



**UNIVERSIDAD DE CUENCA**  
**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales**  
**Maestría en Derecho Penal**

**Estudio Crítico de los delitos de Desobediencia, Ataque o Resistencia y Rebelión  
previstos en el COIP frente al Derecho de Resistencia.**

Trabajo de titulación previo a  
la obtención del título de  
Magister en Derecho Penal

Autor:

Doctor Miguel Enrique Correa Alvarado

CI: 0300810819

Director:

Doctor Julio Teodoro Verdugo Silva

CI: 0301697280

**Cuenca-Ecuador**

**11/09/ 2019**



## Resumen

El derecho de Resistencia y su incorporación en el Artículo 98 de la Constitución de Montecristi ha despertado polémica y muchas interrogantes dado el carácter ambiguo y desmesurado en que aparece concebido. Su aceptación como un derecho individual y colectivo que reviste protección estatal, implicaría la existencia de un desarrollo normativo o jurisprudencial que lo acante o delimite en cuanto a su real y efectivo alcance. Sin embargo, hay un vacío en cuanto a las herramientas que nos permita desentrañar su significado y su tipología. Este trabajo indaga en las constantes tensiones que el Poder político y sus modernas expresiones como son el poder ideológico y económico genera en las democracias constitucionales, en las que la regla de la mayoría entra en crisis cuando hay voces disidentes que lo cuestionen. Cuando fallan los canales institucionales, surge la protesta social que desemboca en la toma de rutas y la resistencia pacífica. El poder reacciona con políticas de tolerancia cero, y con normas que criminalizan la protesta social. Esta tesis contiene un análisis crítico de algunos delitos como el de ataque o resistencia, rebelión y sabotaje que en la práctica anulan el derecho a resistir. El uso de un Derecho Penal del Enemigo, por cierto latente en el COIP, anudado con figuras del Derecho Penal de autor y el llamado de Tercera velocidad, pone en jaque varios principios del Garantismo que defiende Ferrajoli. Lo dicho se refleja en el “*Caso Saraguro*” que confirma la quimera del derecho de resistencia, más cercano a la utopía de un constituyente generoso, aunque desarmado ante *lo políticamente correcto*. Finalmente, el activismo judicial presente en la sentencia de última instancia, abre un nuevo horizonte a este derecho.

**Palabras clave:** *Resistencia. Constitución. Poder. Disidente. Protesta social. Criminalización. Delito. Derecho Penal del enemigo.*



### Abstract

The right of resistance and its incorporation into article 98 of the Ecuadorian constitution of 2008, has raised controversy and many questions given the ambiguous and excessive nature in which it appears conceived. Its acceptance as an individual and collective right, that has state protection, would imply the existence of a normative or jurisprudential development that defines it, in terms of its real and effective scope. However, there is a gap in terms of the instruments that allow us to unravel its meaning and its typology. This work analyzes constant tensions that political power and its modern expressions, such as ideological and economic power, generate in constitutional democracies; in which, majority rule enters into crisis when there are dissenting voices that question it. When institutional channels fail, social protest arises in different ways, like violent track closure or peaceful resistance. Power reacts with zero-tolerance policies, and with norms that criminalize social protest. This study contains a critical analysis of some crimes, such as attack or resistance, rebellion, and sabotage, which, in reality, nullify the right to resist. The use of criminal law of the enemy, certainly present in Ecuadorian criminal code, which integrates sections of the author criminal law and the call of "Third Speed", questions several principles of the Guarantee that Ferrajoli defends. The above is reflected in the "Saraguro Case" which confirms the chimera of the right of resistance, closer to the utopia of a generous constituent, although disarmed before the politically correct. Finally, judicial activism present in the final judgment opens a new horizon for this right.

**Keywords:** *Resistance. Constitution. Power. Dissident. Social protest. Criminalization. Crime. Criminal law of the enemy.*



## Índice

INTRODUCCION .....	6
CAPITULO I.....	14
1. DERECHO Y PODER .....	14
1.1 ¿Qué entendemos cuando decimos derecho? .....	14
1.1.1. Las ficciones en el derecho .....	15
1.1.2. Las Dificultades entre democracia y Constitución.....	16
1.1.3. ¿Existe la uniformidad semántica en el derecho?.....	17
1.1.4. Preferencias e intereses en la construcción del derecho.....	18
1.1.5. Valores, Reglas y normas .....	19
1.1.6. Fuerza, poder y derecho de resistencia.....	21
2. LA TEORÍA TRIALISTA O LA INTEGRACIÓN PLURAL .....	21
2.1. El derecho como hecho, valor y norma .....	21
2.2. Sus dimensiones .....	22
2.3. ¿Y qué son los Repartos? .....	23
3 LA RESISTENCIA .....	25
3.1 Su Origen.....	25
3.2 Su incorporación en la Constitución de Montecristi: .....	29
3.3 El derecho a la Resistencia en el debate de la Asamblea Constituyente 2007-08... 30	
3.4 Su naturaleza y distinción con otras formas de mutación política: La revolución, La reacción; desobediencia civil ; la objeción de conciencia, y, el conservadurismo .....	32
3.5 La resistencia constitucional .....	32
3.6 La Revolución .....	36
3.7 La Reacción y el Conservadurismo.....	37
3.8 La desobediencia civil y la objeción de conciencia.....	38
3.9 La objeción de conciencia .....	39
3.10 El derecho de resistencia ¿Es una Antítesis radical del ordenamiento jurídico? Los argumentos en pro y en contra .....	40
CAPITULO II .....	44
1. Nueva paradoja: En el discurso: Garantías y Derecho penal del Ciudadano. En la Realidad: Derecho Penal del Enemigo y de Autor.....	44
1.1 El derecho Penal del Enemigo.....	45
1.2 Características del Derecho Penal del Enemigo .....	47
1.3 ¿El DPE es de Tercera Velocidad?.....	47



1.4	El Derecho Penal de Autor (DPA) y La Construcción de Arquetipos desde el Poder	48
2.	Aproximación Dogmática y bienes jurídicos protegidos en los delitos de Incumplimiento de órdenes legítimas de autoridad. Ataque o Resistencia. Rebelión y Paralización de un servicio público .....	50
3.	Incumplimiento de órdenes de autoridad (La desobediencia) .....	52
3.1	Bien Jurídico Protegido y sujetos que intervienen: .....	53
3.2	Su materialidad.....	53
4	El Delito de ataque o Resistencia: .....	56
4.1	Introducción a esta forma de delincuencia .....	56
4.2	Bien jurídico protegido.....	57
4.3	Tipo Básico: Sujetos intervinientes y materialidad .....	57
4.4	Los Tipos Agravados .....	58
4.5	El Tipo Penal Agravado. Dificultades en el Resultado .....	59
4.6	Estudio Comparado: .....	61
5	LOS DELITOS CONTRA LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL:	65
5.1	Comentario sobre los delitos políticos .....	65
5.2	Criterios para tipificar del delito Político .....	66
5.3	La Paralización del Servicio Público.....	67
5.4.3	Bien jurídico protegido, tipo objetivo y subjrtivo: .....	69
5.4.4	Consumación y Agravante .....	70
5.4.5	Tipo penal de Tercera velocidad. Vulnera el derecho a la Resistencia .....	70
5.4	El delito de rebelión .....	71
5.4.1	Bien Jurídico Protegido, la conducta típica. Tipo básico y agravados .....	72
5.4.2	Conducta: la consumación extingue al delito.....	73
5.4.3	Participantes .....	73
5.4.4	Problemas de antijuridicidad: El Error .....	74
	CAPITULO III .....	76
1.	EL DERECHO PENAL EFICIENTE EN EL COIP .....	76
1.1	Las recetas eficientistas: .....	77
2.	DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL .....	80
3.	Problemas que genera la ambigua taxatividad de algunas conductas frente a la protesta social .....	82
4.	El Caso: Los 29 de Saraguro y otras reivindicaciones .....	83
4.1	El fallo en la Corte Nacional. El Activismo Judicial.....	85
5.	El “Fracaso” de la Resistencia en la práctica Judicial .....	88
	IV CONCLUSIONES .....	89
		5



### Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

---

Miguel Enrique Correa Alvarado. En calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “Estudio Crítico de los delitos de Desobediencia, Ataque o Resistencia y Rebelión previstos en el COIP, frente al Derecho de Resistencia”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 11 de septiembre de 2019

Miguel Enrique Correa Alvarado

C.I: 0300810819



### Cláusula de Propiedad Intelectual

---

Miguel Enrique Correa Alvarado, autor del trabajo de titulación "Estudio Crítico de los delitos de Desobediencia, Ataque o Resistencia y Rebelión previstos en el COIP, frente al Derecho de Resistencia ", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor

Cuenca, Septiembre 11 de 2019

---

Miguel Enrique Correa Alvarado

C.I.: 0300810819



## AGRADECIMIENTO

Para este trabajo tengo una enorme deuda de gratitud con varias personas que me ayudaron y apoyaron.

En primer Lugar, con mi director Teodoro (Toyo) Verdugo Silva un destacado maestro, que conjuga juventud y experiencia, una dualidad difícil de encontrar. Con él, intercambiamos ideas, hizo sugerencias para no dispersar los temas debatidos, y siempre estuvo compartiendo artículos y libros de interés. Uno de sus ensayos inserto en la publicación denominada: “*Tensiones y Contradicciones de la democracia ecuatoriana*” lo revise para el primer Capítulo. Sus comentarios y lecturas fueron acertadas y oportunas.

A mis colegas Juan Peña Aguirre y Andrés Martínez Moscoso, distinguidos profesores en la Maestría y lectores de este trabajo, por sus enseñanzas en las técnicas de Grafología y de la Metodología de la Investigación, respectivamente. Andrés me enseñó a *bucear* y encontrar los artículos y revistas que requería. Mi agradecimiento alcanza además a otros docentes de la querida Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, como Diego Martínez y Ximena Endara. Al profesor Iván Meini, quien *vino, vio y dictó*

A María Isabel Carpio Arizabala, Coordinadora de la Maestría y una gran comunicadora

A mi amigo Mauricio José Vintimilla Rodríguez, su pasión es la Filosofía y el derecho. Su arma, la palabra que en él es excelsa. Su único compromiso: la razón. Con él, hace ya varios años fundamos un pequeño barquito sin capitanes llamado *DIKE*, que hoy cobija a varios tripulantes en donde sobran los arrestos. Con Mauricio, reflexionamos y debatimos el tema, pues la Resistencia incrustada en el texto constitucional tiene un carácter auto contradictorio. Para el primero y Tercer Capítulo, sus libros – siempre al alcance, leídos, rotulados y marcados que, es como él les rinde homenaje– me sirvieron mucho.

A mi hijo político, Daniel Cordero Moreno, por su ayuda en los temas relacionados a la computación y al Inglés. Finalmente, María Belén Molina Martínez, por su valioso apoyo y compromiso con DIKE. Su ayuda fue importante, sobre todo en el tramo final de este trabajo.





Para  
Carolina, Santiago José y Juan Pedro  
*Mis queridos hijos*

A Marcia,  
*A su lado, las palabras son sencillas*  
*Las rosas cobran vida,*  
*El mar vuelve a ser*



*“La democracia es una superstición muy difundida, un abuso de la estadística”*

**Jorge Luis Borges.**

*“Ungida por la luz de la idea, es filosofía en acción, crítica convertida en acto, violencia lúcida. Popular como la revuelta y generosa como la rebelión, las engloba y las guía. Revolución designa a la nueva virtud: la justicia”*

**Octavio Paz**



## INTRODUCCION

Una de las disposiciones que más polémica ha suscitado en la Constitución de 2008 es el llamado “derecho a la resistencia” previsto en el artículo 98. Mucha reflexión plantea el texto. Así pues: (i) la resistencia es un derecho que recae no sólo en los individuos sino en colectivos que forman parte de la sociedad (ii) siendo un derecho, goza de los mecanismos de protección estatal previstos en el art. 11 de la Constitución, esto es de directa e inmediata aplicación, incondicionalidad, justiciabilidad e irrenunciabilidad (iii) La resistencia a los actos y omisiones del poder público, es decir, de la autoridad tienen o no un límite (iv) es un hecho extrajurídico o un derecho que requería ser regulado por el Estado (v) si su protección incluye “demandar el reconocimiento de nuevos derechos”, cuál es el órgano competente para conocer esas demandas. (vi) Esa resistencia debe ser pacífica o puede también ser violenta.

De otro lado, este derecho de tradición iusnaturalista, propio de los filósofos liberales como John Locke y Althusius, surgió en un contexto histórico donde los poderes legítimos mudaban súbitamente en ilegítimos por la voluntad autoritaria de príncipes y soberanos que con poderes omnímodos violaban el contrato social firmado con el pueblo; lo que legitima a éste a rebelarse, pudiendo incluso matar a aquel tirano que usurpaba el mando, según predicaban los monarcómacos protestantes y católicos que justificaban a los rebeldes.

Sin embargo, el advenimiento del Estado Moderno y la gesta de las revoluciones liberales, marcaron la impronta de los principios de libertad, igualdad y fraternidad que fueron plasmados en las primeras Constituciones. El posterior desarrollo de sociedades democráticas provocó que—desde la propia constitución—se incorporen una serie de mecanismos que limitan al poder político; así como la creación de las Cortes Constitucionales que controlan el respeto del ordenamiento jurídico en general y su correspondencia con la Constitución, como norma suprema. Estas son razones que prácticamente jubilaron al viejo derecho de resistencia.

No obstante, la realidad ha demostrado que determinadas mayorías políticas pueden cooptar las Instituciones de garantía, convirtiendo a la democracia en una quimera; lo que ha provocado que *existan* nuevas razones para pensar en este derecho que se traduce en la protesta social. Desde su gestación la resistencia vive una relación agonal con el poder que, en respuesta, recurre a mecanismos para sofocarla. Uno de estos instrumentos es el Derecho Penal, cuya especificidad es la violencia y la coacción. Sin duda, algunas conductas previstas en el Código Orgánico Integral Penal, como el “corte de rutas” “la paralización de servicios públicos” limitan formas de la protesta ciudadana y la polifonía que son tan necesarias en una democracia.



En este trabajo, en el Capítulo Primero, hago una narración histórica de la resistencia, con el objeto de diferenciarla de otras formas de cambio social, como son la desobediencia civil, la objeción de conciencia, y la revolución. En una investigación sobre su origen, desarrollo y vigencia actual, trato de responder a la pregunta si estamos frente a un hecho *extra legem*, o; si, por el contrario, debería formar parte del ordenamiento jurídico, como *un derecho a resistir el derecho*, con todas las contradicciones que esto supone. Además, siendo la autoridad y el orden jurídico el objeto de la resistencia, creí necesario un abordaje sobre el significado del derecho, su influencia en la sociedad como instrumento de coerción, y su relación con el poder.

El Capítulo Segundo aborda el análisis desde un *point crítico* de algunos delitos incorporados en el COIP bajo la rúbrica: *Contra la Eficiencia de la Administración Pública, y contra la Estructura del Estado Constitucional de derechos* que, como el de desobediencia y ataque a la autoridad; el de sabotaje bajo la forma de “paralización de servicios públicos”, y el de rebelión, esconden conductas difusas que limitan excesivamente del derecho de resistencia.

No podía quedar fuera, el derecho penal del enemigo, el derecho penal de autor, y el de tercera velocidad que forman parte de un sistema autoritario que convive en el COIP en una suerte de bipolaridad con el sistema garantista que la exposición de motivos proclama.

Los problemas que generan la aplicación de estas figuras delictivas, su consumación, las formas agravadas y su excesiva penalidad son descritas y sujetas de crítica, pues han sido utilizadas para criminalizar la lucha social. Ha sido también necesario buscar espejos para compararnos, y en esa línea, se ha hecho un examen comparado con la Legislación española, pero circunscrito al delito de ataque o resistencia a la autoridad, para evaluar el deber y el haber del legislador al momento de redactar las leyes. Mi intención práctica es mejorar esa realidad

Finalmente, en la última parte del Trabajo, hago un diagnóstico diferencial que pone a prueba la relación entre los principios oficiales con la praxis del derecho. ¿Cabe o no el derecho a la resistencia? ¿Y si tiene cabida, por qué entonces no goza de protección judicial como ocurrió en 1997 en el caso “Schifrin” en Argentina; y, en “Saraguro”, al menos al inicio, a mediados del año 2015 en Ecuador? Ambos casos son emblemáticos del cerco que coloca el poder a la protesta, y además desnuda la falacia de un discurso oficial que descalificaba al disidente, y convertía a las víctimas en victimarios.

Ese panorama desalentador, donde no había contención desde las Cortes; sufrió, sin embargo, un giro radical cuando a fines de septiembre de 2018, los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal,



Penal Militar, Penal Policial de nuestra Corte Nacional de Justicia, cortaron ese nudo gordiano que significó el ejercicio autoritario del poder punitivo, y declararon en forma unánime que los procesados en el caso Saraguro, eran inocentes.

Esa sentencia está enmarcada dentro del activismo de la Corte que defiende desde un trabajo estratégico una visión más democrática que brinda protección al crítico y a la protesta social.



## CAPITULO I

### 1. DERECHO Y PODER

#### 1.1 ¿Qué entendemos cuando decimos derecho?

En un libro con un título que seduce: *Saber derecho*, el maestro argentino Ricardo A. Guibourg nos confronta respecto a las distintas interrogantes y respuestas que se han dado acerca de aquella entidad llamada derecho. Para tratar de explicarlo, parte de la mitología griega y de aquel conflicto que creó la Discordia, personificada por Éride, cuando arrojó entre los dioses del Olimpo una manzana que llevaba una inscripción: *A la más bella*.

Tres diosas creían que aquella manzana estaba dirigida a ellas: Atenea, deidad de la sabiduría; Hera, la esposa de Zeus, y Afrodita, representación mitológica del amor. Como el conflicto no pudo ser resuelto por los dioses, Zeus mandó a tan tenaces contendoras ante un pastor de nombre Paris, a quien las diosas no requirieron la decisión en base únicamente al criterio de belleza, sino que cada una de ellas le ofrecieron generosas dádivas que harían flaquear al más honrado de los hombres. Paris, al comienzo se mostró inflexible, pues desdeñó el vasto continente asiático que brindaba Hera; rechazó—también—la prudencia y la victoria en todos los combates que Atenea le aseguraba; en cambio, no resistió la propuesta de Afrodita, que le prometió nada menos que el amor de la bella Helena, esposa del rey de Micenas. Esto inclinó la balanza en favor de Afrodita.

