado en el art. 160:

El que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojare, 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 Norteamérica.¹⁸⁷

Por otro lado, el COIP, aprobado por la Asamblea Nacional a fines de enero de 2014, publicado el mes siguiente y vigente a partir del 10

185 Bolívar Torres, «El derecho internacional público frente al delito de terrorismo», *Revista Afese* 47 (1998), <http://www.afese.com/img/revistas/revista47/deliteterror.pdf>.

186 Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte Especial* (Quito: Ediciones Legales, 2012), 16.

187 Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 160.

de agosto de 2014, no modificó el régimen normativo que está siendo utilizado para reprimir la protesta social. De esta manera, el delito de terrorismo, tipificado en el libro primero («La infracción penal»), capítulo VII («Terrorismo y su financiación»), aparece definido de manera abierta en el art. 366 del COIP:

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.¹⁸⁸

Por lo anotado, ni el contenido de esta disposición penal, ni la aplicación que se le estaría dando, guardan relación con lo que se entiende por terrorismo y sabotaje en el derecho internacional. Así, una resolución aprobada por 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 a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito.¹⁸⁹

Entonces, ante esta noción, se puede manifestar que existe terrorismo cuando se trata de: a) actos criminales, b) cometidos para causar muerte, lesiones graves o toma de rehenes, c) con el objetivo de provocar un estado de terror en la población u obligar a una autoridad a determinada acción u omisión.

En Ecuador, la convergencia de estos requisitos no aparece con precisión en los actos de protesta social en los que se ha ejercido la resistencia y que han sido materia de procesos penales por el delito

188 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 366.

189 ONU Consejo de Seguridad, *Resolución 1566 (2004)*, 8 de octubre de 2004, S/RES/1566 (2004).

de terrorismo durante los últimos años; actos que, sin duda, podrían incluir alteraciones del orden y algún grado de violencia menor, pero no por eso deberían ser entendidos dentro de este grave tipo penal. En especial porque las Naciones Unidas considera también que los Estados no deben abusar de la necesidad de combatir el terrorismo recurriendo a medidas que restrinjan innecesariamente los derechos humanos. La legislación debe tener salvaguardias claras para evitar abusos de las limitaciones de los derechos autorizadas a los Estados, y si estos se producen, asegurar que existan recursos para remediarlos.¹⁹⁰

2.2.2. Sabotaje

La palabra sabotaje proviene etimológicamente del término francés *sabot*, que significa ‘zueco de madera’. Esta palabra fue empleada a partir de la acción de los trabajadores franceses que laboraron en una fábrica de harina. En este conflicto los trabajadores usaron sus zuecos hábilmente como cuñas para que no pudieran funcionar los molinos de moler el trigo.¹⁹¹ A criterio de Aníbal Guzmán Lara, 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».¹⁹²

Para François Houtart, el sabotaje es toda acción deliberada de individuos o de organizaciones destinada a debilitar un adversario mediante daños o destrucciones materiales. Un acto de sabotaje puede acercarse al concepto de terrorismo, cuando pone en peligro la vida o la integridad física de civiles (caso de sabotaje de medios de transporte terrestre o aéreo).¹⁹³ Desde una primera aproximación, se está frente a un acto de sabotaje cuando un individuo u organización reacciona ante un elemento de descontento con acciones encaminadas a la destruc-

190 ONU Asamblea General, *Proposición y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, 18 de septiembre de 2015, A/70/371, 25-6.

191 Alejandro Viveros, «El sabotaje como intuición filosófica: una perspectiva hermenéutica desde América colonial», *Revista Mutatis Mutandis* 5, n.º 2 (2012): 335.

192 Aníbal Guzmán, *Diccionario explicativo de derecho penal*, t. II (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1989), 48.

193 *Ibíd.*

ción y obstrucción a un proceso de producción o a la prestación de un servicio.

El anterior código penal ecuatoriano tipificaba el delito de sabotaje en los arts.: 156, prohibición de la paralización del servicio público de salud; 158, que reprimía con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años a todo aquel que «interrumpa o paralice servicios públicos [...] con el propósito de producir alarma colectiva»; y 159, que sancionaba con prisión de uno a tres años al que «impidiere, organizare 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».¹⁹⁴

De esa forma, una mala interpretación o aplicación de la norma —tipos penales— podría haber permitido que varios hechos que usualmente ocurrieron en acciones de movilización pública terminaran encuadrándose en el delito de sabotaje. Esto podría evidenciar la intención de reprimir vía penal a los diferentes movimientos sociales, quienes, por medio de la protesta social, habrían conseguido modificar y hasta impedir políticas públicas que resultarían perjudiciales para la población.

Al mismo tiempo, se puede considerar que el abuso de las facultades de los órganos jurisdiccionales, con el fin de sancionar la protesta social y a quienes invocan la resistencia, por medio de tipos penales con penas desproporcionadas, fueron los argumentos para que el Estado ecuatoriano buscara modificar su legislación con miras a asegurar que las normas penales se ajustaran a los estándares internacionales de libertad de expresión, pretendiendo establecer, de manera precisa y razonable, los criterios necesarios para aplicar legítimamente el derecho penal contra las personas que hacen uso de su derecho a la protesta pacífica.¹⁹⁵

Sin embargo, el COIP, sobre delito de sabotaje «Delito contra la Seguridad Pública», en el art. 345, lo circunscribió a actos de destrucción; es decir, es un delito de estructura abierta, que desde una lectura sancionadora puede también permitir a los operadores de justicia encasillar ciertos actos vinculados a protestas sociales dentro de este tipo penal:

194 Ecuador, *Código Penal*, arts. 156, 158 y 159.

195 Salazar, «El derecho a la protesta social», 143.

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 [...] 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.¹⁹⁶

De esa manera, en esta norma penal —sabotaje— se encuentran tipificadas varias conductas tradicionales de la protesta social en Ecuador, como el cierre de una vía de comunicación o la toma de una dependencia pública; además, se puede decir que los términos usados serían tan ambiguos como el vocablo *violencia*, que puede abarcar un contexto tan amplio que va desde la quema de llantas hasta la confrontación directa con las fuerzas del orden. Algo semejante surge en relación con los delitos contra la propiedad, al definirse en el art. 204 el «daño a bien ajeno» y detallar, en su primer numeral, un posible objetivo de las movilizaciones sociales:

La persona que destruya, inutilice o menoscabe un bien ajeno será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Si por el daño provocado paraliza servicios públicos o privados.¹⁹⁷

Adicionalmente, el delito de «paralización de un servicio público» —que en su formulación previa fue utilizada en varios procesos iniciados contra los protagonistas de protestas— fue también tipificado en el art. 346 del nuevo COIP, que tal vez contiene una definición lo suficientemente amplia como para ser usada de forma judicial respecto a actos de protesta: «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

196 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 345.

197 *Ibíd.*, art 204.

instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».¹⁹⁸

2.2.3. Ataque o resistencia

El delito de ataque o resistencia sería un tipo penal propio del ordenamiento penal ecuatoriano introducido en el nuevo COIP. No obstante, desde un criterio general, se puede pensar que este delito presenta características semejantes al tipo penal «atentado y resistencia», prescrito tanto en el ordenamiento jurídico penal español y argentino.

Así, el fundamento empleado en las legislaciones argentina y española para introducir el tipo penal de «atentado y resistencia» es que en el ejercicio de sus funciones el empleado público debe ser libre de tomar decisiones dentro del marco de la ley. Si alguien atenta o se resiste a su autoridad legítimamente desempeñada, ella se menoscaba o pierde, y con ello se quebranta la organización y buen funcionamiento del Estado. Por eso, dentro de los delitos contra la Administración Pública, el código penal de Argentina contempla, en los arts. 237-243, el de «atentado y resistencia contra la autoridad»¹⁹⁹, y en España está legislado entre los delitos contra el Orden Público, en los arts. 550 y siguientes.²⁰⁰

De ese modo, el art. 237 del código penal argentino castiga a quien use intimidación o fuerza (sin tocarlo, pues esto sería un agravante) contra un funcionario público o contra quien lo asista, para doblegar su voluntad, y lograr que se ejecute un acto o se omita, y ese accionar sea el propio del funcionario que recibe la agresión. La pena que le corresponde es de un mes a un año de prisión. En España, la pena que impone el art. 550 por un delito similar es la de prisión de dos a cuatro años más multa si es contra la autoridad —se agrava si es una autoridad gubernamental, legislativa o judicial— y de uno a tres años de prisión si se trata de agentes o funcionarios públicos.

El art. 238 del código penal argentino menciona como agravantes que elevan la pena de prisión entre seis meses y dos años: si se comete

198 *Ibíd.*

199 Argentina, *Código Penal de la Nación Argentina*, Ley 11.179, texto ordenado en Boletín Oficial s/n 16 de enero de 1985, arts. 237-43, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#1>.

200 España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado 281, 24 de noviembre de 1995, BOE-A-1995-25444, art. 550.

a mano armada —no es necesario que el arma esté cargada, basta que sea usada para intimidar—; por más de tres personas; si el autor es funcionario público —en este caso se añade inhabilitación especial— y si pusiera sus manos sobre la autoridad.