En tal obra, el autor señala que del relato pueden extraerse las siguientes enseñanzas:

Una, que cuando el derecho depende de una decisión subjetiva, ni los Dioses son capaces de apreciarlo con certeza y la Discordia permanece. Otra, que, cuando se encuentra a alguien dispuesto a tomar la decisión, no siempre los argumentos que influyen sobre él son igualmente plausibles. Una tercera que\_ por la misma razón\_ la sentencia rara vez queda exenta de toda sospecha. Y La cuarta, que la administración de justicia, cualquiera que sea la corrección de sus fallos, jamás sale impune de la ira de los poderosos (Guibourg, 2013).

Si tal panorama nos parece desalentador, no debemos echar la culpa a Júpiter ni a Afrodita ni – hablando en Latinoamérica– a ningún “apu”<sup>1</sup>. La mitología es como el espejo histórico-poético del sentimiento un pueblo que, entre otras cosas, expresa sus fidelidades contingentes sobre quien manda y quien obedece, en lo que ellos creen y no los convence, sobre como conviven sus habitantes; sus ritos y como asumen su identidad; no es sino “ el fruto de lo que los hombres deciden, hacen, dicen, se dejan decir y se dejan hacer” (Guibourg, 2013).

---

<sup>1</sup> Espíritu tutelar de una comunidad, según el Diccionario de Americanismos



Al respecto (Adoum, 1998) afirma

El mito de la patria está simbolizado en el héroe, en él se proyectan las aspiraciones más elevadas de la comunidad. Sin él, a la comunidad le falta una dimensión crucial, pues él es su alma [...] Estamos hambrientos de héroes que actúen como modelos, como norma de acción, como ética en carne y hueso. Ernst Becker como se citó en (Adoum, 1998) señala que “La sociedad ha de inventarse alguna manera de permitir que sus miembros se sientan héroes”.

### 1.1.1. Las ficciones en el derecho

Los hombres, desde los orígenes de la humanidad cuentan historias; y por medio de los mitos buscan dar forma al desorden de la experiencia. Nos movemos en base a verdades precarias, y *con ellas lidiamos también en el mundo del derecho*. No sólo que en del derecho no podemos exigir verdades rotundas y definitivas, sino que en ellas influyen las denominadas “ficciones” que fueron utilizadas recurrentemente por los juristas romanos con el nombre *de fictio juris* que es una construcción a través de la cual se asumían ciertos actos como acaecidos, sabiendo que era falso, a los fines de extender, crear o explicar una regla legal, porque la ley así lo prescribía en forma irrefutable (Cárcova, 2009, pág. 36)

Las ficciones, al fin de cuentas cambiaban la realidad; y, el derecho contemporáneo también es receptor de algunas ficciones o *supuestos legitimatorios*. Dos buenos ejemplos son aquellas que escuchamos en las primeras clases de derecho constitucional, y derecho civil: *Que todos los hombres son iguales ante la ley y que el derecho se reputa conocido por todos*. Pero, como si ellas no bastarán, también está la que postula que la democracia representativa es una forma “ideal” o “pura” de gobierno, en donde un poder delegado toma decisiones a nombre del pueblo, lo que, en la práctica, ha sido desmentido por la irracionalidad de algunas mayorías y el abuso del poder. Otra ficción que legitimamos es la que señala que la ley es conocida por todos; sin embargo, esta ficción es justificada socialmente, pues la observancia del comportamiento previsto en las normas jurídicas o de afrontar las sanciones por su vulneración, es condición de todo ordenamiento jurídico, caso contrario reinaría la anarquía y el caos.

En materia penal, están relevados de su observancia los inimputables<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Art. 35 Código Orgánico Integral Penal



### 1.1.2. Las Dificultades entre democracia y Constitución

La desconfianza hacia las mayorías, puede verse ejemplificada por dos casos emblemáticos ocurridos en el Uruguay; me refiero al caso Gelman y al de “Nibia Sabalsagaray”. En el primero, el Congreso uruguayo aprobó una ley de amnistía conocida como ley de caducidad que fue reforzada por dos consultas populares que la ratificaron, como máxima expresión de soberanía popular. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– en adelante CIDH– desautorizó al Congreso y anuló la ley, no encontró defectos en el procedimiento de formación, sino por su *ratio legis, es decir* " por dejar impunes graves violaciones del derecho Internacional" (consid.229) El antecedente fue el caso de "“Nibia Sabalsagaray Curutchet" decidido el 19 de octubre de 2009, mediante el cual la Cortes Suprema Uruguay declaró que la ley de caducidad que declaraba la amnistía en favor de los militares, era inconstitucional por cuanto violaba la división de poderes (Gargarella R. , 2016) La Corte uruguaya utilizó la fórmula de–la así llamada por Ferrajoli– *esfera de lo no decidible*.

La CIDH, refiriéndose de modo directo al autor italiano, y como se cita en (Gargarella R. , 2016, pág. 107) sostuvo que:

Los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a lo que he llamado “esfera de lo no decidible” [...]. Siempre que se quiera tutelar un derecho como fundamental se los sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría [...] como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción.

De modo que, la Corte Uruguay recoge y suscribe el argumento de *lo no decidible* que, es paralelo a la lo que el filósofo argentino, Ernesto Garzón Valdés denominó *el coto vedado*, o a lo que Norberto Bobbio llamó el *territorio inviolable*. (Gargarella R. , 2016)

Puedo concluir entonces, que los derechos humanos son como montañas infranqueables, *indecidibles* para las mayorías, y eso nos llevará a repensar el concepto de democracia.





### 1.1.3. ¿Existe la uniformidad semántica en el derecho?

Hoy sabemos gracias al aporte de la Teoría Crítica que, considera agotados los dos grandes paradigmas teóricos como el iusnaturalismo y el Positivismo a los que cuestiona sus posturas reduccionistas, el de carácter ontologista en el caso del primero; y el normativismo para el caso del Positivismo. Lo que interesa para ésta investigación, es que en el derecho coexisten varios discursos que entran en pugna y que, provienen de demandas en el orden social, económico, incluso moral. Esta relación agonial genera rebeldes o disidentes.

Ricardo Entelman, como se citó en (Cárcova, 2009) respecto de la estructura del discurso jurídico ha dicho que: “En el discurso jurídico se muestra lo que se muestra, y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar, y callar lo que se quiere callar. Las ficciones y los mitos no están allí sino para hacer funcionales determinadas formas de organización del poder social” En definitiva, el discurso jurídico se articula con ficciones y mitos, y es además constitutivo, porque asigna significaciones a los hechos y a las palabras.

El derecho está relacionado con la ideología y *con el poder*, por lo tanto, no es neutral, pues *dice* quién es sujeto de derechos; premia y castiga; demarca lo lícito de lo ilícito. Ve a los hombres como libres e iguales, escondiendo sus diferencias efectivas; declara que los jueces son neutrales, cuando están imbuidos de ideología, y por ende responden a puntos de vista personales que pesan en sus decisiones. Sobre la dimensión ideológica del derecho, el mismo autor afirma: “Es decir, es ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social (Cárcova, 2009, pág. 137).

También es un discurso normalizador y disciplinario y sobre esto es imprescindible la lectura de “Vigilar y Castigar” (Foucault, 2015) ese tratado sobre el nacimiento de la prisión, y del panóptico como dispositivo del poder.

Entonces, todo proyecto político, jurídico, social o científico ocurre en un espacio y tiempo determinado, y está influenciado por la ideología dominante. Todo conocimiento conlleva y es producido por interés, por voluntad de poder y de verdad (Aguilera Portales & González Cruz, 2011) citado en (Machado, 2013) En este sentido, el derecho es generado y transformado por ciertos grupos que detentan el ejercicio *del poder*, y que en un contexto dado producen saber que puede convertirse en “verdad”.



Veamos, sino como el lenguaje del poder permea en la colectividad. El pago leonino por parte del Estado en favor del Ministerio de Defensa de más de cuarenta millones de dólares por un terreno en los Samanes, en la provincia del Guayas, superando en mucho el precio justo y legal, será “explicado” como un error *bona fide*m de la Ministra de turno. La corrupción rampante entre aquel Ministro sobornado por la Constructora Brasileña Oderbrecht no es sino *un pacto entre privados*, en la jerga concupiscente de los repartidores del poder. La protesta de los estudiantes del Central Técnico en la ciudad de Quito, detenidos los mayores de edad durante el último triunfo electoral del ex presidente Correa, es algo ilegal. La lógica binaria es básica y se reduce a: buenos y malos. Leales o traidores.

Este análisis es crucial para entender la acción y la reacción frente a la resistencia. El poder *demoniza* las propuestas que vienen desde la oposición, y *etiqueta* con un discurso que descalifica. Esto provoca miedo. Luego, los discrepantes, son: “locos” y “violentos” , o “ecologistas infantiles” “infiltrados”, los traidores, “los que hacen politiquería”

#### **1.1.4. Preferencias e intereses en la construcción del derecho**

Sigo con Guibourg, para descubrir “*esa cosa llamada derecho*” él cree que, los seres humanos tenemos *preferencias*, que las realizamos todos los días con simples actos de voluntad, en ejercicio de nuestro libre albedrío.

Cuando a esas preferencias se vuelven regulares, y cuando somos conscientes de advertir su funcionamiento de modo claro, le damos el nombre de *criterio*. Cuando los aceptamos como nuestros, y estamos dispuesto a aplicarlas, pero a la vez admitimos que otras personas tengan los propios, damos a nuestro criterio la designación de interés (Guibourg, 2013) Muchos son los criterios que explican nuestras preferencias. Así, como tenemos criterios para disfrutar de nuestro tiempo libre, también tenemos criterios sobre las conductas que deben castigarse; las penas que deben imponerse; o las cualidades que deben reunir nuestros dirigentes políticos. El derecho nace entonces, de este conflicto de intereses entre diversos actores.

La Constitución de Montecristi es un buen ejemplo de lo que hablo, pues incorpora innovaciones inéditas como el reconocimiento de derechos a la naturaleza; el pluralismo jurídico; desarrolla los derechos para el buen vivir; establece mecanismos de democracia directa que, son conquistas que demandaron un arduo debate con nuevos actores portadores de nuevas propuestas, como los sectores indígenas, colectivos de mujeres que se materializó en la nueva Constitución con su impronta: el neoconstitucionalismo que, es “una tendencia que promueve cambios en la concepción tradicional y formal del derecho” (Avila, 2011)



### 1.1.5. Valores, Reglas y normas

Esos criterios algo difusos y personales, se convierten en *valores* dentro de una sociedad, cuando son compartidos por grupos, que a su vez desean compartirlos con otros para difundirlos, de modo que no sólo una generación los defienda, sino que los trasmita a la siguiente. Esos criterios de preferencia compartidos y sostenidos por grupos mayoritarios que ejercen poder, o que son diseminados por medio de la cultura, los denominamos *valores* cuando una mayoría se juega por sostenerlos, y los defiende frente a cualquier disidente. En cada sociedad predominan entonces ciertos intereses compartidos por una mayoría de la población; en otras, impuestos por grupos poderosos.

Identificamos como “*principios*”, cuando enfatizan la importancia de ciertos estados de cosas; o de *reglas*, cuando consisten en instrucciones destinadas a preservar o alcanzar los estados de cosas que se estiman importantes” (Guibourg, 2013) Hay principios como la dignidad humana (art. 66 numeral 2 y art. 11 num.2); la libertad (Art.66 numerales 5,6,9,10,11, 12, 13 14, 16 entre otros) la igualdad (Art. 66 numeral 4) ; y los relativos a la estructura y fines del Estado constitucional ( artículo 11) , que se encuentran en nuestra Constitución .

Así pues, como comunidad política nos hemos puesto racionalmente de acuerdo en *preferencias* que consideramos que por su importancia deben estar plasmados en nuestra Carta Fundamental. Así pues, defendemos como ciudadanos que la Constitución de 2008 reconozca “el derecho a la verdad”<sup>3</sup> previsto como un principio no suficientemente aquilatado por los abogados litigantes, debido a su materialización un tanto difusa en materia penal, pero de extraordinaria importancia para las víctimas de delitos. Postulamos un Derecho penal garantista, no como una *bisagra* que deje pasar a la delincuencia; sino que respete la presunción de inocencia<sup>4</sup> u otros principios que informan un derecho penal mínimo<sup>5</sup> como el *favor rei*, que significa la atenuación de la responsabilidad cuando hay duda respecto a los presupuestos para aplicar una pena; o *el in dubio pro reo*, es decir, prima la absolución en caso de incertidumbre sobre los hechos

---

<sup>3</sup> Artículo 78 Constitución

<sup>4</sup> Artículo 76 numeral 2 ibíd.

<sup>5</sup> Art. 198 ibíd. La Fiscalía ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de mínima intervención penal y de oportunidad.



En ésta línea, otros filósofos del derecho como Ronald Dworkin, crítico de H.L.A. Hart y del positivismo, distingue entre: *normas*; que son enunciados que establecen qué conductas son obligatorias, prohibidas o necesarias para la validez de un acto, y pone como ejemplos “La velocidad máxima permitida en una autopista es de cien kilómetros por hora” o “un testamento no es válido al menos que no esté firmado por tres testigos” (Dworkin, 2002), de las *directrices políticas*, “estándar que propone un objetivo que debe ser alcanzado”<sup>6</sup> y, finalmente *los principios* que, en cambio lo entiende como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra modalidad de la moralidad” (Dworkin, 2002)

El derecho entonces está influenciado por estos intereses, criterios y preferencias que se articulan dentro de una sociedad que se ha vuelto muy compleja, que tiene que buscar nuevos relatos jurídicos para afrontar casos de extrema importancia como; v.gr. violencia y libertad sexual; el pluralismo jurídico; derecho a la protesta social; el derecho de las minorías frente a las mayorías; extractivismo o biocentrismo. En todos estos escenarios es posible defenderse y protestar.

Pero siempre habrá alguien que decida *desobedecer* y *disienta con esas preferencias a los que una mayoría denomina valores*. Si no fuese así, no existirían los objetores de conciencia que desobedecieron las leyes de reclutamiento en los Estados Unidos durante los años sesenta del siglo pasado; a Homer Plessy, un fabricante de zapatos, hijo de padre afroamericano y madre Blanca, que el 7 de junio de 1892 se resistió a abandonar un vagón para gente blanca, donde se había ubicado, y dio lugar al famoso caso *Plessy contra Ferguson* decidido en 1896 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que penosamente declaró la constitucionalidad de la segregación racial en instalaciones públicas separadas pero iguales “*separate but equal*”<sup>7</sup>; o de aquellos *cordelliers* vestidos con chalecos amarillos como señal de identidad y rebeldía, que protestan en las calles de París contra las políticas económicas del presidente Macron.

Los ejemplos confirman que los valores no son unánimes.

Pero ¿Cómo obligamos a todos a respetar las reglas? ¿Qué herramientas usamos con ese fin?

---

<sup>6</sup> Tal como “la mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad” como por ejemplo “la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil. Nuestra Constitución las denomina “Políticas Públicas” para hacer efectivo el buen vivir y todos los derechos que deben formularse en base al principio de solidaridad. Art. 85 numeral 1. *Ibíd.*

<sup>7</sup> Los nueve jueces fallaron así: siete a favor de las leyes de segregación; una abstención del juez David Josua Brewer y un voto en contra de la decisión mayoritaria presentado por el Juez John Marshall Harlan, quien a través del voto salvado “*dissent*” sostuvo que la Constitución de los Estados Unidos es “ciega en cuanto a colores” (“*is color blind*”) Ver: (Barrero Berardinelli, 2013)



### **1.1.6. Fuerza, poder y derecho de resistencia**

La herramienta ajena a la voluntad de los individuos no es otra cosa, que el uso de la fuerza o la amenaza de su uso. Ese atributo típico, dotado de capacidad de imposición se llama poder. Bertrand Russell, como se cita en (Vitale, 2012) piensa que “el poder es la capacidad de materializar los deseos”

Poder es doblegar una influencia rival; es la capacidad de motivar actitudes ajenas. Cuando las órdenes que dicta quien tiene poder están dirigidas a un número indeterminado de personas, solemos llamarlo una regla o norma que formando parte de un sistema jurídico las denominamos reglas positivas cuyo cumplimiento, se exige por la amenaza de la fuerza. Ahora, el poder suele ser una relación estratégica en el seno de una sociedad determinada. “Donde hay poder hay resistencia, y la resistencia es interior a la relación de poder. No hay poder sin dominador, pero tampoco hay poder sin dominado y esta relación es cambiante, dialéctica, histórica” (Cárcova, 2009)

Como vemos, ese complejo de conductas y palabras expresadas en el lenguaje cotidiano como: poder, coerción, normas, principios, reglas, órdenes y las reflexiones que de ellas nos formamos tienen relación con el significado del derecho. Una teoría del derecho, debe tener necesariamente contacto con ellos.

Estas cuestiones, bien están relacionadas con la Filosofía del derecho, son sin embargo necesarias para comprender las causas de la rebeldía; pues, el que lleva la bandera de la desobediencia civil, o el objetor de conciencia cuestionan, en distinto grado, al derecho y por ende al poder que lo aplica. El hecho que discrepen con opiniones que defiendan una mayoría, no los convierte *per se* en delincuentes.

## **2. LA TEORÍA TRIALISTA O LA INTEGRACIÓN PLURAL**

### **2.1. El derecho como hecho, valor y norma**

Sobre lo que es el derecho y la identificación de su objeto, ha corrido mucha tinta, con variadas teorías, desde la teoría de los sistemas de Luhman del que fue receptor Neil MacCormick<sup>8</sup> quien se mostró abierto a las teorías que encauzan el conflicto hacia prácticas discursivas como la teoría del discurso de Habermas, quien propone una democracia de doble vía, a la que denomina radical, de la que forman parte procesos formales e informales.

---

<sup>8</sup> Neil MacCormick (Glasgow, 1941-Edimburgo 2009) pasará a la historia del pensamiento por su contribución a la filosofía práctica contemporánea. Es recordado por su teoría Institucional del derecho. Ver (Bengoetxea, 2015)



En los primeros, las discusiones se dan en ámbitos de las Instituciones político-estatales; en tanto que, en los informales, tiene un rol protagónico la *sociedad civil* que forma opinión no institucionalizada por medio de asociaciones libres que canalizan discusiones sobre temas, valores y problemas que influyen de modo directo en las decisiones institucionalizadas (Cortina, 2010)

Muguerza como se citó en (Cortina, 2010) considera que estos procesos de deliberación informales son sitios de descubrimiento, y añade “En ellos es impagable la tarea de los disidentes, de los que llevan lo invisible a la visibilidad, pero todavía no es el lugar de la justificación que precisa reglas formales” Aunque no es el momento para desarrollar el pensamiento de la Filósofa española, vemos que Adela Cortina otorga una importancia fundamental a la sociedad civil como un ámbito en que se descubren nuevos temas, aunque la justificación de ese discurso le corresponde hacerlo al Parlamento.