En el caso ecuatoriano, a diferencia de los ejemplos argentino y español, en términos generales, el denominado delito de «ataque o resistencia», tipificado en el art. 283 del COIP, con un contenido amplio, está ubicado dentro de los «Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública» y el bien jurídico protegido es la administración pública; es decir, la sanción de este delito tiene como fin garantizar la obediencia y respeto de los ciudadanos a la administración pública —poder coactivo del Estado—:

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.

Este tipo penal, propio del ordenamiento penal ecuatoriano se caracterizaría porque consideraría como un gravante de la pena, el hecho de que sea cometido por un grupo de personas. Por su contenido el delito de ataque o resistencia, parecería entonces destinado a maniatar frente a la policía a los manifestantes y grupos movilizadas de protesta pública, en contra del derecho de resistencia que se encuentra reconocido en el artículo 98 de la Norma Suprema.²⁰¹

201 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 283.

Al respecto de las limitaciones de índole legal, se debe mencionar que en algunos de los artículos penales señalados la actuación de la colectividad es considerada como un agravante de la pena. De esta manera, estas disposiciones normativas son como una red jurídico-policial, en la cual cabe prácticamente cualquier persona. Como lo dice Ramiro Ávila Santamaría, el nuevo COIP es, entonces, una «máquina de represión», pues esta trama «jurídico policial» vulneraría el principio constitucional de presunción de inocencia e instauraría la culpa casi como condición de ontología política.²⁰²

Además, varios tratadistas como Juan Pablo Albán, Paulina Araujo, Ramiro Román y Luis Saavedra consideran que el nuevo COIP está en franca contradicción con la Constitución, y lejos de responder a la realidad de nuestro país, constituye un instrumento que permite una práctica judicial arbitraria por parte de los operadores de justicia. Esto se debe a que con tipificaciones abiertas e imprecisas como el terrorismo, sabotaje, ataque o resistencia, se intensifica la criminalización de la protesta pública, de los líderes y organizaciones populares que ejercen su derecho a la libertad de expresión, opinión, movilización, reclamo, participación y resistencia, ya que en estos tipos penales las marchas, proclamas y otras acciones típicas de la protesta social, a criterio de los fiscales y jueces, pueden ser calificadas como delitos penales.²⁰³

3. RECAPITULACIÓN

A manera de conclusiones parciales del segundo capítulo, a continuación hay algunas reflexiones que establecen cómo está estructurado el derecho a la resistencia y su ejercicio en el contexto ecuatoriano, conforme a la Constitución de 2008, lo cual será considerado en el análisis del caso emblemático Kimsakocha.

- El derecho a la resistencia colectivo de Ecuador, al tener el carácter de no subsidiariedad, permite que los ciudadanos lo invoquen en cualquier momento en defensa de sus derechos constitucionales o para la promoción de nuevos derechos; en contraste con el derecho a la resistencia germano, que posee una dimensión

202 Plan V, «De disidentes a delincuentes».

203 *Ibíd.*

objetiva, por lo que es una facultad extraordinaria atribuida a los ciudadanos alemanes para defender los principios del orden constitucional, cuando no cabe otro remedio —último recurso—.

- En el ordenamiento constitucional ecuatoriano, el derecho a la resistencia colectiva debe ser entendido como un derecho—garantía sui géneris con un contenido singular, pues puede presentar un carácter reactivo no jurisdiccional, inorgánico e incluso no subsidiario de los derechos constitucionales, características conferidas a los individuos y colectivos para defender sus derechos frente a acciones u omisiones de poderes públicos o de particulares que lesionen o puedan lesionar sus derechos.
- Desde una interpretación integral de las normas y principios constitucionales, es procedente la invocación del derecho a la resistencia colectiva para demandar nuevos derechos sin que exista el supuesto habilitante de acción u omisión, evidenciando así su carácter no subsidiario.
- El reconocimiento que realiza la Constitución ecuatoriana en torno al derecho constitucional es bastante amplio y plasma el principio *pro actione*, por lo cual permite a toda persona natural —individuales-colectivas— o jurídica invocar y aplicar el derecho a la resistencia. En otras palabras, a diferencia de las constituciones de otros países que no permiten a los ciudadanos extranjeros invocar la resistencia —por ejemplo, Alemania—, en la Constitución de Montecristi la titularidad activa del derecho a la resistencia es extensa y generosa.
- El derecho constitucional a la resistencia colectiva, al manifestarse en la protesta pública, está relacionado principalmente con los derechos de libertad de expresión, asociación, manifestación y reunión, los cuales no solo gozan de una protección constitucional sino también internacional, pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la protesta pública.
- El aparente problema de confrontación de derechos constitucionales de quienes son parte de la protesta pública y de quienes no participan en las manifestaciones (terceros) puede ser zanjado si los operadores de justicia —en observancia a lo determinado por la Corte IDH y la CIDH respecto a los estándares derecho de

libertad de expresión, asociación y reunión— consideran que no resulta admisible cualquier limitación a la invocación del derecho a la resistencia colectiva que se manifiesta en la protesta pública. En el análisis de cada caso en los que se afectan otros derechos, se debe realizar también un ejercicio de ponderación —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— para evitar la vulneración de derechos constitucionales de las partes.

- El COIP, por intermedio de tipos penales que son de contenido amplio —como el terrorismo, sabotaje, ataque o resistencia—, puede ser considerado como un instrumento para que los operadores de justicia encasillen ciertos actos de la protesta pública en estos delitos; es decir, la normativa penal puede intensificar la criminalización de los líderes y organizaciones populares que ejercen su derechos a la libertad de expresión, opinión, movilización, reclamo, participación y resistencia.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DEL CASO KIMSAKOCHA: LA INVOCACIÓN DEL DERECHO A LA RESISTENCIA Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

En este capítulo se presentan los antecedentes y desarrollo del proceso judicial del caso emblemático Kimsakocha. Constituye el primer juicio en el país que concluyó con una sentencia condenatoria en contra de tres procesados, quienes participaron en una protesta social organizada por un grupo de indígenas y campesinos, con objeto de resistir al proyecto de la ley de aguas. Enseguida, se identifica y analiza, en el proceso judicial, los elementos que giran en torno a la estructura del derecho de la resistencia, en el marco de la Constitución de 2008, y su relación con la protesta social y su criminalización. Estos elementos son contrastados con los ya señalados y desarrollados en los capítulos anteriores, los que tienen relación con los «límites» del ejercicio del derecho a la resistencia. Finalmente, se propone una posible lectura de la invocación de este derecho-garantía sui generis en el contexto social ecuatoriano.

1. ANTECEDENTES DEL CASO

El 4 de mayo de 2010, en horas de la madrugada, un grupo de personas bloquearon la vía pública Panamericana Sur, en el sector de la

Y de Tarqui, ubicado en la parroquia Victoria del Portete, del cantón Cuenca, provincia del Azuay, interrumpiendo el tránsito vehicular. Esto se realizó en el marco de una protesta pública convocada por la Conaie y la Ecuarunari para resistir y oponerse a la aprobación del Proyecto de Ley de Aguas y a la explotación minera en la zona de Kimsakocha.

Los dirigentes de la protesta, Carlos Pérez Guartambel, Ángel Federico Guzmán y Efraín Reinaldo Arpi, fueron detenidos de manera flagrante por miembros de la Policía Nacional del Azuay, bajo la causa de «sedición, alteración del orden público, agresión a miembros policiales y destrucción de bienes públicos, paralización y obstaculización de servicios públicos». El juez segundo de garantías penales, acogiendo la acusación de la fiscalía, dictó orden de prisión preventiva contra los ciudadanos detenidos por el delito de sabotaje y terrorismo a los servicios públicos. Sin embargo, en la etapa de investigación, el agente fiscal al no contar con los elementos suficientes para la acusación con estos graves tipos penales, los reemplazó por el delito de obstaculización de vía pública. El Primer Tribunal del Garantías Penales del Azuay, en sentencia del 24 de agosto de 2010, consideró de manera motivada que la Fiscalía no aprobó la existencia de los hechos, ni la responsabilidad de los acusados en el delito de obstaculización de vías públicas, revocando el orden de prisión y confirmando la inocencia de todos los acusados.

Inconforme con la decisión, la Fiscalía interpuso recurso de apelación ante la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que, mediante sentencia de 10 de agosto de 2011, resolvió

acepta[r] el recurso de apelación, revocar la sentencia subida en grado e impuso a los procesados [...] por considerarlos autores y responsables del delito de obstaculización de vías públicas, tipificado y sancionado en el art. 129 del Código Penal, la pena de un año de pena correccional para cada uno de ellos [...]. Pero, en consideración de las condiciones humanas de los procesados, esto es, por tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad y que las motivaciones para su inconducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria del Portete, en defensa del agua que temen sea contaminada por la actividad minera, que para esta Sala constituye ATENUANTE TRASCENDENTAL, que consta en el art. 74 del Código Penal [...]. En consecuencia, se aplica el Art.

73 del Código Penal, imponiéndoles la pena de ocho días únicamente, para cada uno de ellos [...].²⁰⁴

Ante ese fallo, los condenados interpusieron el recurso de casación, el cual fue conocido por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia que, en sentencia de 15 de enero de 2013, resolvió declarar improcedente el recurso. El 15 de febrero de 2013, los condenados presentaron una acción extraordinaria de protección de la resolución, emitida por los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional ante la Corte Constitucional del Ecuador. La acción constitucional fue admitida a trámite por la Sala de Admisión mediante auto de 11 de marzo de 2013.

2. ANÁLISIS DEL PROCESO JUDICIAL KIMSAKOCHA

En las siguientes líneas se intenta contrastar ciertos actos procesales y las numerosas alegaciones realizadas en el juicio penal por los procesados, el fiscal y los operadores de justicia acerca de la invocación al derecho constitucional a la resistencia colectiva, con lo señalado y desarrollado en los capítulos anteriores y relacionado a elementos que giran en torno a la invocación del derecho a la resistencia, en el marco de la Constitución actual.

Un primer elemento de análisis está relacionado con identificar a los sujetos y el objeto de la invocación del derecho a la resistencia en el caso Kimsakocha. Partiendo de la idea de que en el contexto social ecuatoriano la protesta social la realizan y protagonizan —a lo largo de la historia— generalmente los defensores de los derechos humanos, indígenas, campesinos, ecologistas, maestros, estudiantes, y que no solo se la ha practicado con el fin de participar en democracia y fortalecerla, sino en especial porque se la entiende como un mecanismo eficaz para realizar denuncias públicas sobre políticas de gobierno y aprobación de proyectos de leyes que vulnerarían derechos constitucionales de la ciudadanía,²⁰⁵ se puede manifestar que, en el caso penal que se examina,

204 Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito, «Sentencia de Apelación», en *Juicio n.º 128-2011*, 10 de agosto de 2011, 239.

205 Salazar, «El derecho a la protesta social», 101.

los dirigentes indígenas Carlos Pérez Guartambel, Ángel Federico Guzmán y Efraín Reinaldo Arpi son los sujetos activos de la invocación del derecho constitucional a la resistencia colectiva. Sujetos que se caracterizan porque en pleno ejercicio de sus derechos a la resistencia, libertad de expresión, a reunirse, a asociarse y a manifestarse en forma libre y voluntaria,²⁰⁶ forman parte principal en la organización y convocatoria de una masiva protesta social en la que participaron más de 150 personas, con objeto de resistir a la aprobación del Proyecto de Ley de Aguas, pues, a criterio de los protestantes, su aprobación constituiría una violación a sus derechos constitucionales al agua, al medioambiente sano, a los de la naturaleza, a la salud, al buen vivir, entre otros.

Al respecto, Carlos Pérez Guartambel, como sujeto activo de la invocación del derecho a la resistencia colectiva, señaló en el proceso penal:

[E]l pueblo se encuentra amenazado de la salud por la afección del agua. Que por los convenios y tratados internacionales se dio el derecho a la resistencia, por lo que se ha dado una protesta pacífica. Que se han reunido varios comuneros de las provincias de todo el país, en el que se iniciaron acciones de resistencia frente a la fuerza que ejerce el Estado, por intermedio de sus órganos, frente a un pueblo inofensivo que salió sin armas. La fiscalía no ha demostrado que existen agredidos y que con las fotos aportadas se ha demostrado que nos encontrábamos desarmados y que nosotros fuimos arrastrados [por miembros de la policía]. Que el pueblo inofensivo asoma como agresor.²⁰⁷

En otro momento del proceso, manifestó lo siguiente:

Así, resistir a un orden ilegítimo del Gobierno del Economista Rafael Correa, que pretende a fuego y sangre implantar la industria minera que junto a la petrolera y química constituyen las industrias más sucias del planeta y con el agravante de que intenta hacer actividad extractivistas en fuentes de agua irreversiblemente va a destruir y contaminar los humedades, fuentes de agua, sistemas lacustres y todo el ecosistema de su entorno; en especial porque las concesiones mineras estarían en áreas de bosque, de vegetación protectora y de zonas extremadamente sensibles

206 «El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria [...]». Ecuador, *Constitución de la República*, art. 66, num. 3.

207 Carlos Pérez Guartambel en Ecuador Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca, «Acta de Audiencia de Calificación de Flagrancia», en *Juicio n.º 758-2010*, 4 de mayo de 2010, 10.

como es el proyecto Kimsakocha que estaría ubicado en nacientes en 2 de los 4 ríos que atraviesan la ciudad de Cuenca [...] que provee agua para sus pobladores, consecuentemente se estaría violentando derechos humanos fundamentales como el derecho humano al agua, el derecho a la salud, el derecho a vivir en un ambiente sano libre de contaminación, y más derechos conexos.²⁰⁸

En este sentido, el objetivo tiene plena vinculación con la ilegitimidad *ab exercitio*, que fue mencionada en el primer capítulo de este estudio, pues esta se relaciona con el acto en sí mismo, es decir, con la condición notoria de ilegitimidad y con las consecuencias del acto —aprobación del Proyecto Ley de Aguas—, con la gravedad e irreparabilidad de la vulneración o posible vulneración de los derechos constitucionales.²⁰⁹ Con relación al sujeto pasivo, en este caso concreto, según los términos del art. 225 de la Constitución del Ecuador, es el Estado —Asamblea Nacional— el sujeto pasivo en la invocación del derecho a la resistencia, pues el acto emanado de este poder público —dictar Proyecto de Ley de Aguas—, según los manifestantes, vulnera sus derechos constitucionales.

Un segundo elemento de examen se halla en las alegaciones de los procesados sobre la resistencia y la desobediencia civil, las cuales se citan en los párrafos siguientes:

Que hay un trasfondo tratando de criminalizar la protesta, pues hemos actuado de conformidad a la Constitución, al derecho a la resistencia, es decir, la desobediencia civil. El tratado sobre la Carta de Virginia y de los derechos humanos amparan al pueblo a hacer prevalecer sus derechos hasta la encíclica de Paulo VI —*populorum progresio*—, en esta virtud solicita al tribunal que dicte sentencia absolutoria a su favor.²¹⁰

208 Carlos Pérez Guartambel en Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito, «Acta de Audiencia Reservada», escrito de 26 de agosto de 2011, 242.

209 Al respecto, Ugartemendía plantea que «hablar de la politización o constitucionalización del derecho de resistencia no supone otra cosa que hablar de la constitucionalización (juridificación democrática) de la garantía de los derechos, tanto frente al poder ejercido sin título legítimo (*absque título*), como frente al poder que, siendo legítimo en título, es arbitrariamente ejercido (ilegitimidad *ab exercitio*)». Ugartemendía, «El derecho», 228.

210 Carlos Pérez Guartambel en Ecuador Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca, «Acta de Audiencia de Calificación de Flagrancia», 10.

Que el derecho a la resistencia se apoya en la doctrina, Henry David Thoreau, impulsor de la desobediencia civil sostiene: «La obediencia está en gracias del Estado opresor, en la sumisión la que genera esta opresión sin ella el Estado no sería nada». Por su parte, Martín Luther King, activista supremo de los derechos humanos, al recibir el Premio Nobel de la Paz sentenció: «una ley puede ser legal pero ilegítima». El jurista norteamericano John Rawls, en su *Teoría de la Justicia*, define la desobediencia civil indicando «comenzaré definiendo a la desobediencia civil como un acto público no violento consiente y político contra ley o programas de gobierno, ejemplo jóvenes norteamericanos que se negaron ir a la guerra de Vietnam», así mismo sostiene que el Estado no debe tratar a los desobedientes o disidentes como delinquentes comunes sino como ciudadanos a los que debe reconocerse su profundo compromiso democrático. La desobediencia cumple entonces un papel corrector para Rawls; y una madurez democrática para Junger Habermas. Agrega este último, que la desobediencia civil es una válvula de escape, se mueve en la penumbra de la historia contemporánea, lo cual hace difícil para los coetáneos una valoración política-moral del acto. Finalmente, Dworkin sostiene que el que incumple una norma (resistentes) apela a principios de justicia propios del sistema.²¹¹

Así, del contexto de los argumentos esgrimidos por el dirigente indígena Carlos Pérez Guartambel en el desarrollo del proceso penal, se colige que se considera como figuras símiles a la resistencia y a la desobediencia civil. Este aspecto, como ya se ha señalado, surge porque la resistencia tiene un concepto amplio que, en determinadas ocasiones, puede ser confundido con otras formas que puede abarcar a estas, como la desobediencia civil, objeción de conciencia, insurrección, rebelión. En este sentido, si bien estos dos tipos de acciones con características semejantes registran un carácter público, la participación de los actores —que puede ser colectiva y sus comportamientos pueden ser considerados contrarios al derecho positivo— presenta también ciertas particularidades que permiten establecer una distinción entre los actos de resistencia y desobediencia civil.

La primera distinción tiene relación con el uso de medios violentos. Al respecto, se puede manifestar que la esencia de la desobediencia civil responde a una táctica de no violencia, que busca extremar el

211 Carlos Pérez Guartambel en Ecuador Azuay Sala de lo Penal, «Acta de Audiencia Reservada», escrito de 26 de agosto de 2011, 242.

cuidado para que nada pueda interpretarse maliciosamente o proyectarse públicamente como uso de violencia; a diferencia de ciertos actos de ejercicio de la resistencia que pueden estar acompañados de actos de violencia; como ejemplo se puede mencionar el bloqueo de vías públicas con la quema de neumáticos, troncos o piedras, como ocurrió en el caso que se examina.