Por ahora, abordaré la teoría Tridimensional del derecho, sin que ello signifique que desdeñe la teoría crítica (Cárcova, 2009) a la que me he referido Up supra, defendida en Francia por Michael Mialle, Antoine Jeammaund, D. Rondil, etc., que desarrollaron una teoría jurídica desde la perspectiva del marxismo histórico; o en Italia la corriente del “Uso Alternativo del Derecho”, en la que militaron autores de la talla de Senese o Ferrajoli con marcada influencia en Alemania y en España; y Duncan Kennedy, con sus estudios críticos del Derecho (*Critical legal Studies o CLS*) originados en la academia jurídica estadounidense.

Esta Teoría busca explicar el complejo fenómeno jurídico, y bien vale explicarla para luego entender no sólo la resistencia sino la desobediencia civil marcadas por un *diktat* axiológico, en donde ciertos valores se oponen a decisiones o normas injustas, en una relación agonial con el derecho. Así pues, hay algunas formas de resistencia como la Huelga que, es un derecho en favor de los trabajadores (contenido *en una norma*), pero también un *hecho social* (que se traduce en la paralización de una Fábrica) que tiene además un componente *axiológico* (se lucha para desmontar situaciones injustas para la clase obrera)

También encontramos una influencia de la teoría Tridimensional en una sentencia hito, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denominado Caso. González y otras: *Campo Algodonero vs México* en donde se analiza con solvencia el fenómeno del feminicidio, y ha dado lugar a su incorporación como delito en Legislaciones de varios países.

## 2.2. Sus dimensiones

Entre las diversas formas de concebir al derecho, tenemos:



- a) El *Unidimensionalismo*: 1) Nomológico, en donde encontramos a Kelsen, para quien sólo constituyen derecho las normas, y hay que dejar a un lado la realidad social y el mundo de los valores 2) Sociológico, que representa el realismo norteamericano, para quienes: “el derecho es lo que el juez dice que es” 3) Dikelógico, un ejemplo es el Iusnaturalismo exagerado
- b) *Bidimensionalismo*
- c) *Tridimensional*: Aquí surge “la teoría Trialista del derecho” que, en la Argentina, defienden juristas como Werner Goldschmidt (quien la fundó en 1960) y M.A. Ciuro Caldani en consonancia con posiciones de Miguel Reale<sup>9</sup>.

Esta teoría analiza al derecho como un fenómeno complejo en las tres dimensiones: *conducta*, *norma* y *valor*.

Para el Trialismo, una sociedad se organiza mediante *repartos* de potencias e impotencias (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados por la justicia (dimensión Dikelógica). Goldschmidt denomina al fenómeno de derecho “mundo jurídico”, en la totalidad de sus tres elementos: conducta, norma y valor

Federico A. Torres Lacroze, y Guillermo Patricio Martín (1983) afirman que:

Las “normas” son descripciones y captaciones lógicas de las conductas, el “valor” la justicia que nos permite valorar las conductas y las normas. Y la conducta es un comportamiento humano que realizan los hombres y se denomina “reparto”; este último consiste en adjudicar potencia o impotencia. La “potencia” significa un beneficio para quien la recibe, la “impotencia” significa un perjuicio o una carga

### **2.3. ¿Y qué son los Repartos?**

---

<sup>9</sup> Miguel Reale (1910-2006) Jurista y profesor brasileño, elaboró una teoría tridimensional del derecho, publicó numerosas obras entre las que pueden destacarse *Teoría do Direito e do Estado*, y *Aspectos da Teoría tridimensional do Direito*



Los repartos son adjudicaciones que provienen de los seres humanos. Como queda dicho, estas adjudicaciones pueden ser de potencias, como por ejemplo un derecho o un beneficio; y, de impotencias, que es una obligación o una carga. Por ejemplo, el arrendador y el arrendatario se adjudican recíprocamente potencia e impotencia; el primero tiene la impotencia de entregar la cosa, y la potencia de cobrar el precio por el alquiler; el locatario se adjudica la potencia de recibir y usar la cosa, y la impotencia de pagar el canon de arriendo. Los que reciben potencia o impotencia son los recipiendarios (beneficiarios o gravados) que, normalmente son los seres humanos.

Las conductas de reparto pueden imponerse por los repartidores sin tener en consideración la conformidad o inconformidad de los recipiendarios, evento en el cual el reparto es autoritario, y se lo hace mediante la obediencia, o aplicando directamente la violencia (Goldschmidt, 1981, pág. 11) Si, en cambio, hay acuerdo de todos los protagonistas el reparto es autónomo. Serían ejemplos de repartos autoritarios, una ley aprobada por la Asamblea Nacional y ratificada por el Ejecutivo; así como una sentencia dictada por un Tribunal de Justicia que ordena medidas reparatorias, porque hay destinatarios que tienen que obedecer esas órdenes. En cambio, el contrato entre el arrendador y el inquilino serían ejemplo del último. En el autónomo ambos protagonistas actúan como repartidores, en virtud de su acuerdo; en cambio en el autoritario hay que justificar al repartidor (Torres Lacroze & Martín Guillermo, 1983)

Los repartos, a su vez, no se hallan desvinculados, sino que forman un orden que puede ser *vertical*, que se constituye por el plan de gobierno en marcha y, también puede ser *horizontal*: según la ejemplaridad de los repartos. El derecho sería el orden de repartos en su integridad. En este contexto, el ordenamiento normativo “es la captación lógica neutral del orden de repartos. Una norma está vigente (es decir pertenece a ordenamiento normativo) cuando el reparto que ella capta forma parte del orden de repartos” (Guibourg, 2013).

Todo gobierno tiene, en sentido vertical, un plan de gobierno en marcha en el cual los repartidores (El estado y quienes mandan) indican los criterios rectores del reparto supremo; y en sentido horizontal, el reparto se basa en razones de ejemplaridad, que conforman modelos conformes a la razonabilidad. Si un reparto es reputado no ejemplar, esta fuera del orden y constituye algo ilícito dentro del régimen. (Goldschmidt, 1981) Así, pues, un acto de sublevación se considera como ilícito desde el ángulo visual del que manda; o en el caso de un sicario, el ataque contra la vida, no se considera ejemplar; por ende, el sicario realiza un reparto ilícito. Bajo este esquema, la





Jurisprudencia, y específicamente una sentencia que ordene medidas de reparación en favor de las víctimas, a mi juicio, sería un reparto autoritario ejemplar.

La teoría tridimensional ha recibido críticas, en especial del jurista Argentino Carlos Cossío, padre de la teoría Ecológica del derecho. Sin embargo, nos permite reflexionar sobre el deber de rebeldía que debe estar latente en todos los juristas contra una norma injusta; aunque, por supuesto, “demanda mayores debates sobre la dimensión dielógica (los valores) en donde se plantean serias dudas sobre sus presupuestos ontológicos, a la luz del discurso ético” (Guibourg, 2013)

Concluyo destacando el aporte de aquella sentencia de la CIDH sobre violencia de género <sup>10</sup>; en la que el Alto Tribunal desarrolla un análisis pormenorizado de los hechos-normas-valores en juego en torno a la tortura y muerte de tres jóvenes mujeres en México, y que por su ejemplaridad y especificidad es analizado desde la Teoría Trialista . Los detalles del caso, el análisis, y sus efectos puede verse en (Elgul, 2014)

### **3 LA RESISTENCIA**

#### **3.1 Su Origen**

La resistencia está concebida como un derecho natural que tiene un pueblo para oponerse por cualquier medio—inclusive el tiranicidio— al ejercicio despótico del poder. Es una tradición antiquísima que se remonta al iusnaturalismo clásico, en donde encontramos la tragedia homónima de Sófocles, en la que Antígona desobedece a Creonte, señor y tirano de Tebas. Heteocles y Polinice eran hermanos y se habían causado recíprocamente la muerte en una guerra entre Tebas contra la ciudad de Argos. Creonte había decidido dejar insepulto el cadáver de su sobrino Polinice, a quien lo consideraba un traidor por haber tomado las armas contra Tebas. En cambio, Heteocles que había luchado al lado de los Tebanos, sí recibiría todos los honores fúnebres propios de su estirpe. Antígona, hermana de ambos, se rebela contra esta orden por cuanto considera que hay una ley divina o natural superior a la humana, que el gobernante no puede quebrantarla.

---

<sup>10</sup> El Hecho detonante del conflicto, fue la desaparición y posterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monarréz, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodónero de Ciudad Juárez el 6 de noviembre de 2001. La demanda se dirigió contra el Estado de México



Sin duda Antígona con su rebeldía, es la predecesora de la escritora parisina Simone de Beauvoir, de la activista estadounidense Kate Millet, o Elizabeth Cady Stanton que luchó por conseguir el sufragio femenino y las leyes de divorcio en los Estados Unidos.

Posteriormente, los primeros cristianos resistieron al considerar la desobediencia en caso de conflicto entre preceptos jurídicos y reglas religiosas. “Prosigue la doctrina Tomista de la desobediencia a las leyes injustas, con la inglesa de Henry Bracton y de John Fortescue sobre la limitación legal del poder regio” (Ferrajoli, 2011). La teoría de que los súbditos podían resistir a sus gobernantes se radicaliza en el siglo XVI poco después de las guerras de religión, con la doctrina de los monarcómacos protestantes como Francis Hotman; Theodore Beza a Du Plassis, George Buchanan y Danaeus. A ellos se unen católicos como Fickler, Boucher y Mariana, y se configura el derecho a la resistencia como un derecho colectivo y no individual.

Los monarcómacos eran radicales que combatían el poder absoluto del monarca, y que admiten como método de resistencia al tiranicidio que, es un término que alude a un acto de violencia implícita en el acto de combatir. Como señala (Vitale, 2012)

Monarcómaco es aquel que profesa el tiranicidio como fin de su acción política y, por ende, la resistencia armada como método único o, en cualquier caso, inevitable para enfrentarse a un poder que se ejerce de manera violenta y arbitraria.

Estas reflexiones en torno al derecho de la resistencia que se dieron sobre todo durante la Reforma, confrontó las ideas de los católicos Romanos con los Protestantes Reformistas que como Hotman, Knox y Beza creían que el poder regio debía estar limitado, ya que los reyes han sido instituidos por la sociedad humana para servir a sus fines, y por lo tanto su poder es limitado. Muchos de ellos, reformularon la convicción del propio Calvino, quien era favorable a la obediencia pasiva. Todas estas reflexiones sobre el constitucionalismo tuvieron que vencer aquella doctrina ampliamente difundida por San Pablo quien creía que la obediencia era una virtud cristiana ordenada por Dios, que se resumen en la expresión “ *las potestades que son, de Dios son ordenadas*” (Sabine, 1994, pág. 284) o la tesis de san Agustín en el sentido que los gobernantes deber ser respetados como representantes de Dios; y aún de amplios sectores del Luteranismo que justificaba la obediencia pasiva y reconocía autoridad de las magistraturas, y no del pueblo al que consideraba incapaz.

El derecho a la resistencia se consolida en la Edad Moderna, por obra del iusnaturalismo racionalista de Althusius que justifica la resistencia fundada en dos elementos: el más antiguo de la confrontación entre el orden natural y divino frente a la acción del tirano, y la doctrina del contrato que anticipa la tesis de Locke de legitimación del derecho a la resistencia incluso frente



a un Estado constitucional, que nace del consenso entre los contrayentes (Vitale, 2012) Johannes Althusius sin embargo, no admitía una resistencia directa del pueblo, sino sólo por medio de magistrados inferiores denominados *éforos*, únicos habilitados para ejercerla, quienes además podían llevarla a cabo sólo en forma gradual, primero amonestando al príncipe, luego aconsejándolo; y, finalmente negándose a obedecerle.

Estas preocupaciones del constitucionalismo sobre el derecho a la resistencia toman fuerza con John Locke, quien fue un defensor del derecho moral a la revolución, y del derecho de resistir a la tiranía; ya que según el pensador inglés, el poder del legislativo es fiduciario, pues el pueblo tiene el supremo poder de modificar al legislativo (Sabine, 1994) Locke entendía a la resistencia como un *re-bellare*, es decir, un regreso al estado de guerra, en donde cabe la fuerza para oponerse a otra fuerza injusta e ilegítima.

Fue partidario de la resistencia—inclusive armada—cuando los representantes quebrantaron el pacto de confianza celebrado con sus representados. Así pues, Locke, afirma que:

Si son rebeldes quienes por la fuerza eliminan el cuerpo Legislativo, también los legisladores mismos deben ser considerados como tales cuando, habiendo sido establecidos para la protección y preservación del pueblo, de sus libertades y propiedades, lo invaden por la fuerza y tratan de arrebatarlas. Y de ése modo, se ponen a sí mismos en un estado de guerra contra quienes los habían nombrado protectores y guardianes de su paz, y son, propiamente hablando y en grado máximo, *rebellantes*, es decir rebeldes. (Vitale, 2012).

La influencia de Locke en la política y en el derecho es decisiva, pues, según (Gargarella R. , 2007) la resistencia a la autoridad aparece como una de las cuatro ideas que distinguen al constitucionalismo en sus orígenes.

El autor argentino, dice:

Así la idea de la resistencia tendió a aparecer junto con la referida al carácter inalienable de ciertos derechos básicos; la idea de que la autoridad era legítima en la medida en que descansaba sobre el consenso de los gobernados; y aquella que decía que el primer deber de todo gobierno era el de proteger los derechos inalienables de las personas. En dicho contexto—se afirmaba—el pueblo podía legítimamente resistir y finalmente derrocar al gobierno de turno, en caso de que el último no fuere consecuente con el respeto de aquellos derechos básicos (Gargarella R. , 2007).

Estos cuatro principios constitucionales, a decir del constitucionalista argentino fueron introducidos por las grandes revoluciones del siglo XVIII, la norteamericana y la francesa. Así



pues, en la “Declaración de Independencia norteamericana” escrita por Thomas Jefferson en 1776, se proclamó que:

Todos los hombres son creados iguales; que ellos son dotados por el creador de ciertos derechos inalienables; que entre ellos se encuentran el derecho a la vida, la libertad y la persecución de la felicidad; que, los gobiernos son establecidos entre los hombres, con el objeto de asegurar tales derechos, y que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que, cuando sea que una forma de gobierno deviene en destructiva de aquellos fines, el pueblo tiene el derecho de alterarlo o abolirlo, para instituir uno nuevo, fundado sus principios y organizando sus poderes de tal forma que sea lo más conducente para su seguridad y felicidad (Gargarella R, 2007, págs..5-6).

De su lado (Ferrajoli, 2011) menciona que en el Artículo 2 de la Declaración Francesa de 1789, ya incluye “la resistencia a la opresión” entre “los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”; los Artículos 1, 29 y 30 de la Constitución Jacobina de 1793 que recoge igualmente “el derecho de resistencia a la opresión” y el “sagrado deber” de la “insurrección” cuando los medios legales de resistencia resulten impotentes; y el art. 33 de la misma Constitución según el cual “la resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre”.

Finalmente, algunas Constituciones latinoamericanas nacidas al calor de esas primeras proclamas contenidas en las dos revoluciones, como la de Atpatzingán, aprobada en México en 1814 por un grupo de revolucionarios encabezados por José María Morelos, hacen referencia al “innegable derecho” de “establecer, ... alterar, modificar o abolir totalmente al gobierno, cualquiera que ello sea necesario para su felicidad (Art. 4) La Constitución de 1813, en la banda Oriental también legitima el derecho a la resistencia para el caso que el gobierno no pueda asegurar el bienestar general y los derechos fundamentales. (Gargarella R. , 2007)

Luego del fascismo nazi, el derecho de resistencia tiende a su positivización, y reaparece en el art. 50 del proyecto de la Constitución Italiana, que establecía que “la resistencia a la opresión es derecho y deber del ciudadano”; la actual Ley Fundamental Alemana lo reconoce, así como de algunos Lander; el art. 20 de la Constitución Portuguesa del 1976 sobre “el derecho de oponerse” incluso “ con la fuerza” a toda agresión contra los derechos fundamentales; e incluso— irónicamente <sup>11</sup>—“ el art. 1 de la Constitución nicaragüense de 1978 sobre " el derecho del pueblo

---

<sup>11</sup> Desde finales de 2018 el pueblo nicaragüense ha sufrido una fuerte represión que viene del gobierno de Daniel Ortega Saavedra, quien ejerció su primer mandato desde 1979-1990, y volvió al gobierno el 10 de enero de 2007. Culminará su tercer período en el 2022.



a defender con las armas en la mano la independencia y la autodeterminación nacional" (Ferrajoli, 2011)

Finalmente, en el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos, proclamado, por las naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 se lee:

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. Consultar en: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

### **3.1.1 Su incorporación en la Constitución de Montecristi: Crisis política previa y movilizaciones**

El primer período de gobierno del presidente Rafael Correa Delgado comenzó el 15 de enero de 2007. Una de sus ofertas de campaña fue convocar a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) que tenía como misión fundamental redactar una nueva Constitución. El compromiso se concretó, y el 15 de abril de 2007 la sociedad ecuatoriana se pronunció rotundamente en favor de la convocatoria a la ANC. Esta se instaló el viernes 29 de noviembre en Montecristi (Manabí) con una abrumadora mayoría de asambleístas del movimiento político Patria Altiva y Soberana (PAIS) que lideraba el presidente, pues 80 de los 130 asambleístas, sin contar 10 aliados de movimiento afines, eran de dicha agrupación. Su primer presidente fue el Economista Alberto Acosta.

Recordemos que el Ecuador venía de una profunda crisis política que significó la caída de tres presidentes en 1997, 2000 y 2005. Los inicios de la década del noventa del siglo XX representaron el auge del movimiento indígena, que, con la toma de calles y carreteras, cuestionaron la forma de ejercicio del poder. Al respecto, Hernán Carrasco y Andrés Guerrero como se cita en (Verdugo, 2018) señalan que los levantamientos indígenas de 1990, 1992 y 1994, convirtió a dichos colectivos históricamente discriminados en nuevos actores políticos que cuestionaron la legitimidad de los presidentes Rodrigo Borja y Durán Ballén, e introdujeron un nuevo discurso desde la izquierda, que establecía como legítimo poner en jaque a un presidente y hasta buscar su cese.