Esta distinción, como ya se ha mencionado, está relacionada con que los actos de resistencia colectiva, por ser «anti-institucionales», son más o menos espontáneos y pueden involucrar un grado de reflexión y autoconciencia mucho menor que el que suele asociarse con la desobediencia civil, en especial porque las personas que participan en actos de desobediencia aceptan las consecuencias que el derecho dispone en su contra —segunda distinción—. Esto se da a diferencia de lo que ocurre con los actos de resistencia en los que no está presente esta aceptación, pues con los actos de resistencia se pretende llamar la atención de la sociedad y de las autoridades sobre un problema que se traduce en evitar la vulneración o posible afectación de un derecho constitucional por la implementación de una política pública, por la aprobación de un proyecto de ley o por una decisión del gobierno.

También, resulta importante señalar que el argumento «ausencia de violencia en los actos de invocación del derecho a la resistencia» ha sido alegado de manera reiterada no solo por los procesados, sino también por el fiscal y los jueces de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia en diferentes etapas del proceso Kimsakocha. Así, la Fiscalía General del Estado, en la audiencia pública de juicio, de manera explícita manifestó:

Que dentro de un estado constitucional de derechos y justicia como es el nuestro, existe el derecho a la resistencia, no obstante, debe haber una resistencia pacífica, de no hacerlo, la Constitución de la República, otorga a la Fiscalía General del Estado investigar los delitos de acción pública, en el presente caso el delito de obstaculización de la vía pública, que determina que las personas que de manera ilegal impidieren el libre tránsito de vehículos, personas o mercaderías por vías públicas del país serán sancionados con prisión.²¹²

212 Intervención de la Fiscalía General del Estado en Ecuador Azuay Sala de lo Penal, «Acta de Audiencia Reservada», 229.

En este sentido los recurrentes, sobredimensionaron el derecho constitucional a la resistencia, al utilizar métodos ortodoxos, para defender el derecho constitucional al agua limpia, como: la obstaculización de la vía Panamericana Sur, sector Y de Tarqui, cantón de Cuenca, con troncos, al punto de agredir con piedras a los agentes de policía, impidiendo de esta manera el tránsito normal de vehículos. Se debe tener claro, que el derecho a la resistencia debe cumplirse de manera pacífica y no agresiva como lo han hecho los recurrentes.²¹³

Lo señalado permite considerar dos aspectos: primero, para los administradores de justicia los actos de protesta social en los que se invoca el derecho a la resistencia colectiva, pueden ser sancionados cuando los mecanismos utilizados por quienes participan en la protesta social son violentos; entendiéndose dentro de los medios violentos a los actos de obstaculización de la vía pública con troncos y piedras, pues estos, a criterio de las autoridades públicas, ocasionan una afectación a la idea de orden y al derecho al libre tránsito de las personas que no participan en las manifestaciones.

Y el segundo aspecto, para los procesados los actos de resistencia colectiva también se caracterizarían por la usencia de violencia y de armas; sin embargo, no se menciona nada respecto a los actos de obstaculización de la vía pública, pues, en palabras de Daniela Salazar, «en el Ecuador la forma más tradicional de llevar a cabo las manifestaciones sociales es por medio de bloqueo de calles y autopistas».²¹⁴ Esto se debe a que así se busca llamar la atención de las autoridades respecto de los temas objeto de la protesta; de igual modo, porque muchas veces el bloqueo de vías constituye la única manera que tienen ciertas fuerzas sociales y organizaciones civiles para expresarse públicamente y lograr que sus puntos de vista pasen a formar parte del debate público.

El problema que aparece respecto a los actos de invocación a la resistencia surge porque el contenido del art. 98 de la norma constitucional es amplio; además, porque ciertos actos ejecutados invocando la resistencia colectiva y expresados en la protesta social resultan criminalizados si simplemente se los entiende como actos que rompen el orden y vulneran el derecho a la libertad de tránsito de terceros ajenos a la

213 *Ibíd.*, 230.

214 Salazar, «El derecho a la protesta social», 107.

protesta. Por ello, es imperativo que los operadores de justicia penal, en la sustanciación de los juicios, analicen y consideren de manera motivada los diferentes actos de protesta no pacíficos, para que el límite de las medidas empleadas sea proporcional luego del análisis de cada caso.

Retomando el análisis del caso, será necesario referir sus diferentes piezas procesales, ya que se observan, en el desarrollo del juicio, varios cambios del tipo penal con los que se les acusaba a los tres procesados y por las posibles implicaciones que esto puede tener con el ejercicio del derecho a la resistencia colectiva y la criminalización de la protesta social.

En ese sentido, en el parte policial los procesados Carlos Pérez Guartambel, Ángel Federico Guzmán y Efraín Reinaldo Arpi fueron detenidos en flagrancia por miembros de la Policía Nacional del Azuay n.º 6, por los delitos de «sedición, alteración del orden público, agresión a miembros policiales y destrucción de bienes públicos, paralización y obstaculización de servicios públicos»,²¹⁵ en razón de que durante la protesta social bloquearon la vía Panamericana Sur, en el sector de la Y de Tarquí, con piedras, palos y troncos para interrumpir el libre tránsito vehicular.

Del acta de la audiencia de calificación de flagrancia, del 4 de mayo de 2010, a las 17.40, se desprende que: «La señora Agente Fiscal indica que inicia la presente instrucción fiscal en contra de los procesados: CARLOS RANULFO PEREZ GUARTAMBEL, ANGEL FEDERICO GUZMAN PAUTE, EFRAÍN REINALDO ARPI SORIA, por el delito de *sabotaje a los Servicios Públicos*, tipificado en el art. 158 del Código Penal».²¹⁶

El mismo día, el juez segundo de Garantías Penales, acogiendo la acusación de la Fiscalía, dictó orden de prisión preventiva contra los ciudadanos detenidos por los delitos de sabotaje y terrorismo a los servicios públicos, tipificados en los arts. 158 y 160, respectivamente, del código penal vigente en esa época. Sin embargo, en la etapa de

215 Ecuador Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca, «Parte policial flagrancia», 4 de mayo de 2010, 1-46.

216 Intervención del Agente Fiscal en Ecuador Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca, «Acta de Audiencia de Calificación de Flagrancia», 11. Énfasis añadido.

investigación, el agente fiscal —al no contar con los elementos suficientes para la acusación con estos graves tipos penales— los reemplazó por el delito de obstaculización de vía pública, tipificado y sancionado en el art. 129 del Código Penal, delito por el que fueron acusados como autores y responsables, en sentencia de segunda instancia emitida por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

En ese caso, de manera específica, de la revisión del juicio se observa que estos cambios del tipo penal pueden ser una práctica común dentro de los diferentes procesos judiciales en los que se pretende juzgar a los ciudadanos que han sido detenidos por participar en una protesta pública; se lo puede considerar como un ejemplo para pensar que la mayoría de procesos penales iniciados contra quienes ejercen su legítimo derecho a movilizarse y a resistir son completamente infundados o basados en supuestos o interpretaciones discutibles o circunstanciales, ya que carecen de pruebas que permitan verificar la existencia del delito y la responsabilidad de los procesados. En el caso de los tres dirigentes indígenas, lo que se pretende es que hechos menores como el bloqueo de la vía pública con la quema de neumáticos, de piedras o palos —que encuentran plena protección en la invocación del derecho constitucional a resistir, a expresarse, a reunirse, a manifestar libremente, observando los criterios emitidos por la CIDH respecto a la protesta social—, sean sancionados aplicando normas que tipificarían delitos tan graves como sedición, sabotaje y terrorismo.

También pueden constituir un claro ejemplo de lo mencionado en capítulos anteriores, respecto a que la mayoría de las causas penales iniciadas contra quienes ejercen su legítimo derecho a la resistencia colectiva, por carecer de elementos probatorios, se quedarían estancadas por varios años en las etapas iniciales de investigación ante la Fiscalía. Esto evita que los tribunales de justicia de última instancia o la Corte Constitucional del Ecuador tengan la posibilidad de revisar las decisiones del inferior y emitir una amplia jurisprudencia legal y constitucional, lo cual permite constituir una guía sobre los criterios que los órganos judiciales deberían observar y aplicar al momento de conocer acusaciones penales relacionadas con la participación en manifestaciones públicas y con la invocación del derecho a la resistencia.

Otros elementos de reflexión se hallan en el proceso de apelación tramitado por los jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay: el primero se observa en la etapa probatoria, en lo referente a las pruebas aportadas por el representante de la Fiscalía, pues esta habría sido considerada por los jueces de la sala para emitir sentencia condenatoria en contra de los tres dirigentes indígenas; y el segundo elemento se identifica con un elemento *sui generis* —atenuante trascendental—, que se evidencia en la parte resolutive de la sentencia.

Respecto al primer elemento, la prueba aportada por el representante del Ministerio Público encuentra sustento en dos testimonios, los que, pese a haber sido reconocidos como contradictorios por la misma sala, fueron considerados válidos para emitir el fallo de segunda instancia. El primer testimonio tiene relación con la versión rendida ante el fiscal por uno de los agentes policiales que presencié la detención de los tres manifestantes, quien indicó que no recuerda la hora exacta del bloqueo de la vía y que el número de personas participantes en la protesta era de 150. No obstante, en la declaración rendida ante la Corte Provincial, el mismo agente de policía manifestó que el número de personas era de 100 y que el bloqueo de la vía no fue a consecuencia de la detención de los tres dirigentes, como sostiene la defensa de los procesados.²¹⁷

El segundo testimonio fue realizado por un miembro de la Policía que intervino en el operativo de detención de los dirigentes indígenas. En su declaración, manifestó que desconocía el concepto de sedición, tipo penal que consta en el parte policial de los tres procesados. Para los jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, esta declaración no implicó una contradicción de testimonios, pues, a su criterio, en relación con los demás miembros de la Policía, lo único que existe es una diferencia de nivel cultural y de conocimiento en los tipos penales.²¹⁸

Al respecto, se puede manifestar que el razonamiento de los jueces de la Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en relación con la valoración de la prueba, resulta cuestionada en el primer testimonio, porque el agente de Policía, al ser un testigo directo del proceso, debía

217 Ecuador Azuay Sala de lo Penal, «Acta de Audiencia Reservada», 224.

218 *Ibíd.*, 39.

dotar a los jueces de elementos veraces que permitieran demostrar la existencia y responsabilidad de los acusados en el cometimiento del delito. Sin embargo, al rendir un testimonio contradictorio sobre el hecho que constituye la esencia del tipo penal que se les acusaba —«hora en la que se bloqueó la vía»—, este debió haber sido cuestionado por los miembros de la corte, pues, como dice Devis Echandía, «si de la narración del testigo aparecen esas graves contradicciones, será evidente que carece de capacidad suficiente para juzgar o apreciar lo que pudo percibir y por tanto su deposición tendrá escasa o nula eficacia probatoria».²¹⁹

De igual forma, no es fácil entender que en el parte policial conste que los tres procesados fueron detenidos por el delito de sedición y que uno de los agentes de policía, que participó en el operativo de detención, manifieste al Tribunal Penal que desconoce el significado del término. En este sentido, *prima facie* este testimonio puede dejar la puerta abierta para plantear la interrogante sobre si los funcionarios públicos, en especial los que por su función se relacionan con la administración de justicia, conocían la naturaleza y alcance de los tipos penales que son utilizados con frecuencia para sancionar a quienes ejercen el derecho a expresarse en protestas públicas. También llama la atención que según la teoría del caso presentada por el fiscal, relacionada a que en la manifestación participaron 150 personas, el proceso judicial y las detenciones se practicaron en contra de quienes, según los testimonios policiales, «incitaban» a los manifestantes a protestar y a resistir en defensa del agua, y a quienes la sentencia de segunda instancia adjudica la calidad de «dirigentes». Esta prueba fue la que cobró más peso.

Sobre el segundo elemento de reflexión, se identifica un elemento sui generis en la parte resolutive de la sentencia emitida en la etapa de apelación por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay: esta, a diferencia del fallo de instancia, estableció la responsabilidad de los tres dirigentes indígenas en el delito de obstaculización de vías públicas y se resolvió condenarlos a un año de prisión correccional a cada uno de ellos. Sin embargo, por la motivación altruista y social de los sujetos activos del derecho a la resistencia, los jueces de segunda instancia aplicaron en beneficio de los

219 Devis Echandía, *Requisitos para la existencia jurídica, la validez y eficacia probatoria del testimonio de terceros*, t. II (Bogotá: ABC, 2000), 30.

procesados la figura de «atenuante trascendental» y, por tanto, se rebajó drásticamente la pena impuesta a ocho días:

[A]cepta el recurso de apelación presentado por la Fiscalía, revoca la sentencia subida en grado, e impone a los procesados [...], autores y responsables del delito de obstaculización de vías públicas, tipificado y sancionado en el art. 129 del Código Penal, la pena de un año de prisión correccional para cada uno de ellos [...]. Pero en consideración de las condiciones humanas de los procesados, esto es, *por tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad, y que las motivaciones para su inconducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria del Portete, en defensa del agua que para esta Sala constituye ATENUANTE TRASCENDENTAL*, que consta en el art. 74 del Código Penal [...]. En consecuencia, se aplica el art. 73 del Código Penal, imponiéndoles la pena de ocho días de prisión únicamente, para cada uno de ellos.²²⁰

Este fallo, expedido en 2011, por ser el primero en condenar a tres dirigentes indígenas que participaron en una protesta social que buscaba resistir al Proyecto de Ley de Aguas, es un caso emblemático porque, hasta la fecha, en el país no existe otro proceso judicial en el que los jueces hayan desarrollado un razonamiento como el reseñado —las motivaciones de inconducta fueron de carácter altruista y social en defensa del agua— o en el que se haya aplicado la figura del «atenuante trascendental» para disminuir la pena prevista para diferentes tipos penales por los que se condena a los participantes de una protesta social.

Del mismo modo, el contenido de la sentencia de segunda instancia permite pensar que los fundamentos de los administradores de justicia para acusar a Carlos Pérez Guartambel, Ángel Federico Guzmán y Efraín Reinaldo Arpi son bastante limitados, lo que puede ser tomado como un ejemplo que demuestra que los fiscales y jueces, al sostener que en estos casos existe una vulneración a la ley, simplemente buscaron enmarcar determinado acto de protesta —bloqueo de la vía pública Panamericana Sur, interrumpiendo el tránsito vehicular con la quema de neumáticos, de palos y piedras— en un tipo penal contenido en el art. 129 del código penal vigente en esa época, sin considerar los componentes políticos que giraron alrededor de las diferentes acciones.

220 Ecuador Azuay Sala de lo Penal, «Sentencia de Apelación», 239. Énfasis añadido.

Con ese argumento, conforme a lo señalado en este estudio, se puede estar dejando de lado a un razonamiento que involucre una visión comunitaria y una noción deliberativa de la democracia, pues los actos de manifestación resultan plenamente justificados cuando, en una sociedad democrática, no es posible participar en un «proceso de discusión colectiva que busca que todos y especialmente aquellos que resultarían más afectados por las decisiones que se toman formen parte de la misma».²²¹ Debe recordarse que los sujetos activos en el caso Kimsakocha resistieron al Proyecto a la Ley de Aguas, el cual no habría sido socializado con los moradores del sector Kimsakocha, porque este constituía una amenaza para sus derechos constitucionales al agua, a la salud, a una vida digna, entre otros.

Es importante resaltar que los operadores de justicia deben recordar que no es admisible cualquier tipo de limitación a la invocación del derecho a la resistencia, pues al ser un derecho que se manifiesta en la protesta pública y que tiene vinculación con otros derechos —libertad de expresión, reunión, asociación y manifestar libremente, a criterio de la CIDH— únicamente puede admitirse una restricción al derecho a la protesta social pacífica cuando resultare necesario proteger otro bien jurídico o derecho de mayor relevancia, como es el derecho a la vida e integridad personal.²²² En especial porque «la participación de las sociedades por medio de la manifestación pública [...] como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho»,²²³ y esto, claro, proporcionalmente.

En el presente proceso penal no se observa que la sala, en la motivación de su fallo, haya considerado los estándares de los derechos de libertad de expresión, asociación y reunión señalados por la Corte IDH y por la CIDH; al contrario, solo se aprecia un análisis meramente legal que —basado en las pruebas testimoniales que podrían ser cuestionadas por lo mencionado y podrían vulnerar el derecho a la seguridad

221 Gargarella, «El derecho frente a la protesta social», 34.

222 Salazar, «El derecho a la protesta social», 101.

223 Corte IDH, «Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)», *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*.

jurídica— resolvió declarar culpables a los tres procesados del delito de obstaculización de la vía pública.

Es necesario un ejercicio de ponderación que permita a los administradores de justicia establecer una solución solo para la controversia en particular, pues resulta imposible prever la solución del mismo conflicto en otros procesos futuros. Esta necesidad nace del hecho que uno de los principales problemas de los juicios penales —iniciados contra los sujetos activos de la invocación a la resistencia colectiva— se centró en la confrontación de los derechos de las personas que forman parte de los actos de resistencia en la protesta social y de quienes no lo son, lo cual no puede solucionarse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos, sino usando las características propias de cada caso.

3. RECAPITULACIÓN

A manera de conclusiones parciales dentro de este tercer capítulo, se presentan algunas reflexiones que recogen ciertos elementos de la invocación del derecho a la resistencia colectiva, que fueron analizados en el proceso penal del caso Kimsakocha, con objeto de proponer una posible lectura de la invocación de este derecho—garantía sui generis en nuestro país.