El derrocamiento de Bucaram (1997) Mahuad (año 2000) y Gutiérrez 2005, fueron coyunturas que pusieron en el debate nuevas instituciones como por ejemplo la revocatoria del mandato a Presidentes que fue materia de discusión y aprobación en la ANC 2007-08. El discurso revocatorio informal en la caída de Mahuad, cobró fuerza en otros estamentos de la sociedad ecuatoriana, pues durante la crisis del gobierno de Gutiérrez, a los indígenas se sumaron sectores medio urbanos de Quito, conocidos como *los forajidos* (Verdugo, 2018) De modo que en todos estos años hubieron protestas, luchas y resistencias expresadas en las calles y carreteras por distintos actores que cuestionaban la legitimidad de los presidentes, y luchaban por institucionalizar la revocatoria del mando.

En la ANC, el discurso democrático, conciliador de su presidente Alberto Acosta, hacía presagiar cambios importantes en cuanto a participación popular y derecho a la protesta, y decía:

Garantizaremos el derecho a la movilización y a la protesta de acuerdo con lo establecido en la Constitución. En nuestro gobierno, democrático en esencia, estaremos orgullosos de la acción de compatriotas que defienden los derechos humanos y de la naturaleza, si alguna vez son afectados [...] eliminaremos la tipificación penal que criminaliza la protesta social y todas aquellas leyes anacrónicas que tipifican como terrorismo la lucha popular. (Acosta, 2013)

Sin embargo, la *real politik* se impuso. El debate y la discusión cedieron ante un discurso de corte personalista y autoritario que provenía del Presidente de la República, que provocó la renuncia de Acosta antes de la aprobación de la Constitución.

### **3.2 El derecho a la Resistencia en el debate de la Asamblea Constituyente 2007-08**

Haciendo un *racconto* de la incorporación del derecho a resistir en la Constitución 2008, podemos decir que Asamblea trabajó en diez mesas, y la nueva Carta debía estar redactada en seis meses, más dos de prórroga. Durante la ANC, el derecho a la resistencia correspondió a la mesa número dos denominada de “Organización, Participación social y ciudadana y sistemas de representación” que tuvo como misión presentar propuestas sobre este derecho. La mesa la presidía el Asambleísta Virgilio Hernández (PAIS) ex Pachakutik, quien estuvo ligado al gobierno de Lucio Gutiérrez, antes de la ruptura con los indígenas.

El derecho a la resistencia consta en la Constitución de Montecristi bajo el título IV en el apartado “Participación y Organización del Poder” en el artículo 98 con el siguiente texto:

Los individuos y 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



vulneran o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos

Aparece así, con una redacción nada feliz; más bien exorbitante, pues—como se verá más adelante—este derecho tiene fines sociales, y se lo ejerce en forma colectiva y no individual. Además, si decidieron introducirlo como derecho fundamental, no queda claro el *Know how* de la resistencia, pues ni el Legislativo ni la Corte Constitucional han establecido los parámetros dentro de los que cabe ejercerla. ¿Cuánta resistencia? ¿Qué tipo? ¿A quién y cómo se puede demandar el reconocimiento de nuevos derechos? Aparece un texto declamatorio, más parecido a una bandera que a un derecho acotado.

De su lado el artículo 99 consagra una especie de *action class*, a modo de garantía jurisdiccional, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su violación. Esta acción ciudadana, sin embargo, se burocratiza cuando es el estado el que se encarga de procesarla, pues el Constituyente dice que será “presentada ante autoridad competente de acuerdo con la ley”

La ubicación de esta norma, inmediatamente después del artículo 98 sugiere una vinculación con el derecho a la resistencia, aunque sería un absurdo que la rebeldía tenga que *demandarse* ante una autoridad judicial designada por el propio estado<sup>12</sup>. Además, no consta como garantía jurisdiccional, sino en el articulado que forma parte del Título IV que lleva como Epígrafe “Participación y Organización del Poder”

El primer debate para aprobarla, se produjo el 27 de mayo de 2008; en la que intervinieron 30 Asambleístas, de los cuales 7 se refirieron al tema, según el Acta 053 A de ese día. El segundo debate el 16 de junio de ese año, y según reseña el Acta 62<sup>a</sup>, de los 17 Asambleístas que intervinieron en el pleno solo Martha Roldós (RED) y Rafael Estévez comentaron al respecto. En la Sabatina del 5 de septiembre el presidente Correa dijo, que incluir el derecho a la resistencia fue una “novelería” del primer presidente de la Constituyente Alberto Acosta. Ver en: (<https://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/14/nota/5124809/resistencia-no-capto-interes-pleno-constituyente>, 2015)

Posteriormente el presidente se mostró *arrepentido de haber cedido a la inclusión de ese derecho*, y reprochó nuevamente que fue un pedido de Alberto Acosta. Llama la atención el lenguaje de

---

<sup>12</sup> Utilizo intencionalmente la minúscula al referirme a él, y comparto el criterio del doctor Ramiro Ávila que, hay que “desacralizar” al estado, pues está al servicio del ciudadano, con deberes hacia la persona, pues la soberanía es del pueblo



corte personalista que usa el ex presidente Rafael Correa, pues—con *su* arrepentimiento—da a entender que él decidió *motu proprio* incluir aquel derecho, y no la ANC. ¿Qué hacían entonces los 130 Asambleístas? En ese entonces tanto la Confederación de Nacionalidades indígenas (CONAIE) como la Federación Unitaria de Trabajadores (FUT) exigían el archivo de 16 enmiendas a la Constitución. (<https://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/06/nota/5106476/correa-dice-que-se-arrepiente-incluir-resistencia>, 2015).

Para concluir, y siguiendo el hilo de esa praxis presidencial de bloqueo de la participación popular; el tiempo ha confirmado que uno de los mayores defectos de nuestra Constitución es el fortalecimiento del presidencialismo, en desmedro de las otras funciones del Estado. Esto provoca la centralización del poder político en el Presidente en desmedro de la Institucionalidad estatal, y trae consecuencias en la sociedad afectada por la reducción, la instrumentalización e incluso criminalización de la participación de las organizaciones sociales. (Grijalva, 2018)

De otro lado, si bien se incorporan derechos de vanguardia en la parte “dogmática” hubo un descuido de los reformistas que no estaban conscientes de aquel peculiar lugar que es la parte “orgánica” no reformada, que es “la sala de máquinas” según la oportuna expresión de Roberto Gargarella. Así pues, la organización del poder verticalista, hiperpresidencialista, permanece intacta (Gargarella R. , 2015)

### **3.3 Su naturaleza y distinción con otras formas de mutación política: La revolución, La reacción; desobediencia civil; la objeción de conciencia, y, el conservadurismo**

El propósito de este capítulo, es comprender el significado de la resistencia, la revolución, y otras formas de cambio político y protesta, como la desobediencia civil, y la objeción de conciencia. Hay que partir de sus elementos constitutivos acudiendo a la doctrina, aunque dar una definición categórica es muy difícil, pues a veces dependen de circunstancias históricas y del momento político, aparte que la distinción entre algunas de ellas es muy sutil. Por poner un ejemplo, ¿aquellos cubanos que apoyaron la revolución en 1959, no serán ahora conservadores políticos al apoyar el statu quo?

### **3.4 La resistencia constitucional**





Según Vitale, la resistencia tiene dos acepciones habituales. Según la primera, asociada a una acción, resistir significa “oponer fuerza a la fuerza” tanto en un sentido físico” como de aquel que se opone a un asalto, como en un sentido más amplio, como cuando damos razones para resistir a una sentencia lesiva, interponiendo por ejemplo un recurso ante un Tribunal. Una segunda acepción, también habitual, resistir significa no ceder, como en las expresiones “resistir al dolor”, “al hambre” “a la violencia”, etc. (Vitale, 2012) De modo que, en la primera acepción significa hacer algo, devolver un golpe; en el segundo, omitimos una acción para alcanzar un fin. Creo que ambas posibilidades caben. Así, por ejemplo, en la pretensión de Yaku Pérez de crear un pasaporte *Kichwa*, no hay una omisión, sino una propuesta de ir en contra del sistema establecido de control y registro de los ciudadanos ecuatorianos. Esto, sin embargo no prosperó, pues no se ve un argumento sólido, ya que no se cuestiona la eficiencia misma del sistema de registro

El término resistencia según su etimología latina: *re-sistere*, donde *re* indica repetición y *sistere* significa detener o detenerse.

En ambos casos, la resistencia denota una disposición, una actitud conservadora, quien resiste se esfuerza por continuar en la condición en la que se encuentra, o busca recuperarla lo más pronto posible, oponiéndose a un evento externo que ha impuesto o pretende imponer una modificación a su estado” (Vitale, 2012) .

Entonces, si bien, la resistencia es un “derecho natural” del ser humano que se exterioriza en una actitud contestataria capaz de rebelarse contra el abuso de los gobernantes, o situaciones de injusticia social, donde la opresión política somete a un pueblo; sin embargo, en el léxico político, la resistencia busca “la conservación de Instituciones y ordenamientos que están en peligro de ser modificados, subvertidos, o que de hecho ya lo han sido” (Vitale, 2012). De modo que si la resistencia es un regreso al *statu quo* ante; esto es al retorno a la Constitución, y al conjunto de derechos que proclama para los ciudadanos, por medio de garantías jurisdiccionales y a un sistema de pesos y contrapesos institucionales.

En esta tesis coincide Luis Alberto Pérez Llody, cuando afirma:

“La solución de juridificar la resistencia política, que en el siglo XX concluye, determina la respuesta a la pregunta “para que se resiste”. Aquí se va a producir la escisión entre la denominación “derecho de resistencia” (resistir para conservar) de la otra forma de resistencia política que interesa a este estudio, que es la revolución (resistir para trascender” (Perez Llody, 2016).

La resistencia tiene como fin conservar, enmendar el orden constituido que se ha alejado de sus principios, pero que es legítimo; en cambio la revolución es una ruptura, implica un cisma, pues



se quiere establecer un orden nuevo, considerando que el poder constituido contra el que se discrepa es fundamentalmente injusto (Vitale, 2012) Pero, el profesor del Valle de Aosta nos alerta que no debemos confundir los términos: resistente ( *conservador de la constitución* que defiende principios) con el “conservador político” apegado a valores tradicionales.

De otro lado, la resistencia es más bien un derecho colectivo más que individual que tiene eficacia cuando la ejercen grupos de personas desde abajo y no desde arriba, *ex parte populi* y no *ex parte principis*, cuyo fin es defender la Constitución. Con esta tesis coincide el autor español José Luis Mirete Navarro, al decir:

[...] tras la etapa histórica de un derecho de resistencia individualista, la fase actual, en rigor, post-constitucionalista, respecto del constitucionalismo clásico, aporta un carácter objetivo a este derecho cuyo sentido radica en los “*Ordenungsgrundsätze für das soziale Leben*” (Principios Reguladores de la vida social) (Mirete, 1999).

Así mismo, tanto la resistencia, como la desobediencia civil y la revolución, son ilegales, pues son contrarias a normas de derecho vigentes. Luego veremos si esa ilegalidad se justifica o no. De su lado, Norberto Bobbio citado por (Oyarte, 2017) indica que “violación de la norma y sanción como respuesta a la violación están implícitas en todo sistema normativo”.

También, al menos en su concepción más común la resistencia admite la violencia. Aunque Bobbio cree posible una revolución no necesariamente violenta. Cita como ejemplos la emancipación de la mujer en la sociedad que, podríamos llamar una revolución; y, de igual forma, señala que la resistencia puede ser practicada por métodos no violentos, como la de Gandhi en la India y Capitini en Italia) (Vitale, 2010, pág. 34) Creo que la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989 fue también una revolución no violenta.

La distinción entre resistencia y revolución puede ser muy sutil, de hecho desde fines del siglo XVIII para dos autores alemanes (Adam Bergk y John Benjamín Erhard) admiten el derecho a la revolución como complemento y evolución del derecho a la resistencia. (Vitale, 2010)

Según estos autores, la resistencia es insuficiente, pues el pueblo ya no puede sólo reclamar que sus soberanos cumplan con las leyes y con sus deberes, sino que puede proceder a la vía revolucionaria a la instauración de una República democrática que defienda y constitucionalice los derechos del hombre (Vitale, 2012) Sin embargo, también creen que, una vez alcanzado el estado democrático de derecho, el pueblo ya no puede resistir, con lo que se elimina totalmente la posibilidad del derecho de resistir; e igualmente, el pueblo victorioso mediante la revolución que triunfa con la creación del nuevo Estado de derecho, ya no puede hacer más revoluciones,



pues al haber alcanzado la República, la revolución que la fundó, sería la última. Por lo tanto, con la creación del nuevo Estado, se deja fuera de juego tanto al derecho a la resistencia como al de revolución. Vitale objeta la confianza de Bergk y Erhard en la forma de gobierno republicano como excesiva, y con mucha agudeza advierte sobre el peligro de la una mayoría autoritaria, en estos términos

A diferencia de los dos jacobinos alemanes, me tomo en serio la preocupación de Locke, es decir, creo que la materialización de las democracias constitucionales, sin duda ampliamente imperfecta, debilita y vacía de sentido la idea de la revolución, no así la de resistencia constitucional [...] Si es razonable afirmar que el Estado democrático constitucional no se ha exorcizado del todo el riesgo de la tiranía de la mayoría, entonces tiene sentido seguir reflexionando acerca de la resistencia, del derecho a la resistencia (Vitale, 2012, pág. 26).

En este contexto podemos hablar de la resistencia namibia contra el invasor sudafricano, de los *samidin* en Gaza, o la liberación Nacional de *bicois*<sup>13</sup> en Argelia contra el colonizador francés.

Hoy tenemos procesos de resistencia en Nicaragua<sup>14</sup> y Venezuela, en donde grupos de ciudadanos buscan recuperar la democracia y la plena vigencia de principios constitucionales como la división de poderes, la transparencia en las elecciones, la plena vigencia de los derechos políticos y sociales pisoteados por gobiernos seriamente cuestionados en su legitimidad democrática. En el caso de Nicaragua, la lucha esta encauzada a recuperar todo el legado del Sandinismo que en el año 1979 derrocó a Anastasio Somoza. Sobre este tema, de actualidad, en una entrevista a Diario el Comercio de Quito, Mónica Baltodano Marcenaro, una de las Comandantes del FSLN relata el proceso de lucha y resistencia clandestina mediante volantes y pegatinas clandestinas de los nicaragüenses al gobierno de Daniel Ortega. (Estrella, 2019)

En nuestro país, las principales resistencias han venido de grupos indígenas y de campesinos que constituyen la vanguardia de la lucha social contra la minería y al extractivismo. Esto lo hemos visto en las luchas del Intag, Victoria del Portete, Sarayaku, Dayuma, Saraguro, entre otros. La Antropóloga y artista visual Ana Carrillo Rosero, en una entrevista también a Diario El Comercio de la capital, reflexiona sobre su trabajo en barrios marginales de Guayaquil como Trinitaria, el barrio Nelson Mandela y Nigeria, en donde se vive la exclusión que marca a las mujeres campesinas, negras y montubias que son las más afectadas. Nos habla, además, de la “lejanía

---

<sup>13</sup> bicois. Negros colonizados

<sup>14</sup> El art. 1 de la constitución nicaragüense de 1978 proclama “el derecho del pueblo de defender con las armas en la mano la independencia y autodeterminación nacional”



simbólica” que separa a esos barrios respecto a Guayaquil. (García, 2019) A propósito, no ha faltado el racismo tan mezquino en nuestra sociedad, en contra de Diana Salazar, la primera mujer negra que llega a la Función más alta en la Fiscalía General del Estado.

### 3.5 La Revolución

Gianfranco Pasquino (2006) citado por (Vitale, 2012) en el Diccionario de la Política la define así

La Revolución es un intento, acompañado del uso de la violencia, de derrocar a las autoridades políticas existentes y de sustituirlas con el fin de efectuar profundos cambios en las relaciones políticas, en el ordenamiento jurídico constitucional y en la esfera socio-económica

Más allá de las distinciones entre Revolución y Resistencia que ya las abordé, y tomando en cuenta el uso políticamente consolidado para identificar al término, como son la Revolución inglesa, La Francesa y la Rusa—añado la revolución Mexicana— y considerando la resistencia, según Locke, como un “*re-bellare*” es decir, un regreso al estado de guerra según (Vitale, 2012) hay una diferencia principal: La resistencia evoca un orden anterior que se quiere reestablecer; en cambio, la revolución lucha por un orden nuevo, que solo existe como proyecto político que se quiere instaurar por primera vez.

Bobbio, citado en (Vitale, 2012) se desmarca de que la revolución como medio violento de cambio político y social, sin embargo, el tema de la violencia no es discriminante, si vemos a la revolución *como efecto* y no sólo como causa. El turinés considera que la revolución como efecto, puede alcanzarse, por vías pacíficas, por medio de las técnicas de no violencia, como la huelga al alcance de la clase obrera, o la desobediencia civil. En efecto, no podemos decir que una Huelga sea una revolución armada, pero si es un instrumento muy enérgico para conseguir reivindicaciones laborales. Un ejemplo de ello es lo que hizo el Sindicato “Solidaridad” en Polonia.

Sin embargo, hoy en día, la materialización de las democracias constitucionales que, pese a ser imperfectas, debilita y vacía de contenido al derecho a la revolución, pero no a la Resistencia, pues siempre es posible una tiranía de la mayoría que convierta a la democracia en una quimera.



Sea como fuere, hoy la revolución debe ser radical, y el desafío es conservar la tierra y el agua. Como, acertadamente señala (Sierra, 2013) “pasar de una economía basada en la ley del valor a una matriz energética no capitalista. La lucha de clase se ha extendido de una contradicción trabajo-capital a la contradicción capital-vida”

Con mucha razón (Eco, 2008, pág. 191) refiriéndose a la cultura que predominaba hace una década que, poco ha cambiado, decía

Si la hegemonía cultural se valora a peso, tengo la impresión que la cultura dominante de hoy es mística, tradicionalista, neo espiritualista, new age, revisionista, Creo que la televisión estatal dedica mucho más espacio al Papa que a Giordano Bruno, a Fátima que a Marzabotto, al padre Pio que a Rosa Luxemburgo. En los medios de comunicación de masas circulan hoy más templarios que partisanos

Tiene razón el inolvidable creador de “El nombre de la Rosa” pues, hoy muy pocos parecen importarles la educación cívica, lo que los griegos llamaban Gozar de igual derecho para hablar en las Asambleas (*isegoría*) y de igualdad ante la ley (*isonomía*). En palabras de Zygmunt Bauman, hoy la sociedad *es líquida*, donde el consumidor reemplaza al ciudadano, en un desmadre de lo banal.

### **3.6 La Reacción y el Conservadurismo**

El reaccionario es aquel que considera que existe una sabiduría antigua, un modelo tradicional de orden social o moral al que hay que regresar a toda costa, oponiéndose a todas las llamadas conquistas del progreso, de la ideas liberal-demócratas a la tecnología y a la ciencia moderna. Por consiguiente, el reaccionario no es un conservador es un revolucionario “hacia atrás” (Eco, 2008, ).

El reaccionario busca entonces retornar hacia un estadio o régimen político que incluso ha sido abandonado definitivamente y se superó hace mucho tiempo. Se opone a la democracia liberal, y buenos ejemplos de ello son el fascismo y el nazismo. Son nostálgicos del orden antiguo, de valor trascendente.

Eco, identifica casos de populismo reaccionario. Señala que el populismo es un método que apela visceralmente a lo que considera que son los sentimientos y prejuicios más enraizados en las masas que se llama *poujadistas o qualunquistas*. (Eco, 2008, pág. 165) El discurso reaccionario suele defender la pena de muerte, anclado como está en los mitos de la sangre y la reparación; son partidarios de políticas de “cero tolerancia” porque así apelan a la preocupación de la gente



por los delitos que más atemorizan (el robo y delitos contra la vida) cuando se apoyan penas privativas de libertad de hasta 40 años, apelando a que la gente quiere penas más severas.

La llegada de Donald Trump a la presidencia de Estados Unidos con el lema “*Make American Great Again*” (MAGA) que fue el slogan en una de la primera campaña de Ronald Reagan, inició un discurso de suma cero para la inmigración, amenazando con expulsar a todos los migrantes ilegales; la idea de construir un muro en la frontera con México, y la expulsión de migrantes musulmanes. Muy parecido es la propuesta de VOX en España, cuyo líder Santiago Abascal, abandera el lema “España Primero” asume posiciones xenófobas. Estas actitudes subrayan el carácter *populista-qualunquistas* de un régimen.

No podemos decir los mismo de un conservador, que no es reaccionario, mucho menos un fascista. Los partidos conservadores defienden el nacionalismo y las tradiciones. Su zona de confort es el orden establecido en materia política como social, son reacios a los cambios, defienden la propiedad privada, y a la religión como pilar fundamental de la sociedad. Recordemos nuestra historia, pues la separación de la Iglesia y del Estado; que abrió la puerta a la libertad de cultos, fue resistida por fuerzas conservadoras aliadas de la Iglesia católica, y no fue sino con la Constitución liberal de 1906 que se proclamó el Estado laico. También se consiguió la abolición de penas infamantes, y de la pena de muerte.

Gran parte de nuestra sociedad es conservadora en temas como el aborto legal para el caso de violación. El consumo de marihuana con fines médicos también ha suscitado rechazo, y no se diga el polémico matrimonio igualitario en donde predominan argumentos más de tipo religioso, antes que análisis sociológicos o jurídicos.

### 3.7 La desobediencia civil y la objeción de conciencia

Falcón y Tella (2000) citada por (Araujo, 2007) menciona

Que hay tres factores para definir, entender y justificar los elementos y caracteres de la desobediencia civil, partiendo para esto de la siguiente expresión: “es una acto con pretensiones de legitimidad (en el plano de los valores), de carácter ilícito) si bien dentro del sistema democrático (en el plano de las normas), que busca la eficacia de sus fines a través de distintos medios ( en el plano de los hechos)

La autora quiteña analiza a la desobediencia desde tres puntos de vista:

1.- **Axiológico o de los valores:** El ciudadano crítico que se acoge a la desobediencia civil, lo hace en forma racional y con una fuerte *consciencia social* que “unido a factores morales



relevantes y generalmente aceptados, deje de lado deseos egoístas o actos impulsivos” (Araujo, 2007) Al estar consciente, sabe que su actitud vulnera la ley. La actitud del desobediente civil apela a consideraciones éticas, relacionados con la justicia, y por ello se espera de los jueces un tratamiento penal distinto para el desobediente civil, debido a su móvil altruista. En el plano axiológico se la puede excusar.

2.- Desde el punto de **vista sociológico**, el desobediente forma parte de organizaciones minoritarias dentro de una sociedad derivada y secundaria que representa el Estado. Busca aspiraciones concretas, pero no es su meta alcanzar el poder político, y pretende una negación frontal de normas jurídicas. La reacción de la mayoría dominante debe ser la tolerancia

3. **El plano normativo**; la doctrina que la desobediencia es ilegal. “En el plano de la legalidad a la desobediencia civil se la puede excusar, pero no justificar” (Araujo, 2007)

La desobediencia civil es una forma de participación popular, y en palabras de Habermas citado por Soriano, a quien a su vez cita (Araujo, 2007) “es el vector cuya punta orienta a la realización del Estado democrático de los valores jurídicos constitucionales”

Hay un nuevo protagonismo activo y crítico de los ciudadanos comprometidos con fines éticos, u miran en la desobediencia una recuperación de la sociedad. El quebrantamiento es más omisivo que activo.

En el Ecuador existieron varios casos juzgados por la desaparecida Superintendencia de Comunicación (SUPERCOM) en la que los afectados decidieron desobedecer las sanciones, multas, réplicas y vigilancia a la prensa por parte de dicho órgano, que llegó al extremo insólito de obligar al caricaturista *Bonil* de diario el Universo, a que rectifique un dibujo. En varios casos se alegó también el derecho a la resistencia por parte de algunos medios. (Guerrero, 2015)

Es una medida de última ratio, de carácter colectivo, y de características pacíficas.

Finalmente, es necesaria una distinción, pues la desobediencia criminal que merece una sanción penal, es una infracción de una norma, pero el que lo delinque lo hace para satisfacer intereses propios y mezquinos, sancionados por una norma. La desobediencia criminal merece una imputación. La desobediencia civil no, porque no es un delito.

### **3.8 La objeción de conciencia**

Esta reconocida como derecho de libertad en el Artículo 66 bajo el siguiente texto:

Se reconoce y garantiza a las personas:



12. el derecho a la objeción de conciencia que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza<sup>15</sup>

Es de carácter individual, o privado, no se actúa a nombre de otro. La persona infringe una o más normas en virtud de principios que los considera irreductibles, La más común es la objeción al servicio militar que tiene tradición en la Jurisprudencia Norteamericana, y también en Colombia, con variadas respuestas de las Altas Cortes. Más complejos son los objetores de conciencia médicos que se niegan a practicar abortos, su estudio rebasa el ámbito de este trabajo enfocado más bien en el derecho a la resistencia.

### **3.9 El derecho de resistencia ¿Es una Antítesis radical del ordenamiento jurídico? Los argumentos en pro y en contra**

En la mayoría de Constituciones modernas no se admite la positivización del derecho a la resistencia. Sin embargo, una de las excepciones es ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz Fur die Bundesrepublik Deustschland*) o ley Fundamental de Bonn, que en el año 1968 incorporó este derecho de resistencia (*Recht zum Widerstand*) añadiendo un cuarto párrafo al artículo 20 que señala: “Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia”.

Como se ve, algunas Constituciones, como la *Grundgesetz* han visto la necesidad de garantizar jurídicamente este derecho, incorporándolo en el texto constitucional.

En esa línea, José Luis Mirete Navarro, profesor de la Universidad de Murcia, señala:

El requisito de formalización del derecho a la resistencia como derecho legislado por el Estado mismo, constituye ya de por sí una posibilidad de control de su ejercicio. Y es más cabe pensar, que, en el caso de la *Grundgesetz*, este derecho sirve para garantizar el orden constitucional vigente, en tanto va expresamente dirigido en contra de quienes intentan eliminar ese mismo orden. Significa una cláusula de garantía de todo el ordenamiento jurídico del Estado. (Mirete, 1999)

Para Mirete Navarro, este derecho subjetivo puede quedar perfectamente regulado, pasando de una esfera moral a una netamente jurídica. En su artículo cita, al autor alemán Martin Kriele, quien no encuentra fundamento alguno para incorporar jurídicamente este derecho; y, solamente admite una justificación en el ámbito moral, siempre y cuando se cumplan dos presupuestos: a)

---

<sup>15</sup> Art. 66.12 de la Constitución de la República del Ecuador.





Tiene que tratarse de una injusticia muy grave y b) Quien quiera hacer valer este derecho, corre con el deber de fundamentarlo.

Frente al postulado de M. Kriele, se levanta la tesis de Ralf Dreir, quien sí cree que en un Estado constitucional y democrático, la resistencia contra las Instituciones jurídicas sí puede ser justificada tanto jurídica como moralmente, ya que al Estado le compete la garantía de los derechos fundamentales, por medio de los Tribunales, por lo que sí cabe la justificación. Argumenta, que, al existir un control de la jurisdicción, la resistencia puede tener un fundamento plenamente jurídico. Siguiendo este razonamiento por supuesto muy interesante, que lo encuentro en (Mirete, 1999) Dreir refiere una sentencia del Tribunal Federal Constitucional, de 17 de agosto de 1956 que se ocupa de esta especie de oxímoron: el derecho a la resistencia *dentro de* un estado constitucional. El Tribunal nada dice acerca de la necesidad de reconocer el derecho a la resistencia en un Estado constitucional, pero sí deja claras las condiciones para su ejercicio. Según el fallo, este derecho puede existir “sólo en *un sentido de conservación*, o sea, como derecho de emergencia para garantizar o conservar el ordenamiento jurídico. Además, debe ser el último recurso para restablecer del derecho” (Mirete, 1999)

Pero Dreir también niega un derecho de resistencia de corte iusnaturalista, pre o supra-estatal; pues –según nos dice– sólo dentro del marco de la legalidad puede combatirse la injusticia producida por la misma legalidad. Entonces, es el Estado de derecho nuestra última referencia para la garantía de un orden justo, y no una entelequia supraestatal.

Peces Barba en España no es partidario de incluir al derecho a la resistencia entre los derechos fundamentales–como lo hacía Dreir–pues para el profesor español la resistencia no es una cuestión jurídica, por lo tanto, es irrelevante desde el punto de vista jurídico. Añade que el clásico derecho de resistencia no legitima la revolución, porque esta se distingue de la subversión sólo por los resultados. Sobre la revolución dice: “la revolución es fundamentalmente una cuestión de hecho y de justificación ética, política, axiológica, pero nunca jurídica” (Mirete, 1999)

Por lo tanto, la incorporación del derecho a la resistencia en las Constituciones, es un problema complejo, que repudia el Constitucionalismo moderno, pues nadie quiere asumir un riesgo que implica una suerte de espada de Damocles sobre el ordenamiento jurídico, una extravagancia, o un *self-defeating* y algo contradictorio. Una especie de renuncia explícita a la soberanía del Estado. Recordemos que Kant es quizás el más destacado opositor a la resistencia. Kant citado por (Ferrajoli, 2011) opina



Contra el supremo legislador del estado, no puede haber ninguna oposición legítima por parte del pueblo porque solo gracias a la sumisión de todos a su voluntad universalmente legisladora es posible un estado jurídico; por ello no puede ser admitido ningún derecho de insurrección (*seditio*), todavía menos de rebelión (*rebellio*)

Este argumento parece incontrovertible, sin embargo el mismo Ferrajoli, lo refuta al sostener que aquellos que creen que no es necesario ya configurar el derecho de resistencia en las democracias constitucionales, por cuanto existen funciones de garantía<sup>16</sup> para remover la fractura del orden constitucional, incurren en una falacia normativista. La falacia consiste en una confusión entre hecho y derecho. En efecto, *se asume* como un hecho el sometimiento a sanción de los poderes públicos, que, en cambio, sólo es un principio normativo que no siempre se cumple. Es decir, la resistencia sería políticamente injustificada, *sólo y sólo si las garantías son efectivas*.

En Ecuador, vemos que la premonición del jurista italiano penosamente se ha cumplido, pues el desempeño de la Corte Constitucional cesada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, no ha sido un adalid en defensa de los derechos fundamentales.

Para muestra un botón: Cuando el Congresillo, es decir el cuerpo de Asambleaístas reunidos luego que concluyó la ANC 2008, aprobó la ley de Minería el 26 de enero de 2009, se presentó una demanda de inconstitucionalidad, ya que en la aprobación de la ley se omitió la consulta pre-legislativa señalada en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución. El Ejecutivo sancionó la ley y la Corte—en voto de mayoría, con el salvamento de Nina Pakari—declaró en definitiva que la ley era constitucional.

Otros sin voz: ésta vez el pueblo Sarayaku, cuando demandó protección ante la CIDH, por la ocupación de su territorio por las empresas CGC y Burlington. No podemos entonces decir que las garantías que prevé la Constitución hayan sido efectivas.

---

<sup>16</sup> La propia Constitución prevé garantías normativas (Artículo 84) Garantías jurisdiccionales, como (Artículos 86 al Art 94). La Corte Constitucional tiene amplias facultades previstas en el artículo 436 de la Constitución para declarar la inconstitucionalidad de actos normativos de carácter público emitidos por autoridades del estado.



En la Constituyente Italiana no se aprobó un texto para incorporarla, y más bien en los debates predominó la tesis que el derecho a la resistencia tenía *grosso modo* un sentido pedagógico o prescriptivo, una especie de recordatorio. Fiorentino Sullo, legislador democristiano, después de sostener que comprendía ese sentimiento de recordar a los italianos que es oportuno resistir a la opresión, sin embargo, se mostró escéptico, con estas palabras “Yo no entiendo cómo puede haber pedagogía en la Constitución. La pedagogía no es política” (Vitale, 2012).

Entonces su positivización sería admisible, cuando aparezca como una garantía más del orden establecido, como es el caso de la *Grundgesetz* alemana.

La positivización del derecho a la resistencia alcanza una posición menos antitética, capaz de ofrecer una relación más armónica de este derecho fundamental con todo el ordenamiento jurídico, siempre y cuando pueda constituir una garantías más, regulada por el propio sistema. (Mirete, 1999)



## CAPITULO II

### ALGUNOS DELITOS CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA Y CONTRA LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS EN EL COIP

#### **1. Nueva paradoja: En el discurso Garantías y Derecho penal del Ciudadano. En la Realidad: Derecho Penal del Enemigo y de Autor**

El COIP dictado por la Asamblea Nacional el 28 de enero de 2014 fue publicado en el Registro Oficial Número 180 el 10 de febrero de 2014, entró en plena vigencia el 10 de agosto de ese año, pues la Disposición Final fijó una *vacatio legis* de ciento ochenta días a partir de su publicación; sin embargo, algunas disposiciones reformativas al Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) entraron a regir apenas se lo publicó.

En la Exposición de motivos del COIP encontramos cinco ejes nominados así:

- Dimensión Histórica
- Imperativo Constitucional
- Constitucionalización del derecho penal
- Actualización doctrinaria de la legislación penal
- Adecuación de la normativa nacional a los compromisos internacionales
- Balance entre garantías y eficiencia en la justicia penal, y
- La ejecución de las penas

Leyendo *prima facie* este *introito* a la ley parecería que el Legislador favoreció un Derecho Penal del ciudadano (DPC) pues se habla de la proporcionalidad de las penas que deben estar orientadas más bien a la reparación integral de la víctima, más que a la severidad del derecho penal; a la proscripción del derecho penal de autor ; a la precisión en los elementos de la tipicidad, desterrando los tipos penales abiertos; todo, aparentemente en la línea de un derecho penal moderno donde los sujetos procesales – víctimas y procesados– están sujetos a garantías. Sin embargo, un análisis más detenido, dejando la ingenuidad para quienes aún creen que la cárcel rehabilita (o si me permiten el símil, para los que aún confían que Assange no terminara extraditado a los Estados Unidos) me permite concluir que, en el COIP, definitivamente conviven dos sistemas: el DPC con el denominado Derecho penal del Enemigo (DPE) mezclado, a su vez, con tipos penales de autor y con modelos punitivos *de tercera velocidad*.



Parte de este trabajo tiene que ver con la represión que sufrieron varios indígenas del pueblo Saraguro, que en el marco de la gran movilización nacional de agosto de 2015 fueron detenidos y condenados a penas de prisión, acusados de modo general– y no individualizado– por el delito previsto en el Art. 346 del COIP: *Paralización de un servicio público*, en aplicación de la máxima del estado de emergencia: *Salus rei publicae, suprema lex*. Sin embargo, estos hechos se inscriben en el marco del derecho a la resistencia, pues así lo reconoció y aceptó finalmente la Sala Especializada de Lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia en fallo de fecha 21 de septiembre de 2018, dejando sin efectos a las dos sentencias condenatorias proferidas en primera instancia, y en Alzada por los Tribunales en la provincia de Loja.

Un análisis crítico, no puede entonces sustraerse de sacar a la luz ciertas Instituciones del Derecho penal vigentes en el COIP que nos permitan comprender las causas de esta *criminalización de la protesta* que se vivió durante los últimos años del gobierno anterior, y sobre todo luego del 30 de septiembre de 2010, en donde se usó la legislación penal para reprimir la protesta social. Respecto de éste término recurro a la autoridad de (Zaffaroni R. , 2012) quien explica que en un Estado de derecho los ciudadanos normalmente reclaman por sus derechos vulnerados por vías institucionales; siendo lo ideal que el Estado responda en forma efectiva ante esas vulneraciones presuntas o reales; sin embargo las Instituciones ni son perfectas ni responden adecuadamente <sup>17</sup> Añade el autor, que los ciudadanos no siempre prefieren las vías no institucionales, sino que acuden a ellas para reclamar que *Las instituciones operen conforme a sus fines manifiestos*. En Argentina, los constitucionalistas han llamado a esa modalidad de reclamo *derecho a la protesta social*, y al fenómeno de su represión *criminalización de la protesta social*.

En ésta línea, en el COIP podemos descubrir los siguientes conceptos:

### **1.1 El derecho Penal del Enemigo**

Fue el profesor alemán de la Universidad de Bonn Gunter Jakobs quien acuñó el término *Feindstrafecht* durante las jornadas de penalistas alemanes celebrada en Frankfurt a partir de 1985, pero es a partir de los ataques al corazón de Nueva York el 11 de septiembre de 2001 que la teoría del DPE adquiere dimensión internacional.