- En el contexto social ecuatoriano, las invocaciones del derecho a la resistencia colectiva en los diferentes actos de protesta pública se caracterizan porque los sujetos activos de la resistencia son, en su mayoría, las fuerzas sociales, entre otros, «dirigentes indígenas», ya que estos actos están relacionados principalmente con cuestiones como la protección al agua, naturaleza y con los conflictos que se generan en las comunidades debido a los efectos negativos de las diferentes actividades extractivistas.
- Los sujetos que están invocando el derecho a la resistencia colectiva —tres dirigentes indígenas—, de manera equivocada consideraron como fenómenos similares a la resistencia y a la desobediencia civil en sus alegaciones procesales. Esta interpretación sobre que la resistencia tiene un concepto amplio que en determinadas ocasiones puede confundirse con otras formas que puede abarcar a estas, como la desobediencia civil, insurrección, rebelión, y porque no se considera que ciertos actos de resistencia

colectiva pueden estar acompañados de actos de violencia, aspecto que no sería propio de la desobediencia civil, pues esta se caracteriza por la ausencia de violencia.

- Para los policías, fiscales y administradores de justicia que participaron en la sustanciación de este juicio penal, los actos de protesta social en los que se invoca el derecho a la resistencia colectiva pueden ser sancionados cuando los mecanismos utilizados por quienes participan en la protesta social son violentos. Dentro de medios violentos se entiende a los actos de obstaculización de la vía pública —Panamericana Sur, sector la Y—, con la quema de neumáticos, con troncos y piedras.
- El argumento de los operadores de justicia dentro de los juicios penales iniciados contra dirigentes indígenas —sobre los actos de obstaculización de la vía pública, ejecutados invocando el derecho a la resistencia— resultan criminalizados si se los entiende como actos que rompen el orden y vulneran el derecho a la libertad de tránsito de terceros ajenos a la protesta. Esto puede considerarse como un elemento que permite pensar que existe una comprensión sobre unos límites cerrados o estrechos del derecho de protesta social, en especial porque en Ecuador la forma más tradicional de llevar a cabo manifestaciones sociales es por medio del bloqueo de calles y vías públicas.
- Los cambios del tipo penal —que serían una práctica común dentro de los diferentes procesos judiciales en los que se pretendería juzgar a ciudadanos detenidos por participar en una protesta social e invocar el derecho a la resistencia colectiva— pueden ser consecuencia de la falta de elementos probatorios que permitan verificar la existencia del delito y la responsabilidad de los procesados; o como en el caso Kimsakocha, lo que se pretendió es que hechos menores —como el bloqueo de la vía pública con la quema de neumáticos, con piedras o con palos— puedan ser sancionados con graves tipos como sedición, sabotaje o terrorismo.
- Los fallos de los procesos penales iniciados contra los resistentes encuentran su motivación solo en temas de mera legalidad —pruebas testimoniales que evidencien la participación de los protestantes en ciertos actos de violencia—, pues lo que se busca es adecuar una conducta —obstaculización de la vía

pública— con un tipo penal, para dejar de lado un razonamiento que involucre una visión comunitaria y una noción deliberativa de la democracia, en especial porque los actos de manifestación resultan plenamente justificados cuando, en una sociedad democrática, no es posible participar en un proceso de discusión colectiva.

- El argumento «por tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad y que las motivaciones para su conducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria del Portete, en defensa del agua que para esta Sala constituye *atenuante trascendental*» podría evidenciar que, en el caso analizado, los operadores de justicia no contaban con todos los elementos de convicción necesarios para considerar que los tres procesados eran responsables del tipo por el cual se les acusaba. Asimismo, puede tomarse como un precedente que pretende criminalizar los actos de protesta, con objeto de disuadir a quienes ejercen el derecho a la resistencia colectiva por medio de la protesta social.
- El «aparente conflicto de derechos» observado en el caso Kim-sakocha es uno de los principales problemas de los diferentes juicios penales iniciados contra los sujetos activos de la invocación a la resistencia colectiva, el cual no puede resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos, sino que es necesario un ejercicio de ponderación que permita a los administradores de justicia establecer para cada caso una solución motivada en disposiciones constitucionales, en la jurisprudencia internacional, doctrina y en especial en los estándares internacionales respecto a la libertad de expresión y protesta social. Solo de esta manera se garantiza el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso de todo procesado.

CONCLUSIONES

A diferencia de la carta magna de 1998, la Constitución de Montecristi se caracteriza porque supone una profundización de los mecanismos participativos del sistema político del país, lo que permite, por tanto, una participación ciudadana mucho más amplia, renovada y, sobre todo, mejor articulada con el Estado. En este sentido, se puede incluir en el grupo amplio de derechos de participación al *derecho a la resistencia* (art. 98) que, situado en la parte organizativa —concretamente en el título IV («Participación y organización del poder»), capítulo I («Participación en democracia»), sección segunda («Organización colectiva») de la Constitución—, se encuentra positivizado como un derecho que tienen los individuos y colectividades frente a actos u omisiones de los poderes públicos o personas no estatales, cuando se lesionen o puedan lesionar derechos constitucionales o para la demanda de nuevos derechos.

Sin embargo, respecto a la construcción doctrinaria del derecho a la resistencia existen dos fases: la primera es la de una tradición iusnaturalista y la segunda es la de una formalización declarativa en diferentes ordenamientos. Su inserción en la Constitución ecuatoriana no estableció de manera clara y expresa los límites democráticos que deberían ser observados frente a los diferentes actos ejecutados al invocar el derecho a la resistencia colectiva que se manifiesta en la protesta social. Esta también tiene conexión con los derechos a la libertad de expresión,

asociación, manifestación y reunión, que no solo gozan de protección constitucional sino también internacional —Corte IDH y CIDH—.

En el ordenamiento constitucional ecuatoriano, el derecho a la resistencia colectiva debe ser entendido como un derecho-garantía de tipo *sui generis* con un contenido singular, pues puede presentar un carácter reactivo, dado que sus titulares lo activan para prevenir o evitar violaciones a sus derechos constitucionales; así también por ser proactivo: con su invocación se pueden reclamar nuevos derechos que pueden o no estar conectados con los derechos vulnerados con una acción u omisión. Del mismo modo, tiene un carácter no jurisdiccional e inorgánico porque el ejercicio de la resistencia colectiva depende exclusivamente de la voluntad del soberano y, por tanto, ninguna institución estatal puede tener a su cargo la administración o control de los diferentes actos de invocación de este derecho constitucional. Además, ningún procedimiento establecido o por establecerse puede regular los actos de resistencia, en razón de que se está frente a una garantía imprecisa, en el sentido de abstracción de una norma general, pero con una estructura que se constituye de manera diferente en el momento preciso de su ejercicio. Asimismo, debido a su misma naturaleza, no resulta conveniente que exista una regulación de este derecho.

De la misma manera, el derecho a la resistencia colectiva presenta también un carácter de no subsidiario de los derechos constitucionales, especialmente porque el contenido del art. 98 no impone el agotamiento de ninguna vía previa de protección para su invocación. Estas características se confieren a los individuos y colectivos para defender sus derechos frente a acciones u omisiones de poderes públicos o de particulares que vulneren o puedan vulnerar sus derechos; son el producto del reconocimiento que realiza el constituyente ecuatoriano acerca de que este derecho constitucional, que es bastante amplio y generoso, y constituye una plasmación del principio *pro actione* y del mandato interpretativo *favor libertatis* del art. 427 del texto constitucional.

El concepto del derecho a la resistencia colectiva, que está caracterizado por ser amplio, en determinadas ocasiones puede confundirse con otras formas de acción colectiva, como la insurrección, desobediencia civil y objeción de conciencia. Por ello, se debe considerar que las invocaciones a la resistencia colectiva, además de ser actos públicos y colectivos, distan mucho de estas, pues, como se ha demostrado en este

estudio, siguen siendo fenómenos que comparten algunos elementos y cada uno tiene carácter específico. Además de un fenómeno, la resistencia es un acto jurídico con las características antes mencionadas.

Lo manifestado se observa en el juicio del caso Kimsakocha, pues los sujetos activos del derecho a la resistencia colectiva —dirigentes sociales indígenas— de manera equivocada en sus alegaciones procesales, consideraron como fenómenos similares a la resistencia colectiva y a la desobediencia civil, olvidando que ciertos actos de invocación a la resistencia colectiva —obstaculización de la vía pública con la quema de neumáticos, con piedras o palos— están acompañados de actos violentos.

Una comprensión sobre unos límites cerrados y débiles del derecho a la protesta social puede conducir a pensar que existe en torno a esta un conflicto de derechos constitucionales en Ecuador, pues desde una visión del Gobierno y de los operadores de justicia, los actos de obstaculización de las vías públicas —forma más tradicional de llevar a cabo las protestas sociales, ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva— resultan criminalizados si se los entiende como actos que rompen el orden y que, por tanto, vulneran el derecho de terceros ajenos a la protesta, y pasan a ser entendidos, en las primeras etapas de los procesos penales iniciados contra los resistentes, como un delito de sabotaje, terrorismo o de ataque o resistencia; de ahí la discusión de la pregunta: ¿hay un choque de paradigmas?