---

<sup>17</sup> Esto va en la línea de la “Falacia normativista” a la que me referí en el Capítulo I en mención de Ferrajoli, pues no siempre las Instituciones, y los mecanismos constitucionales son los remedios adecuados ante la violación de los derechos constitucionales, lo que lleva a actos de resistencia



Para el catedrático alemán que ha realizado un análisis de la legislación alemana y de las Instituciones de derecho penal vigentes en otros países, determinó que en realidad existen dos sistemas de ejercicio del poder punitivo que no existen en estado puro, pero que conviven dentro de los Códigos Penales: a) El primero dirigido a ciudadanos con capacidad cognitiva (DPC); y b) el otro, dirigido a los enemigos del Estado de derecho (DPE). El jurista sostiene que a estos hay que interpretarlos dentro de un plano deontológico, los “enemigos” representan un verdadero peligro para la sociedad y el ordenamiento jurídico. La teoría de Jakobs pertenece a lo que la dogmática denomina *funcionalismo normativo radical*, y se basa a través de la teoría social de sistemas expuestas por el sociólogo Niklas Luhman.

El Profesor Jakobs ha sido injustamente criticado por varios autores “emocionales” como Zaffaroni y Luis Gracia Martín, para usar el término del tratadista ecuatoriano (Rodríguez, 2014,) pero más bien esas críticas son por la forma que por el fondo.<sup>18</sup> Según (Rodríguez, 2014) quien defiende al maestro alemán que ha sido duramente atacado al hablar del DPE, en realidad el profesor de Bonn no inventó esta teoría, sino que desnudó una realidad pre existente. El autor quiteño con mucho acierto dice:

Descriptivamente estableció que en la normativa de todos los países existe un Derecho Penal, con dos polos, un que conversa con ciudadanos y uno que neutraliza a enemigos [...] Pero ¿quiénes son los enemigos? Pues son aquellos que se autoexcluyen, que desconocen el ordenamiento jurídico. [...] Jakobs no legitima un sistema penal basado para enemigos, sino únicamente lo describe, analiza y expone (Rodríguez, 2014).

En la misma línea los juristas Polaino Orts y Polaino Navarrete (2006) citados por (Rodríguez, 2014) son enfáticos cuando explican:

Ni Jakobs ni – por lo que alcanzamos a ver – ningunos otros autores proponen un derecho penal del enemigo. Las reflexiones de este autor subsiguen a una realidad legislativa precedente, de manera que el derecho penal no existe porque un autor quiere que exista, sino que ese autor habla de unas normas del Derecho Penal del enemigo que ya existen en la realidad.

---

<sup>18</sup> En efecto, gran parte de las críticas enfilan a la terminología “enemigo” a la que el propio Jakobs ha contestado que el término no es peyorativo sino indicación de una pacificación insuficiente. Jakobs GUNTHER citado por (Rodríguez, 2014, pág. 70)



## 1.2 Características del Derecho Penal del Enemigo

Según Cancio Meliá (2006), citado por (Rodríguez, 2014) son tres:

### **Amplio Adelantamiento de las barreras Punitivas**

Se aplica el poder punitivo a pesar de que la conducta de la persona no ha producido lesión al bien jurídico protegido. Para (Ferrajoli, 2011) existen diez axiomas del Garantismo penal al que denomina SG que por cierto es un modelo ideal, dentro del cual como presupuestos para la existencia de un delito, primero debe existir una conducta humana con capacidad volitiva y cognitiva (A5): segundo, dicha conducta debe lesionar un bien jurídico protegido (A4) De su parte, según (Molina, 2018) el “DPE criminaliza al ciudadano por el sólo riesgo, antes que por el cometimiento de un injusto”. Según este autor, con quien coincido, este adelantamiento de las barreras punitivas lesiona el principio de lesividad previsto en el art. 22 del COIP

### **Las penas impuestas son desproporcionadamente altas:**

Lo cual tiene que ver con el sistema punitivo de *tercera velocidad*.

### **Determinadas garantías procesales son relativizadas o suprimidas:**

El DPE combate peligros; el DPC es para quienes mantienen la vigencia de la norma

## 1.3 ¿El DPE es de Tercera Velocidad?

En la moderna dogmática penal es común hablar del derecho penal de velocidades. Fue el jurista español Jesús María Silva Sánchez, citado en (Rodríguez, 2014) quien señala las dos velocidades<sup>19</sup>:

**Primera velocidad:** Es el Derecho penal represivo clásico que sanciona con prisión. La lesividad es actual y comprobada, y la responsabilidad individual, como “robos” “estafas” “hurtos”

**Segunda velocidad:** El Derecho penal se expande, pues se persigue peligros reales, pero además con penas pecuniarias y con medidas de privación de derechos. Se da en delitos “socioeconómicos”, de “hidrocarburos”, “ambientales”. También los delitos de peligro es una manifestación de la segunda velocidad.

---

<sup>19</sup> La tercera velocidad sólo corresponde a un DPE



**Tercera Velocidad:** Es la que caracteriza al DPE. Se utilizan no sólo penas privativas de la libertad, penas pecuniarias, sino medidas de seguridad<sup>20</sup> (pre-delictuales y post-delictuales) con privación de derechos. “Esta velocidad significa, inevitablemente, la manifestación de instrumentos de emergencia, siendo expresión de una especie de “derecho de guerra” (Rodríguez, 2014, pág. 175) En el artículo 558 del COIP encontramos varias *medidas de seguridad*, mal llamadas medidas de protección que, constituyen adelantamiento de la barrera punitiva pues se trata como *peligrosas* a personas que no tienen aún una sentencia condenatoria. Así pues:

- Se les prohíbe acercarse a determinados lugares o reuniones<sup>21</sup>
- Se les prohíbe realizar actos de intimidación o persecución a la víctima o a miembros del grupo familiar, por sí o por medio de terceros<sup>22</sup>
- Se puede extender en su contra una boleta de auxilio<sup>23</sup>. En la práctica hay un abuso de esta medida que repercute en la detención de personas que reciben el trato de enemigos

#### **1.4 El Derecho Penal de Autor (DPA) y La Construcción de Arquetipos desde el Poder**

El DPE combate a enemigos auto-declarados, mientras el DPA combate a enemigos presuntos o “imaginarios. Así pues, el caso de la organización terrorista ETA-KAS-EKIN-BATASUNA que nace en España en 1974 es un caso de enemigo; al igual que las FARC en Colombia cuyos propósitos eran terminar con el estado español y colombiano, respectivamente.

El DPA en cambio, combate a quienes podrían ser enemigos, creando estereotipos, como seres “violentos o peligrosos”. Volveré sobre este concepto en el Tercer Capítulo, cuando analicemos la sentencia absolutoria en el caso Saraguro, pues el Alto Tribunal de Justicia que ratificó la sentencia, reprocha al Tribunal Ad-quem de ser tributario del DPA

---

<sup>20</sup> En nuestro ordenamiento a las medidas de seguridad, se las denomina como “medidas de protección”. Están previstas no para ciudadanos sino para enemigos a quienes hay que neutralizar. Se las dicta atendiendo a la peligrosidad del sujeto. Sus fines constan en el Art. 519 del COIP, y sus clases en el Art.558 id.

<sup>21</sup> Art. 558 num.1 COIP

<sup>22</sup> Art. 558-num.3 id.

<sup>23</sup> Art.558 num. 5 id.





La coyuntura política llevo a que en el gobierno del presidente Rafael Correa, el ejecutivo utilice los enlaces ciudadanos como una herramienta de propaganda, para instaurar arquetipos del enemigo. Como ejemplo tenemos las declaraciones del ex presidente en el Enlace ciudadano Número 437 de 15 de agosto de 2015, en los días de los sucesos de Saraguro, cito: “nadie me obstruye una sola vía” “la orden fue despejar la carretera” “oposición violenta, golpista” “tirapiedras” “el MPD con poncho” (referencia a la Confederación de Nacionalidades Indígenas CONAIE) “ protestan hasta por el día mundial del encebollado” (<https://www.bing.com/videos/search?q=enlace+ciudadano>)

Los dirigentes de la CONAIE Pepe Acacho y Pedro Mashiant que realizaron una protesta el 30 de septiembre de 2009, fueron acusados por terrorismo organizado, y sentenciados inicialmente a una pena de doce años de prisión. El 12 de enero de 2018 un Tribunal de la Corte Nacional de Justicia, cambió la figura del delio, por el de obstrucción de vías y los condenó a ocho meses de cárcel. (Gonzalez, 2018) Marco Guatemala, presidente de la Federación Indígena Campesina de Imbabura (FICI) fue detenido durante diez y siete días el 25 de octubre de 2011 con cargos de sabotaje y terrorismo, luego de haber participado en movilizaciones cintra la ley de Aguas. Luego le siguieron un proceso por obstrucción en las vías públicas.

Como vemos el COIP, muy al contrario de aquellos ideales que leemos en su exposición de Motivos, acepta en forma bipolar tanto el DPC como el DPE justamente en los delitos intitulados como “*Delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública*” y los “*Delitos Contra la Estructura del Estado Constitucional*”. Como manifestaciones del DPE– y por ende de un derecho punitivo de tercera velocidad – tenemos el delito de paralización del servicio público<sup>24</sup> la rebelión<sup>25</sup> ; la apología del delito, reducida a contravención<sup>26</sup> aunque tiene como gemela y delito autónomo al que instigue públicamente a cometerlos <sup>27</sup>; el terrorismo<sup>28</sup> ; la desobediencia<sup>29</sup>; y el ataque o resistencia<sup>30</sup>

Finalmente, el uso de un DPA por medio del cual se ha criminalizado a los opositores y disidentes, etiquetándolos como violentos, peligrosos, anarquistas y tirapiedras.

---

<sup>24</sup> Art. 346 COIP

<sup>25</sup> Art 336 id.

<sup>26</sup> Art. 365 id.

<sup>27</sup> Art 363 id.

<sup>28</sup> Arts. 366, 367 ids.

<sup>29</sup> Art. 282 id

<sup>30</sup> Art. 283 id.



## **2. Aproximación Dogmática y bienes jurídicos protegidos en los delitos de Incumplimiento de órdenes legítimas de autoridad. Ataque o Resistencia. Rebelión y Paralización de un servicio público**

El COIP en el Título IV *De las Infracciones en Particular*, en el capítulo QUINTO bajo la rúbrica “*Delitos Contra La Responsabilidad Ciudadana*” en su sección Tercera, intitulada: “*Delitos contra la Eficiencia de la Administración Publica*” Artículos 278 al 294, señala los siguientes delitos:

- El Peculado (Art.278)
- El enriquecimiento ilícito (Art.279)
- El Cohecho (Art.280)
- La concusión (Art.281)
- El incumplimiento de órdenes legítimas de autoridad competente (Art. 282)
- El ataque o resistencia (Art.283)
- La Ruptura de sellos (Art. 284)
- El Tráfico de influencias (Art. 285) y la oferta de realizarlo (Art. 286)
- Usurpación y simulación de Funciones Públicas (Art. 287)
- Uso de la fuerza pública contra las órdenes de autoridad (Art.288)
- El testaferrismo (Art.289)
- Delitos contra los bienes Institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (Art.290)
- El incumplimiento de responsabilidades de los servidores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (Art. 291)
- La alteración de evidencias y elementos de prueba (Art. 292)
- La extralimitación en un acto de servicio (Art.293)
- El Abuso de facultades (Art. 294)

Como contravenciones, en la sección Cuarta del mismo Capítulo, encontramos:

- La negativa a prestar auxilio (Art. 295)
- La usurpación de uniformes e insignias (Art. 296)

A su vez, en el Capítulo Sexto, bajo la rúbrica “*Delitos contra la estructura del Estado Constitucional*” tenemos, entre otros:

- La rebelión (Art.336)
- la Sedición (Art. 342)



- la insubordinación (Art. 343)
- el sabotaje (Art. 345);
- La paralización de servicios públicos (Art.346)
- la traición a la patria (Art.353);
- el espionaje (Art.354);
- el abuso de armas de fuego (Art.369);
- la tenencia y porte de armas (Art.360)

Y finalmente en el Capítulo Séptimo:

- El terrorismo y su financiación (Arts. 366 y 367)
- La Falsa incriminación (Art. 368)
- La delincuencia organizada (Art. 369)
- La Asociación Ilícita (Art. 370)

Sobre esto, cabe indicar que las infracciones de carácter político y las hoy denominadas contra *la Eficiencia de la administración pública*, y *contra la estructura del Estado Constitucional*, se ubicaban – dispersos y desordenados– hasta la entrada en vigencia del COIP en el año 2015 entre los Delitos contra la *Seguridad Exterior del Estado*, y los *Delitos contra la Administración Pública*, en el Código Penal anterior<sup>31</sup> – en adelante CP– con una serie de tipos penales de signo autoritario, que confundían la soberanía del estado con la de la persona del gobernante.

En el COIP existe una mejor técnica legislativa, porque ahora desglosa de aquella rúbrica, los Delitos contra la Estructura del Estado Constitucional a los que me referido up supra, como la rebelión, el sabotaje, y el terrorismo que, justamente persiguen trastocar el orden constitucional.

Entonces la Administración Pública, y más concretamente su *eficiencia* es objeto de protección de la ley penal, sancionando en la Sección Tercera del Capítulo Quinto (Libro IV) una serie de infracciones que lesionan la eficacia de su actuación. La Administración Pública está referida en los artículos 225 al 234 de nuestra Constitución, a la que también regula el artículo 3 de la ley Orgánica del Servicio Público<sup>32</sup> – en adelante LOSEP– y se entiende que es una rama de la función Ejecutiva. Su función está definida en el Art. 227 de la Constitución que señala:

---

<sup>31</sup> Me refiero a nuestro Quinto Código Penal publicado el 22 de marzo de 1938 durante la Presidencia del General Alberto Enríquez Gallo

<sup>32</sup> Publicada en el Registro Oficial, segundo suplemento el 6 de octubre de 2010



**Art. 227** La Administración Pública constituye un servicio a la comunidad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación

Como bien apunta (Mestre, 2017)

Los delitos contra la Administración pública respaldan el correcto funcionamiento de esta infraestructura organizativa [...] sancionando las conductas de autoridades, funcionarios y particulares que vician su eficacia, o el cumplimiento de los fines que tienen constitucionalmente asignados

Es importante precisar que, estas infracciones no son propiamente delitos de los funcionarios públicos, en ejercicio abusivo de sus cargos, y para ello, hay dos razones: De un lado, el COIP también establece delitos de los funcionarios públicos en otros títulos (como por ejemplo los Arts. 84,85, 277, 331 342, 343, 344, 354); y, de otro lado, algunos de los tipos delictivos delimitados en esta Sección sancionan conductas de los particulares (Arts. 282,283,284,289,292,296).

A pesar de que la mayoría de estos delitos son propios de los Funcionarios públicos, hay que tener muy en cuenta esta situación al momento de abordar los problemas en torno a la autoría.

### **3. Incumplimiento de órdenes de autoridad (La desobediencia)**

**Art.282** La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La o el servidor militar o policial que se niegue a obedecer o no cumpla las órdenes o resoluciones legítimas de autoridad competente, siempre que al hecho no le corresponda una pena privativa de libertad superior con arreglo a las disposiciones de éste Código, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años

Se aplicará el máximo de la pena prevista en el inciso segundo de este artículo, cuando la o el servidor militar policial desobedezca o se resista a cumplir requerimientos legítimos de la policía en su función de agentes de la autoridad y auxiliares de la Fiscalía General del Estado.



### 3.1 Bien Jurídico Protegido y sujetos que intervienen

Al igual que en los tipos de atentado, la dignidad de la función pública, entendida como el respeto que se merece los poderes legítimos, constituye el objeto de protección de este delito previsto en el artículo 282 del COIP que ha sufrido un incremento ostensible de la pena ( que puede llegar hasta los cinco años de prisión) en relación a artículo 234<sup>33</sup> del CP que sancionaba una conducta similar, aunque con una pena reducida de ocho días a un mes.

En cuanto a los *sujetos, activo*, en inicio vemos que puede ser cualquiera; aunque el inciso segundo la extiende a los servidores militares y policiales agravando – para este supuesto– la pena al grado superior. Hay que tener en cuenta que, si existe una relación jerárquica de subordinación con el pasivo, puede darse una confusión con otros tipos penales como por ejemplo el delito de uso de fuerza pública contra órdenes de la autoridad<sup>34</sup>. En este caso, no podríamos aplicar el principio de especialidad pues ambas infracciones están en la misma ley. El último inciso del Art. 282 del COIP confirma esta posibilidad, cuando establece *un tipo agravado* sancionado con el máximo de la pena, en el evento que tanto sujeto activo como pasivo pueden ser miembros de la policía.

Como sujeto *pasivo* de la acción está la autoridad, sin que se extienda al personal de seguridad que concurra para cooperar o prestarle asistencia. Tampoco, creo yo, hace falta una expresa referencia a los *distintos funcionarios públicos* que pueden resultar agraviados, pues es evidente que toda autoridad ostenta esta cualidad.

### 3.2 Su materialidad

En estos delitos la materialidad es la resistencia leve o la desobediencia grave, pues no hay el uso de intimidación fuerza, aunque sobre este espinoso tema, me adhiero a la doctrina española que defiende que toda forma de resistencia aún la leve, entraña un mínimo uso de la fuerza. En cambio, cuando la resistencia es grave, tiene cabida el tipo *de atentado*<sup>35</sup>

Nuestro Código parece asimilar la resistencia pasiva – como sinónimo de “pacífica” – con la desobediencia, lo cual es engañoso, pues en toda resistencia hay un ejercicio mínimo de la fuerza, en tanto la desobediencia responde a una táctica de no violencia, aunque los límites son en extremo difusos. Ya expuse en el primer Capítulo, que un modelo de resistencia no violento sólo

---

<sup>33</sup> Este artículo del CP fue reformado por el Decreto Supremo 2636, publicado en el Registro Oficial (RO) No 621 de 4 de Julio de 1978 que incrementó la pena de “ocho días a un mes” a “treinta y un días a dos meses”. Con el retorno a la democracia, el DS 2636 fue derogado, y el artículo volvió a su estado inicial, según consta del DL s/n publicado en el RO 36 de 1 de octubre de 1979.

<sup>34</sup> **Art 288 del COIP**

<sup>35</sup> **Art. 283 ibid.**



es de Gandhi. En cambio, una sentada, una marcha, los cortes de carreteras, siempre provocarán, para los propios participantes, cambios de horarios, atascos en el tráfico, que se traducen en situaciones conflictivas de ambos lados.

Para jurista española Carmen Lamarca Pérez, el problema al que se ha visto abocado el Tribunal Supremo español, es distinguir la resistencia grave de la leve en función de que la primera ha de ser activa y la segunda meramente pasiva, resulta entonces muy difícil diferenciar la resistencia leve de la desobediencia. (Lamarca, 2017) La Catedrática de la Universidad Carlos III de Madrid, apunta “En algunos casos, el propio Tribunal Supremo ha admitido como resistencia leve supuestos de escasa violencia [...] o violencia meramente defensiva, [...] en mi opinión, para poder distinguir entre ambas conductas es preciso que la resistencia suponga ejercicio aunque sea mínimo de la fuerza” En definitiva, la diferencia entre resistencia leve y desobediencia, es el empleo de una fuerza mínima en la primera, que impida a la autoridad el ejercicio de sus funciones. Para ilustrarnos (Lamarca, 2017) citando a Juanatey (1997) nos da un ejemplo usado por esta autora: “soltando o no atando al perro que impide a la autoridad la entrada de la autoridad para realizar un registro”

La desobediencia, en cambio, supone el incumplimiento de una orden positiva u omisiva, negándose a cumplir lo que la autoridad pide realizar o prohíbe.

Finalmente, según (Lamarca, 2017) de acuerdo a reiterada Jurisprudencia española (como la STS de 4 de mayo de 2007) la orden debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Ha de ser dictada por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones
2. Debe tratarse de una orden expresa, clara y terminante
3. Requiriendo a un sujeto o sujetos de forma personal y directa

Entonces, como causas de justificación –propia de exclusión de la antijuridicidad– si admite la legítima defensa, cuando los actos de la autoridad sean contrarios a derecho.<sup>36</sup> La doctrina en este punto no es pacífica, pues pueden existir actos antijurídicos obligatorios, que son contrarios a derecho, con la opción de ser revisados en las vías legales correspondientes. En estos casos, Muñoz Conde (2013, pág. 810) citado por (Lamarca, 2017, pág. 981) cree que puede concurrir el estado de necesidad.

El tipo penal es doloso, no admite la comisión culposa, pues el dolo abarca el conocimiento de la orden y de quien es el destinatario.

---

<sup>36</sup> Nótese que el contenido del artículo, si bien se refiere a órdenes y prohibiciones legítimas, omite mencionar que deben ser firmes o ejecutoriados, lo cual no me parece cualquier omisión; pues la orden podría ser luego revocada.



Configuración del delito: Es un delito de mera actividad (pues no se exige resultado) de consumación inmediata, cuya expresión nuclear es la de negarse. Según la doctrina española

El tipo básico de desobediencia funcionarial en canto a la acción, consiste en negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a determinadas órdenes judiciales o administrativas [...] constituyendo un tipo de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material. Por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la omisión o pasividad propia de quien se niega a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor (Mestre, 2017).

Llama la atención el baremo de la penalidad excesivamente alta que puede llegar hasta los cinco años, a lo que hay que añadir la multa que podría ser entre diez y doce salarios básicos unificados del trabajador<sup>37</sup>

Cierro el análisis con una reflexión de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien postula que la tipicidad, en este tipo de delitos debe ser meticulosamente reducida, para evitar caer en inconstitucionalidades.

La desobediencia a un funcionario público podrá acarrear sanciones administrativas, eventualmente contravencionales, puede pensarse que incluso puede ser típica, *pero solo en los casos que esta provoque lesión a otros bienes jurídicos de cierta magnitud* y en casos muy puntuales y graves, *pero no cualquier desobediencia a un funcionario en ejercicio de sus funciones, por legítimas que estas sean, puede configurar un delito*, porque el ámbito de esa tipicidad alcanzaría una extensión inaudita e incompatible en un Estado de derecho: sería delito negarse a mostrar la licencia de conductor requerida por un agente de tránsito, a entregar la documentación al policía que la requiere, a pagar un impuesto o una tasa ante requerimiento oficial, desobedecer la orden de no fijar carteles o la de dejar de fumar en lugar prohibido (Zaffaroni R. , 2012). *Las cursivas son mías.*

---

<sup>37</sup> Art.70 numeral 7 COIP



#### 4 El Delito de ataque o Resistencia

**Art. 283:** La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, o a los depositarios o agentes de la fuerza pública, o a los comisionados para la percepción de impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos o 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 sancionados con penas privativas 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 sancionados 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 iniciativa 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 sancionado con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años<sup>38</sup>

Este delito de resistencia violenta, es decir cualificada, no es sino el delito de *atentado* que recoge nuestro Código. *Atacar*, según el diccionario de la lengua española significa: *acometer, embestir, con ánimo de causar daño*.<sup>39</sup>

##### 4.1 Introducción a esta forma de delincuencia:

Un breve antecedente histórico de este tipo de delitos basados en figuras asociativas, encuentra su justificación en la denominada razón de Estado que se opone a la tradición del derecho a la resistencia. Sin duda, la emergencia del terrorismo político, ha vuelto a poner en el debate un viejo tema: el de los delitos políticos, donde hay un choque inevitable entre los ciudadanos y los intereses del estado en donde se ponen en juego la soberanía y los intereses políticos fundamentales.

---

<sup>38</sup> Código Orgánico Integral Penal

<sup>39</sup> <https://dle.rae.es/?id=48mrGJP|48n9xGt|48o83Vt>





Antes de las codificaciones modernas, estos delitos tienen origen en Roma, en donde bajo la categoría de los *crimina laese maiestatis*, englobaba cualquier ataque a la independencia, y seguridad del Estado, y por lo tanto desconocía en absoluto el principio de legalidad. Con razón (Ferrajoli, 2011, pág. 809) acota que, en la configuración moderna de los delitos políticos, aún quedan residuos de la figura de los *crimina maiestatis*, y añade “piénsese en las diversas figuras de “atentado” y de “desacato” y en los “delitos de asociación subversiva”, “banda armada” e “insurrección armada, que comparten con las antiguas figuras de los delitos de lesa majestad la absoluta indeterminación de significado”.

#### **4.2 Bien jurídico protegido**

Al igual que en el delito anterior, protege la dignidad de la función pública. La infracción supone una alteración de la paz social cuya organización y defensa exige la protección de la autoridad en ejercicio de sus funciones. Como explica, Carmen Lamarca:

Se trata de una protección mediata del Estado, ya que éste actúa a través de sus funcionarios y autoridades, que, en el tipo concreto de atentado, se cifra en el respeto que merecen los poderes legítimos en ejercicio de sus funciones (Lamarca, 2017).

#### **4.3 Tipo Básico: Sujetos intervinientes y materialidad**

En el tipo básico (primer inciso de la norma) el sujeto activo puede ser cualquier persona; y, en cuanto al sujeto pasivo, la infracción debe recaer sobre los funcionarios públicos nominados en ella. Pero no sólo es necesario que el sujeto pasivo reúna objetivamente esas cualidades, sino que se requiere que actúe en ejercicio de sus funciones, o cumpliendo órdenes y reglamentos de la autoridad; por lo tanto, la conducta será impune cuando los actos se lleven a cabo por motivos particulares, ajenos a la función o cargo que ostenta la víctima.

El tipo de atentado puede realizarse con ataque o resistencia con violencia o amenazas, es decir resistencia grave, o acometiendo al sujeto pasivo. En realidad, pocas diferencias hay entre agresión y acometimiento que supone el comportamiento más habitual y entraña un ataque físico. Según (Lamarca, 2017, págs. 979-980) se trata del intento de menoscabar la vida o la salud del sujeto mediante acciones idóneas como, por ejemplo, golpear, empujar, lanzar piedras u objetos, disparar o colocar artefactos explosivos. Según (Fontán Balestra, 1990) quedan excluidos otros medios como la astucia, el engaño o la persuasión, eventos en los cuales el hecho no sería constitutivo de atentado.



En cuanto a las amenazas, la norma no señala su intensidad, lo cual puede llevar a que se incluya cualquier tipo de amenaza que no conlleven violencia, y que pueden formar parte de la protesta social, como por ejemplo la amenaza de cerrar vías. En todo caso, desde el punto de vista gramatical, amenazar significa *Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien*. Este concepto coincide con el jurídico-penal, según que el mal con que se amenace importe un delito.

La Legislación española, con la cual – sobre este delito– he realizado un examen comparado, postula con mayor propiedad de *intimidación grave*, que exige infundir temor lo que se expresa a través de una amenaza.

La intimidación propia del atentado – dice (Lamarca, 2017) – consiste en la conminación con causar un mal inmediato en la vida o integridad de forma seria, es decir, de forma capaz de amedrentar objetivamente a la víctima y, así, por ejemplo, apuntándola con un arma. Tanto esta conducta, como la de violencia, que también hace referencia a un ataque físico, deben ir encaminadas a realizar un acto de resistencia grave, esto es, a no acatar una pretensión previa de la autoridad e incluso obstaculizar una actuación de la misma, pero para apreciar el tipo de atentado la jurisprudencia requiere que la resistencia sea activa

#### **4.4 Los Tipos Agravados**

La pena se agrava en dos supuestos, que constan en el segundo y tercer inciso

- Cuando los atacantes son muchos, y actúan en base a un concierto previo (la pena se incrementa de uno a tres años)
- Cuando son armados, la pena se incrementa al grado superior (tres a cinco años)

La norma es ambigua ¿Cuántos son *muchos*? ¿ tres, cinco, siete, diez?

Tampoco clarifica que penalidad merecerían aquellos *muchos* que estén desarmados, pues el tercer inciso da por entendido que ese colectivo es de armados, pues agrava el tipo cuando esas personas están “además” con armas.

Puede también suscitarse polémica sobre el concepto de arma, siendo las más comunes las de fuego y blancas, con sus distintas clasificaciones; no así los palos o las piedras, que son propiamente objetos, lo que supondría una posibilidad de aplicar esta agravante en la mayoría de los casos. A la luz del artículo 13 del COIP creo que debería interpretarse restrictivamente el término arma, limitándola a las de fuego y a las armas blancas.



Esta oscuridad de nuestro Legislador que “resume” en un solo artículo un delito que entraña ciertamente varias circunstancias, la encontramos mejor regulada en la legislación española, en donde el Ar. 552 se refiere para el tipo calificado al uso de armas *u otros objetos peligrosos*.

El COIP tampoco dice nada del uso de explosivos o cocteles incendiarios (cocteles molotov) o el uso de spray de defensa no autorizado que por su idoneidad para el ataque o defensa deberían ser objetos peligrosos que podrían asimilarse a las armas. Recordemos que en el Centro de Privación de Turi en Cuenca, recientemente un interno perdió la vida cuando fue impactado en la cabeza por un objeto. Queda abierta la discusión a sí se usó un arma o un objeto peligroso

Finalmente, la primera parte del inciso cuarto contiene una ***circunstancia agravante constitutiva del tipo***, pues incrementa la pena en un tercio para la persona que incite a la fuerza pública a ejecutar las conductas señaladas en los tres primeros incisos. Si bien la norma se refiere al incitador que obra sobre miembros de la fuerza pública que van a participar en el delito (que lo más probable es que vayan armados) nuevamente me queda en este caso la duda de sí podemos o no considerar el atentado a la autoridad, cuando se lo realiza con armas, pues como bien señala (Lamarca, 2017) “un mismo hecho serviría para calificar la conducta como atentado del tipo agravado y para apreciar la circunstancia agravante”

En definitiva, sólo se podría aplicar el tipo básico, más alguna de las agravantes de los incisos segundo y tercero.

#### **4.5 El Tipo Penal Agravado. Dificultades en el Resultado**

Similar situación ocurre en el inciso final, pues agrava al atentado, que el acto pueda causar un conflicto que provoque lesiones, o la muerte de los funcionarios y eleva el techo de la pena de veintidós a veinte seis años; en este caso resulta obvio que la peligrosidad derivada del uso de armas que, es lo más común, no puede ser nuevamente considerada.

Además, el Legislador deja abiertas las puertas de la incertidumbre por donde escapa el *principio de tipicidad*. Así, los resultados pueden ser desastrosos. Las interrogantes surgen. ¿Las lesiones son ¿leves? ¿Graves? o ¿permanentes? Adivinando, y por la adjudicación de la pena, suponemos que son las últimas, es decir, las más graves. ¿Qué ocurre si aquellas lesiones que se producen a consecuencia de un conflicto, no pasan de ocho días, y sólo tienen una sanción de entre treinta y sesenta días? ¿Qué pasa, si la incapacidad o afectación de salud obedecen a una lesión de una entidad incapaz de poner en riesgo la vida? Insólitamente el Legislador, supone *ex ante* que esas lesiones van a producir la pérdida o inutilización de un órgano, pérdida del sentido e inutilidad del habla, etc., y lo hace, sin ni siquiera describir que en la agresión hubieren de utilizarse armas letales, instrumentos u objetos peligrosos para la vida o salud física o psíquica del lesionado.



Recordemos de otro lado, que la consumación en este delito, queda cumplida con la acción física que se traduce en el ataque o la resistencia contra el Funcionario; no es necesario un resultado. Bien dice (Fontán Balestra, 1990) “más importante que decidir si la fuerza puede recaer sobre el propio funcionario, sobre terceros [...] es apreciar su idoneidad para imponer al funcionario público la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones”. Más adelante, continúa “con la intimidación o la fuerza el autor se propone imponer al funcionario que haga u omita un acto propio de sus funciones”

Así también, da por hecho que la muerte en el ataque se asimila al asesinato, olvidando que esta conducta gravísima<sup>40</sup> tiene circunstancias específicas que deben cumplirse para que se configure e tipo, en virtud del *principio de taxatividad o tipicidad*, y por ello merece un reproche de pena alto.

Por lo tanto, aquella persona que con *culpa* mate a uno de aquellos funcionarios públicos que obra en cumplimiento de sus funciones, nominados en el tipo básico, debían regularlo como *un tipo agravado del delito de homicidio* y no confundir todo en el delito de atentado. En este caso ¿podría existir un concurso ideal? Sí, pero con los comportamientos penales que corresponden a *lesiones u homicidio*, y no con el asesinato.

Concuerdo en este punto con la Legislación Española, que en el artículo 138.2 de su Código Penal que se refiere al homicidio, introduce un tipo agravado, cuando los hechos son constitutivos del delito de atentado.

Alonso de Escamilla lo dice muy bien, pues refiriéndose al homicidio, comenta:

El artículo 138. 2 b) establece una agravación cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 CP. Ya en la exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del CP, se justificaba esta novedad en dotar a los integrantes de las fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, de una mayor y especial protección, lo que constituye una opción de política criminal. *El tipo agravado tendrá lugar en los casos en los que el homicidio tenga como sujeto pasivo a una autoridad, agente de esta o funcionario público en el ejercicio de las funciones de su cargo o cuando el delito tenga lugar con ocasión de estas.* (Las cursivas son mías) (Alonso de Escamilla, Avelina, 2017).

---

<sup>40</sup> Art. 140 COIP.



En definitiva, la norma debe subsumir dentro del delito de ataque, y por lo tanto sancionarlo con la pena para éste. Otros hechos punibles, como las lesiones o la muerte deben ser sancionadas autónomamente, pues *desde el punto de vista fáctico*, no es posible, *en un conflicto*, individualizar responsabilidades, lo cual es inexcusable en materia penal. Las dificultades para probar quien – en medio de un conflicto– hirió o mató a otro, con qué intención, parecen insuperables.

#### **4.6 Estudio Comparado:**

En España, la reforma introducida por la Ley Orgánica <sup>41</sup>(L.O 1/2015) que entró en vigencia el 1 de julio de 2015. El artículo doscientos cuarenta de ésta Ley<sup>42</sup>, modifica el artículo 550 de la anterior regulación legal, que queda redactado como se observa en la tabla 1:

---

<sup>41</sup> La L.O 1/2015 de 30 de marzo, modifica la ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre, que modifica el Código Penal.

<sup>42</sup> [noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/549720-lo-1-2015-de-30-mar-modifica-la-lo-10-1995-de-23-nov-del-codigo-penal.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/549720-lo-1-2015-de-30-mar-modifica-la-lo-10-1995-de-23-nov-del-codigo-penal.html)



**Tabla 1. Comparativa**

Ecuador		España	
Delito de ataque o resistencia	Pena	Delito de atentado	Pena
<p><b><u>Tipo básico:</u></b></p> <p>Quien ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública,</p>	6 meses a dos años	<p><b><u>Tipo básico:</u></b></p> <p>Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.</p>	Dos a cuatro años si es autoridad; y multa en los otros casos
<p><b><u>Tipo agravado 1:</u></b></p> <p>Muchos autores, con concierto previo</p>	Uno a tres años, multa de 4 a 10 SMU	<p><b><u>Tipo agravado 1:</u></b></p> <p>Uso de armas u objetos peligrosos; lanzamiento de objetos; acometida con vehículos a motor; motín en centro carcelario. Uso de explosivos, incendio, líquidos inflamables</p>	Penas superiores en grado
<p><b><u>Tipo agravado 2:</u></b></p> <p>Los atacantes además están armados</p>	Tres a cinco años, multa de 10 a 12 SMU	<p><b><u>Tipo agravado 2</u></b></p> <p>Si es contra Miembros del gobierno, Consejo de gobierno de las comunidades autónomas, diputados, senadores, miembros del poder judicial o magistrado constitucional</p>	Cuatro a seis años y multa



Universidad de Cuenca

<b><u>Agravante específica 1:</u></b> Cuando se incita a la fuerza pública a ejecutar las conductas anteriores	La pena prevista más un tercio		
<b><u>Agravante específica 2:</u></b> Cuando se producen lesiones o la muerte del funcionario	22 a 26 años, mas multa de 800 a 1000 SMU		



Entonces el artículo doscientos cuarenta de la ley 1/2015 que modifica el artículo 550 de la anterior regulación legal, señala

1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

El artículo doscientos cuarenta y uno, modifica el art. 551 que queda así:

1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra la autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses”.

El artículo doscientos cuarenta establece que el artículo 552 del CP queda redactado en los siguientes términos:

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que el atentado se cometa:

1º Haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos.

2º Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.

3º Acometiendo a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo uso de vehículo a motor.





4° Cuando los hechos se lleven a cabo con ocasión de motín, plante o incidente colectivo en el interior de un centro penitenciario”.