Tras la revisión del proceso penal de Kimsakocha, se puede considerar que varios fallos emitidos en los procesos penales, iniciados contra quienes invocaron el derecho a la resistencia colectiva en actos de protesta social, encontraron motivación solo en temas de mera legalidad, como la simple valoración de pruebas testimoniales aportadas por la Fiscalía. Lo que se buscó fue adecuar una conducta —obstaculización de la vía pública— con un tipo penal, dejando de lado un razonamiento que involucrara una visión comunitaria y una noción deliberativa de la democracia, en especial porque los actos de protesta resultan plenamente justificados cuando, en una sociedad democrática, no es posible participar en un proceso de discusión colectiva.

Finalmente, al ser el «aparente conflicto de derechos constitucionales» uno de los principales problemas de los diferentes juicios penales iniciados contra los sujetos activos de la invocación a la resistencia

colectiva, este no puede ser resuelto utilizando criterios de solución estándar de los conflictos de tipo formal, sino que es necesario un ejercicio de ponderación que permita a los administradores de justicia establecer los límites del derecho a la resistencia y para cada caso una solución motivada en disposiciones constitucionales, según la jurisprudencia internacional, doctrina y en especial en la observancia y aplicación de los estándares internacionales, respecto a la libertad de expresión y protesta social. Solo de esta manera se garantiza el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso de todo procesado y, lo más importante, se evita que ciertos actos de protesta social en los que se invoca el derecho a la resistencia colectiva terminen siendo criminalizados con graves tipos penales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, Rafael. «La Constitución y la desobediencia civil como proceso en la defensa de los derechos fundamentales». *Criterios Jurídicos* 1, n.º 6 (2006): 93-114. <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/254/1011>.
- Albán, Ernesto. *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte Especial*. Quito: Ediciones Legales, 2012.
- Alemania. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Traducción de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommerman. Boletín Oficial Federal 1, 23 de mayo de 1949. Actualizada hasta octubre de 2010. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- . *Derechos sociales y ponderación*. Ciudad de México: Fontamara, 2010.
- . «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad». En *El canon neo-constitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 102-14. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Arana, Marco. «El derecho a la resistencia y la criminalización». Ponencia presentada en el Encuentro Latinoamericano Defensores/as de la Naturaleza frente a la Criminalización de la Protesta, Quito, 2 de julio de 2009. http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=258%3Amemoria&Itemid=144.
- Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*. Boletín Oficial 27 959, 23 de agosto de 1994.
- . *Código Penal de la Nación Argentina*. Ley 11.179. Texto ordenado en Boletín Oficial s/n 16 de enero de 1985. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#1>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. «Presentación». En *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 7-9. Quito: UASB-E / Corporación Editorial Nacional, 2012.
- Badeni, Gregorio. «La convivencia democrática». *La Ley* 65, n.º 179 (2001).
- Balibar, Étienne. *Droit de cité*. París: Quadrige / PUF, 2002.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Bidart, Germán. *Manual de la constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la política*. Quito: Fondo de Cultura Económica, 2012.

- Canosa, Raúl. «El derecho de resistencia: Evolución histórica; Esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana». En *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, editado por Antonello Tarzia y Raúl Canosa, 37-68. Guayaquil: Poligráfica, 2011.
- Carré, Malberg. *Teoría general del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / UNAM, 1998.
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54.
- . *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010: Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. 7 de marzo de 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5.
- . *Informe sobre la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 Rev. 1. 7 de marzo de 2006. <http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm>.
- . «Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión». OEA, 25 de febrero de 2009. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html.
- Corte IDH. «Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)». *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. 5 de febrero de 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.
- . «Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas)». *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. 6 de febrero de 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.
- . «Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)». *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2 de julio de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.
- . «Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)». *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. 31 de agosto de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.
- . «Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)». *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. 19 de septiembre de 2006. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.
- . «Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)». *Caso Kimel vs. Argentina*. 2 de mayo de 2008. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

- . «Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)». *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. 27 de enero de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf.
- . «Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)». *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. 20 de noviembre de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf.
- Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- . «Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo en los tribunales». En *El canon neoconstitucional*, editado por Leonardo García. Madrid: Trotta, 2010.
- Echandía, Devis. *Requisitos para la existencia jurídica, la validez y eficacia probatoria del testimonio de terceros*, t. II. Bogotá: ABC, 2000.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Código Penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52. 22 de octubre de 2009.
- Ecuador Asamblea Constituyente Mesa Constituyente n.º 2. «Acta 053-A». 27 de mayo de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional. «Sentencia 034-13-SCN-CC». En *Caso n.º 0561-12-CN*. 30 de mayo de 2013. Registro Oficial 42, Suplemento, 23 de julio de 2013.
- . «Sentencia n.º 067-12-SEP-CC». En *Caso n.º 1116-10-EP*. 27 de marzo de 2012. Registro Oficial 728, Suplemento, 20 de junio de 2012.
- Ecuador Defensoría del Pueblo. «Informe temático: Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador; Desafíos para un Estado constitucional». INREDH. Consultado enero de 2013. http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf.
- Ecuador Juzgado Cuarto de Trabajo del Guayas. «Sentencia». En *Juicio n.º 0855-12*. 24 de agosto de 2012.
- Ecuador Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca. «Acta de Audiencia de Calificación de Flagrancia». En *Juicio n.º 758-2010*. 4 de mayo de 2010.

- . «Parte policial flagrancia». 4 de mayo de 2010.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito. «Acta de Audiencia Reservada». 8 de agosto de 2011.
- . «Sentencia de Apelación». En *Juicio n.º 128-2011*, 10 de agosto de 2011.
- El Comercio. «Los campesinos alistan otras marchas». *El Comercio*. 8 de mayo de 2010. <http://elcomercio.com/201005/08/NoticiasSecundarias/EC100508p5SEGUIMIENTOINDIO.asp>.
- El Salvador. *Constitución de la República de El Salvador*. Diario Oficial 102, 16 de diciembre de 1983. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_slv_constitucion.pdf.
- Elizalde, Marco, y Javier Flores. «El derecho a la resistencia en el constitucionalismo ecuatoriano: Análisis jurídico para una interpretación integral de este derecho garantía». En *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, editado por Antonello Tarzia y Raúl Canosa, 101-122. Guayaquil: Poligráfica, 2011.
- España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado 281, 24 de noviembre de 1995. BOE-A-1995-25444.
- Estados Unidos. *La Declaración Unánime de los Trece Estados Unidos de América*. 4 de julio de 1776. <https://www.uv.es/ivorra/Historia/SXVIII/Declaracion.html>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- Ferreya, Gustavo. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*. Buenos Aires: Ediar, 2001.
- Francia. «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen». En *Acte constitutionnel du peuple français avec le Rapport, la Déclaration des droits, et le Procès-verbal de inauguration*, 17-26. París: De l'imprimerie de Didot Jeune, 1793. Musée des Archives nationales, AE/I/10/4, <http://www2.culture.gouv.fr/Wave/image/archim/Pages/02292.htm>.
- Franco Ferrari, Giuseppe, y Antonello Tarzia. «Derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo: El particular caso ecuatoriano». En *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, editado por Antonello Tarzia y Raúl Canosa, 13-35. Guayaquil: Poligráfica, 2011.
- Gargarella, Roberto. *El derecho a la protesta: El primer derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.
- . «El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema». En *El derecho a resistir el derecho*, coordinado por Roberto Gargarella, 13-48. Madrid: Miño y Dávila, 2005.
- . «Entre el derecho y la protesta social», *Ecuador Debate*, n.º 83 (2011): 75-94.

- . «El derecho frente a la protesta social». En *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 31-45. Quito: UASB-E / Corporación Editorial Nacional, 2012.
- . Entrevistado por Esteban Rodríguez. «No hay democracia sin protesta: Las razones de la queja». *Miguel Carbonell*. Accedido 14 de agosto de 2018. www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/No_hay_derecho__sin__protesta._Entrevista_a_Roberto_Gargarella.pdf.
- Genco, Ernesto. «Los “piquetes” en la doctrina de la Cámara Nacional de Casación Penal». *Diario Judicial*. 16 de julio de 2010. <http://www.diariojudicial.com/nota/11884>.
- González, Miguel. «La participación ciudadana como alternativa de gobierno». *Aportes Andinos: Revista de derechos humanos*, n.º 14 (2005): 1-5. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/762>.
- Grecia. *Constitución de la República de Grecia*. 9 de junio de 1975. <http://roble.pntic.mec.es/jmonte2/ue25/grecia/grecia.pdf>.
- Guastini, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación*. Madrid: Trotta, 2008.
- Guzmán, Aníbal. *Diccionario explicativo de derecho penal*, t. II. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1989.
- Habermas, Jürgen. *Factibilidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos en teoría del discurso*. Barcelona: Trotta, 1998.
- . *La inclusión del otro: Estudios sobre teoría política*. Barcelona: Trotta, 1999.
- Hernández, Miguel. *El derecho constitucional a la resistencia: ¿Realidad o utopía?* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Lituania. *Constitución de la República de Lituania*. 2 de noviembre de 1992. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/lt/lt045es.pdf>.
- Marcone, Julieta. «Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas». *Andamios: Revista de Investigación Social*, n.º 10 (2009): 39-69. <https://www.uacm.edu.mx/andamios/anteriores#lt-4115340-andamios-no-10-abril-2009>.
- Montaña, Juan. «Apuntes sobre teoría general de la garantías constitucionales». En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, editado por Juan Montaña y Angélica Porras, t. 2, 23-36. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Cedec, 2011.
- Morales, Juan Pablo. «Los nuevos horizontes de la participación». En *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 155-200. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Muguerza, Javier. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1989.

- Murillo, Carol. «El viacrucis político y mediático de la protesta social en el Ecuador». En *Vamos a portarnos mal: Protesta social y libertad de expresión en América Latina*, editado por Eleonora Rabinovich, Ana Lucía Magrini y Omar Rincón, 175-189. Bogotá: Centro de Competencia en Comunicación para América Latina / Friedrich Ebert Stiftung, 2011.
- Navas, Marco. «Derechos a la comunicación y teorías de la democracia: Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano». En *Libertad de expresión: Debates, alcances y nueva agenda*, editado por María Paz Ávila, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez, 97-116. Quito: Unesco, 2011.
- . *Lo público insurgente: Crisis y construcción de la política en la esfera pública*. Quito: Quipus / Ciespal, 2012.
- . «Estado constitucional y derecho de participación: Una aproximación al modelo ecuatoriano». Ponencia presentada en la XI Conferencia Internacional de Crítica Jurídica, Ciudad de México, 12 de mayo de 2014.
- Nino, Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- Noguera, Albert. «Participación, función electoral y función de control y transparencia social». En *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, 133-157. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- OEA (Organización de los Estados Americanos). «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)». Doc. 65. 22 de noviembre de 1969. En *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 480-506.
- . *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 1948. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.
- ONU Asamblea General. *Proposición y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. 18 de septiembre de 2015. A/70/371.
- ONU Consejo de Seguridad. *Resolución 1566 (2004)*. 8 de octubre de 2004. S/RES/1566 (2004).
- Ortiz, Luisa. «Desobediencia civil: actos de habla y subjetividad política». En *Umbral de reconciliación, perspectivas de acción política no violenta*, compilado por Freddy Cante y Luisa Ortiz, 197-212. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2005.
- Pásara, Luis. *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Quito: Fundación para el Debido Proceso / Centro de Estudios de Derecho, Justicia

- y Sociedad / Instituto de Defensa Legal, 2014. http://www.dplf.org/sites/default/files/indjud_ecuador_informe_esp.pdf.
- Peces-Barba, Gregorio. «Desobediencia civil y objeción de conciencia». *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5 (1989): 159-76. <https://core.ac.uk/download/pdf/30043454.pdf>.
- Perú. *Constitución Política de Perú*. 31 de diciembre de 1993. <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- Plan V. «De disidentes a delincuentes» (incluye entrevistas con Juan Pablo Albán, Paulina Araujo Granda, Ramiro Ávila Santamaría, Ramiro Román y Luis Saavedra). *Plan V*. 17 de febrero de 2014. <http://www.planv.com.ec/historias/politica/disidentes/delincuentes/pagina/0/3>.
- Portugal. *Constitución de la República Portuguesa*. Diário da República 86, 10 de abril de 1976. <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PORTUGAL-Constitucion.pdf>.
- Ramírez, Franklin. *La insurrección de abril no fue solo una fiesta*. Quito: Abaya-Yala, 2005.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap Press of Harvard U. P., 1999.
- Red Eco Alternativo. *Leyes del terror: Nuevas herramientas para el control de la organización popular*. Buenos Aires: ECO Ediciones, 2007. www.redeco.com.ar/descargas/send/2-documentos/33-libro-lt.
- Salazar, Daniela. «El derecho a la protesta social en el Ecuador: La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías». En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, compilado por Eduardo Andrés Bertoni, 101-43. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- Sociedad de Naciones. *Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo*. 16 de noviembre de 1937. Official Journal of the League of Nations 19. C.546.M.383.937.V. <https://www.wdl.org/es/item/11579/>.
- Sousa Santos, Boaventura de. «Los nuevos movimientos sociales». *Observatorio Social de América Latina*, n.º 5 (2001): 177-84. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110210064540/osal.pdf>.
- Torres, Bolívar. «El derecho internacional público frente al delito de terrorismo». *Revista Afese* 47 (1998). <http://www.afese.com/img/revistas/revista47/deliteterror.pdf>.

- Trujillo, Rodrigo, y Mélida Pumalpa. «El derecho a la resistencia». En *Criminalización de los defensores y defensoras de derechos humanos en Ecuador*, editado por Sandra Naula. Quito: INREDH, 2011.
- Ugartemendía, Juan. «El derecho a la resistencia y su “constitucionalización”». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 103 (1999): 213-45. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27541>.
- United States Holocaust Memorial Museum. «La resistencia dentro de Alemania». *United States Holocaust Memorial Museum*. Accedido 15 de agosto de 2018. <http://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007751>.
- Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial Extraordinaria 36 860, 30 de diciembre de 1999.
- Viveros, Alejandro. «El sabotaje como intuición filosófica: Una perspectiva hermenéutica desde América colonial». *Revista Mutatis Mutandis* 5, n.º 2 (2012): 334-69.
- Zaffaroni, Eugenio. «Derecho penal y protesta social». En *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 13-29. Quito: UASB-E / Corporación Editorial Nacional, 2012.
- Zalaquett, José. «La desobediencia civil en John Rawls y la ética de medidas de excepción y de medidas extremas». *Derecho y Humanidades*, n.º 12 (2006): 121-32. <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16201/16742>.
- Zimmerman, Joseph. *Democracia participativa: El resurgimiento del populismo*. Ciudad de México: Limusa, 1992.



La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar —creada en 1985 por el Parlamento Andino— es una institución de la Comunidad Andina (CAN) y, como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú).

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, la Universidad suscribió un convenio de sede con el Gobierno de Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior de Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad en Ecuador que recibe un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Historia, Letras y Estudios Culturales, y Salud, además del Programa Andino de Derechos Humanos, el Centro Andino de Estudios Internacionales y las cátedras: Brasil-Comunidad Andina, Estudios Afro-Andinos, Pueblos Indígenas de América Latina, e Integración Germánico Salgado.

ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

243	Josefina Torres, <i>El Estado a tu Lado: Una mirada al dispositivo y su discurso</i>
244	Alexandra Ruiz, <i>El cumplimiento de las sentencias de acción de protección en Ecuador</i>
245	Diego Jadán, <i>Independencia judicial y poder político en Ecuador</i>
246	Édison Toro, <i>La armonización normativa comunitaria en el constitucionalismo contemporáneo</i>
247	Gonzalo Vargas, <i>Prácticas fotográficas y kitsch latinoamericano en las obras de Miguel Alvear, Marcos López y Nelson Garrido</i>
248	Andrés Cadena, <i>Vaciar el decir: Hacia una poética de Mario Levrero</i>
249	Felipe Bastidas, <i>La construcción de imposibles en Macedonio Fernández</i>
250	Ángela Castillo, <i>Santa Gema y la construcción de la santidad en la representación mediática</i>
251	Alvaro Vélez Tangarife, <i>Economía política de las drogas en la frontera norte ecuatoriana</i>
252	Andrea Vaca, <i>La figura de delegación en los servicios públicos y en la economía popular y solidaria de Ecuador</i>
253	Tirsa Chindoy, <i>Los kamëntsá y el legado visual de la diócesis de Mocoa-Sibundoy</i>
254	Daniela Solano, <i>Lavado de activos: Ecuador en la mira del GAFI, 2010-2014</i>
255	María Teresa Arteaga, <i>Las cartas de doña Ana Zurita Ochoa: Hacia una subjetividad femenina colonial (Cuenca, siglo XVII)</i>
256	Mirian Amagua, <i>La religión en la narconovela Rosario Tijeras</i>
257	Marcelo Quishpe Bolaños, <i>Educación superior, pueblos indígenas e interculturalidad: La Escuela de Educación y Cultura Andina</i>

El derecho a la resistencia se cuenta entre los múltiples derechos vinculados con la participación social que la Constitución de 2008 reivindica pero no delimita con claridad. El objetivo de este trabajo es identificar y establecer la estructura y ejercicio del derecho a la resistencia colectiva, su alcance y límites. A través del análisis de la normativa nacional e internacional, se determina que debe ser entendido como un derecho-garantía sui generis que individuos o colectivos activan ante actos u omisiones, bien cuando se lesionen o puedan lesionar sus derechos constitucionales, bien cuando se quieran demandar nuevos derechos. Incluso con una definición tan abarcadora, ciertos regímenes han criminalizado acciones ejecutadas bajo este derecho, al entenderlas como actos que «rompen el orden» y vulneran derechos de terceros. En estos casos, se recomienda que los operadores de justicia realicen un ejercicio de ponderación para evitar que se vulneren los derechos constitucionales de las partes.

Mariana Jiménez (Cuenca, 1986) es abogada de los Tribunales de Justicia de la República y licenciada en Ciencias Políticas y Sociales (2009) por la Universidad de Cuenca; magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional (2016) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Pertenece al Grupo de Alto Rendimiento de Cuarto Nivel de la Senescyt. Fue asesora en la Defensoría del Pueblo, Zonal 6 y directora de asesoría jurídica en el Ministerio de Agricultura y Ganadería. Actualmente es asesora en la Corte Constitucional.