Siguiendo con el orden de la reforma legislativa operada, el artículo doscientos cuarenta y tres modifica el artículo 554, el cual dispone:

1. Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra un miembro de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado.
2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.
3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente:
  - a) A los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones.
  - b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

## **5 LOS DELITOS CONTRA LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL**

### **5.1 Comentario sobre los delitos políticos**

Ya en el punto 2.4.1 de este trabajo, me referí a la naturaleza política de estos delitos como la paralización de servicios públicos y la rebelión, y que, además – como ya explicamos– integran un derecho penal de Tercera velocidad.

Sobre la delincuencia política existe amplísima literatura, sin embargo, para efectos de esta tesis me he de referir fundamentalmente a la sentencia C-456 de 1997 de la Corte Constitucional Colombiana con la ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, para luego seguir con otros insumos a esta materia que hace el tratadista argentino Edgardo Alberto Donna.

Sobre las perplejidades en torno al delito político (Donna, 2002) citando a Aguirre Obarrio nos pone este ejemplo:



Lo cierto, es cómo termina una batalla. Si Bruto I gana, Bruto II es sedicioso y condenado, si Bruto II gana, es héroe, el salvador, el gobernante legítimo, y Bruto I el usurpador, el delincuente. Pero con el tiempo, no faltarán flores en la tumba del perdedor, flores de admiración, de gratitud, del recuerdo

Existen entonces dos posturas en torno a este tipo de delincuencia. Una autoritaria, vinculada a la suprema razón de estado; y, otra democrática, con distintas posturas respecto al comportamiento de los rebeldes.

La primera se funda en la tradición del *crimen maiestatis* que cubre casi dos milenios: desde Roma hasta 1786 cuando es abolido. El crimen de lesa majestad es una creación caprichosa del príncipe con el fin de mantener el poder absoluto. Bien acota (Ferrajoli, 2011, pág. 809) este crimen “comprendía cualquier ofensa – incluso la más leve hasta la *cogitatio o voluntas sine actu* – a la autoridad del soberano.

La segunda, se funda en cambio en el derecho de resistencia, en la filosofía pluralista, tolerante con disidentes que tienen derecho a presentar sus proyectos políticos. Como señalan extractos de **la sentencia C-456-1997**

Al rebelde no se le sanciona, en el contexto de esta ideología, por los proyectos que busca realizar, sino por los medios que emplea en su búsqueda [...] Las declaraciones de Filadelfia, Virginia y Francia recogen un legado ideológico que puede resumirse así: la disensión y la heterodoxia no son delitos sino derechos. Al discrepante armado se le debe sancionar por armado, pero no por discrepante; y como el derecho penal culpabilista, corolario obligado de la filosofía política democrática, toma en cuenta los móviles de la acción delictiva, a quien obra con ideales altruistas, se le debe tratar con benevolencia. Tal es el sustento filosófico del tratamiento penal más benigno al delincuente político frente al delincuente común. (Gaviria, 2002, pág. 304)

## **5.2 Criterios para tipificar del delito Político**

Estos son dos:

- i. El Objetivo, atiende para la construcción del delito, al bien jurídico que se quiere amparar y proteger del peligro: esencialmente el régimen constitucional, circunscribiendo la delincuencia política a las conductas que el propio legislador juzga lesivas (Gaviria, 2002, págs. 304-305)
- ii. El Subjetivo, en cambio atiende al móvil que anima al agente al momento de cometer el ilícito, independientemente del bien jurídico tutelado.



Como señala (Donna, 2002) este criterio comenzó a prevalecer con el advenimiento de las ideas liberales, “favorable a la benignidad de las infracciones políticas, en que predominaba la convicción del autor”

En nuestro sistema– al igual que en la legislación colombiana – predomina el primer criterio, aunque sumado a un fin teleológico, que el alzamiento tenga por objeto el derrocamiento del gobierno vigente, o el desconocimiento de la Constitución, en definitiva, que el móvil sea político. Ese propósito específico es elemento constitutivo del tipo.

La Corte Constitucional colombiana en muchas sentencias, ha prohiado un trato benévolo al delito político diferenciándolo de la delincuencia común. Muestra de ello es la sentencia **C-9 de 1995**, bajo la ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa- dice el Colegiado:

El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y partícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que persigue. Si bien es cierto, el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promuevan el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe pues, hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención (Gaviria, 2002, pág. 305).

Nuestra Constitución distingue el delito político del delito común, pues para el primero prescribe un tratamiento diferente, con beneficios como la amnistía y el indulto, que son atribuciones de la Asamblea Nacional<sup>43</sup>

Con esta breve reseña, entremos en materia

### **5.3 La Paralización del Servicio Público**

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

---

<sup>43</sup> **Art. 120 Numeral 13 de la Constitución.**



La paralización del servicio público ha sido una de las manifestaciones típicas de la protesta en América Latina. Ejemplos hay muchos, puedo citar el caso “Schifrin” en el año 2002 que lo encontramos en (Gargarella R. , 2016, pág. 197)

En 1997 la maestra Marina Schifrin participo en una manifestación en el Sur de la Argentina, reivindicando mejoras salariales. La protesta contó con el apoyo de padres y alumnos, y había sido organizada por lo maestros de escuela. Los manifestantes decidieron bloquear carreteras – en el caso, la ruta nacional 237 en Bariloche –, con el fin de hacer valer sus reivindicaciones. La decisión del Juez Federal Leónidas Moldes encontró culpable a Schifrin al ser una de las líderes de la protesta, y la sentencia “incluía una orden de abstenerse de participar en manifestaciones públicas que tuvieran lugar en ruta interjurisdiccionales durante los siguientes dos años” (Gargarella R. , 2016, pág. 197) La decisión fue confirmada en apelación por la Corte Nacional de Casación.

Como *ratio decidendi* en la sentencia, el Tribunal se valía del argumento democrático para condenar a Marina Schifrin. La Corte señala que, según la Constitución Argentina, “sólo hay una forma de expresar la voluntad soberana del pueblo” que es el sufragio. A través de este medio, el pueblo “acepta o rechaza las alternativas de la clase política” (Gargarella R, 2016) Me parece un absurdo que tan Alto Tribunal tenga una concepción tan limitada de la democracia, reducida a la actividad electoral. ¡nada más!

En Ecuador, según (Salazar, 2012) la jurisprudencia sobre casos penales relativos a protesta no es alentadora. La autora da varios ejemplos: A fines de 2009 varios taxistas fueron detenidos y acusados de sabotaje y terrorismo luego de participar en un corte de vías para exigir a las autoridades que controlen la proliferación de taxis ilegales. El paro impidió el paso de una Comitiva Presidencial.

Pepe Acacho y miembros de la Comunidad indígena Shuar, enfrentaron varios juicios por sabotaje y terrorismo por participar en la marcha nacional contra el agua.

En mayo de 2011, la Sala de lo Penal de la Corte provincial de Justicia del Azuay condenó a tres dirigentes – entre ellos el actual prefecto Yaku Pérez– por el delito de obstrucción de vías, luego que ellos la cerraran como protesta ante la actividad minera que ponía en riesgo las fuentes de agua de Quimsacocha, situada cerca de la parroquia Tarqui. En principio, en ésta causa se intimó por los delitos de sabotaje y terrorismo, pero ante la orfandad de prueba de cargo, estas figuras



<sup>44</sup>fueron dejadas a un lado, y los condenaron a un año de prisión por obstrucción de vías, aunque la pena se redujo a ocho días por considerarles personas sin peligrosidad.

La Relatora para Libertad de Expresión de la CIDH señala que

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 e 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.<sup>45</sup>

### **5.4.3 Bien jurídico protegido, tipo objetivo y subjetivo**

El COIP acoge la nueva rúbrica “Delitos contra la Estructura del Estado Constitucional” y corrige aquella vieja presente aun en el CP vigente hasta agosto de 2015, en donde la rebelión y paralización de servicios públicos se ubicaban como “Delitos contra la Seguridad del Estado” La doctrina penal ha sido sumamente crítica con el concepto Seguridad de Estado, pues muchas veces se confundía con la seguridad de los detentadores del poder.

Desde el punto de vista político esta situación cambia con la nueva Constitución de Montecristi, de modo que el bien jurídico protegido es la tutela del orden constitucional.

Las acciones que se castigan son:

- i. Impedir, en el sentido de imposibilitar. Se puede impedir el paso del transporte cerrando una vía, colocando cualquier cuerpo que impida el paso de los vehículos
- ii. Entorpecer, dificultar, obstaculizar. Por ejemplo, lanzando proyectiles contra los vehículos. También colocando clavos en las vías, o los denominados “miguelitos”
- iii. Paralizar de acuerdo al diccionario de la Lengua Española, es detener, impedir el movimiento de lago

---

<sup>45</sup>

<https://www.bing.com/search?q=la+agenda+de+la+relatoria+especial+para+la+libertad+de+expresion+ci+dh&form=EDGEAR&q=HS&cvid=8126c5a10cf04ce88e768951045ffe19&cc=EC&setlang=es-ES>



- iv. Resistirse violentamente al restablecimiento del mismo. En la resistencia violenta debe haber fuerza que se materialice en el lanzamiento de objetos peligrosos, o el uso de armas
- v. Tomarse por la fuerza un Edificio o Instalación pública.

La doctrina mayoritaria entre ellos (Donna, 2002) considera que es un delito doloso, aunque admite el dolo eventual, pues el fin inmediato puede ser otro, como una huelga, una protesta. (Zaffaroni R. , 2012) incluso cree que en los delitos que pueden cometerse a consecuencia de la protesta, entre los cuales, son frecuentes los de daños, lesiones, y resistencia, puede analizarse detenidamente en cada caso si pueden concurrir las causas de justificación, esto es, la legítima defensa y el estado de necesidad. Así pues, al referirse a la legítima defensa de terceros, indica:

[...] quien coopera con alguien que actúa justificadamente, también lo está haciendo amparado por la causa de justificación de que se trate y, en el caso de la legítima defensa, está especialmente regulada la legítima defensa del tercero. Esta última presenta la particularidad de que, en caso que el agredido hubiese provocado suficientemente al agresor, el tercero puede igualmente defenderlo legítimamente [...] Esto es importante en casos de represión violenta de manifestaciones o reuniones públicas.

#### **5.4.4 Consumación y Agravante**

Se consuma al realizar alguna de las acciones, de manera que es instantáneo y material. Puede admitir tentativa. No encontramos un tipo agravado

#### **5.4.5 Tipo penal de Tercera velocidad. Vulnere el derecho a la Resistencia**

Este tipo penal es de tercera velocidad, y fue utilizado en el gobierno del ex presidente Rafael Correa para criminalizar la protesta social. Uno de los casos emblemáticos fue justamente aquel corte de vías realizado por miembros del pueblo Saraguro que, desencadenó una violenta represión. La protesta es un elemento que el estado debe tolerar, dentro de un régimen democrático, pues no necesariamente esta encauzada a desconocer el estado de derecho, ni a deponer al gobierno, sino buscar que ciertos derechos sean atendidos por las Instituciones creadas para ello. El caso “Schifrin” y Saraguro son buenos ejemplos de ello.

Es decidor lo que señala (Molina, 2018) en su ensayo:



El tipo penal se erige como un mecanismo de tercera velocidad que integra las características propias del DPE [...] La instauración del *arquetipo del enemigo* en la psiquis colectiva, pretende legitimar ante la opinión pública la aplicación del DPE. El programa de *alienación comunicacional*, producido por el poder ejecutivo y cuya aplicación se ejerció a través de los *enlaces ciudadanos*, tenía dos objetivos: el primero enaltecer los “logros” del partido político de gobierno y el segundo; instaurar el *arquetipo del enemigo* en el plano consciente de la ciudadanía.

Tal como demuestran las declaraciones del ex presidente de la República en el Enlace ciudadano No 172 de 15 de mayo de 2010, cito: “y aquí no han perdido fuerza estos grupos anarquistas, estos grupos que a punta de palo y piedra querían desestabilizar el país”, lo que hace la dirigencia de la CONAIE no es resistencia es agresión

Este tipo penal vulnera entonces el derecho de resistencia; pues agruparse con pancartas en calles, avenidas o carreteras forma parte de la protesta social; pues la paralización de servicios públicos, en tanto sea pacífica, es una forma de lucha social que promueve la tutela de derechos, por acciones u omisiones del estado. No se puede entonces, tipificar conductas que sean incompatibles con la democracia, sobre todo en sociedades injustas. Resulta obvio que las concentraciones públicas no sólo deben darse para manifestar complacencia. El derecho a la protesta está reconocido, sino también el derecho a la tutela judicial de nuestros derechos.<sup>46</sup>

Desde luego, los movimientos sociales deben buscar protestas organizadas, que impidan que grupos de infiltrados generen violencia y legitimen la represión, menoscabando ante la ciudadanía, su propia lucha.

Con este tipo de delitos, lo que se busca es el silenciamiento o “*chilling effect*”

#### 5.4 El delito de rebelión

**Art. 336** La persona que se alce o realice acciones violentas que tenga 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 sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

---

<sup>46</sup> Art. 75 de la Constitución.



La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años

1. Se levante en armas para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones
2. Impida la reunión de la Asamblea o la disolución
3. Impida las elecciones convocadas
4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado

Como primer acierto, está la eliminación del término rebelión, que aparecía en el Art. 218 del CP pues tenía una connotación heroica. Más allá de la redacción, la rebelión es el alzamiento en armas.

La rebelión es sin duda el delito político por excelencia pues ataca las mismas bases del modelo constitucional (Lamarca, 2017). Es un delito de naturaleza colectiva, que se traduce en un alzamiento para deponer un gobierno legítimo.

#### **5.4.1 Bien Jurídico Protegido, la conducta típica. Tipo básico y agravado**

Idéntico al analizado supra. Es el orden constitucional.

La acción debe ser violenta y pública, es decir, se traduzca en una expresión inequívoca. En nuestra historia política recordamos el golpe de 1 de septiembre de 1975 denominado “Golpe de la Funeraria” bajo el mando del General Raúl González Alvear que pretendió derrocar en ese entonces el gobierno dictatorial del General Guillermo Rodríguez Lara.

La exigencia de la violencia, excluye las meras proclamas y declaraciones que, pueden quedar acotadas en el legítimo derecho a la libertad de opinión.

En el tipo básico, el requisito de la violencia parece exigir la presencia de armas, pero la doctrina coincide que no es necesario hacer uso de la fuerza, siendo suficiente la amenaza de su utilización, como por ejemplo, exhibiendo los tanques a la calle (Lamarca, 2017) Con ello coincide (Donna, 2002) al citar una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina que expresa “El uso de las armas que requiere el alzamiento no es el empleo efectivo de ellas, sino simplemente su ostentación”

El Tipo agravado contiene cuatro supuestos, entre ellos encontramos. “Quien impida la reunión de la Asamblea”. Aclaro que el hecho de “impedir” no significa obviamente suprimir las





facultades de los Legisladores, porque ello estaría más bien contemplado en el cambio constitucional. El tipo viola el principio de proporcionalidad; así pues, si varios manifestantes forman una cadena humana con este propósito impidiendo el paso de los Legisladores al Edificio de la Asamblea, podrían entonces ser reos de rebelión, y recibir una condena tan drástica.

Por lo tanto, esta conducta es más cercana a la sedición prevista en el artículo 342 del COIP, que también es un alzamiento, pero con el fin de impedir transitoriamente el funcionamiento del régimen constitucional o legal. El sedicioso no desea derrocar a nadie, sino la suspensión temporal de Tribunales de Justicia, o de las Cámaras.

#### **5.4.2 Conducta: la consumación extingue al delito**

Es un tipo de consumación anticipada, pues para que se configure es necesario la presencia del grupo que pretenda derrocar al gobierno. Es obvio que, si el ilícito llega a consumarse realmente, ya no existirá delito que perseguir, al tomar los rebeldes el poder. No están claros en nuestra legislación los actos de proposición, conspiración o provocación a sancionarse.

Sobre este punto (Rodríguez, 2014) se pregunta ¿Es necesaria la tipificación de este delito? Y contesta: Probablemente sí, a pesar de que no se juzga actos consumados sino meros actos preparatorios, es tanto así que el hecho de levantarse en armas *per se* no significa ni siquiera que se pueda desestabilizar al régimen, mucho menos derrocarlo.

Al respecto, en el mes de abril de 2019 fuimos testigos de una insurrección armada en Venezuela, cerca del Complejo Militar “La Carlota” sin que el hecho haya podido causar realmente los efectos que el jurista ecuatoriano anota. Mal podemos entonces pensar que eso sea rebelión, claro está, bajo la configuración de nuestro Código. Entonces, como hay un adelantamiento de la punibilidad al mero hecho de anunciar un levantamiento de armas, es una forma del DPE.

#### **5.4.3 Participantes**

La rebelión es un delito de convergencia, es decir, exige una pluralidad de sujetos que pueden ser civiles o militares. Obviamente requiere un elemento organizativo, una especie de gobierno al interior del grupo que, como en los casos de terrorismo, es el auténtico sujeto de la acción.

Es interesante sobre este tema analizar lo que dijo el Tribunal alemán de *Schleswing-Holstein*, luego de que el 25 de marzo de 2018 fuera detenido el líder separatista catalán Carles Puigdemont quien está acusado en España de los delitos de malversación y de rebelión. El primero no interesa en este análisis; y sobre el segundo, el Colegiado dijo



A diferencia de cómo pudiera verlo el derecho español, en Alemania, la fuerza de la masa que se deriva de una gran reunión de personas no será suficiente para alcanzar el nivel de violencia que requiere el art. 81 del código Penal [...] más adelante cita la sentencia del Supremo de 1983, Alexander Schubart, en relación a la ampliación del aeropuerto De Fráncfort, que el Tribunal considera “no sólo comparable, sino en muchos idénticos”. El acusado convocó manifestaciones en contra de la ampliación y miles de personas se enfrentaron a la policía durante horas en toda Alemania. El acusado pretendía presionar al gobierno del *Land de Hesse* para que retirara el proyecto de ampliación del aeropuerto. El Supremo constató que el acusado amenazó con violencia y la ejerció a través de terceras personas, pero la Corte *no lo consideró suficiente* porque *no se doblegó la voluntad del órgano constitucional*, que no se vio impedido de actuar a pesar de la violencia (Carbajosa, 2018).

En definitiva, el caso de Puigdemont es similar al del Aeropuerto de Fráncfort [sic], pero “Los actos no habrían sido suficientes, como muestra la historia para ejercer la suficiente presión al gobierno para forzarle a capitular la de demanda de los violentos” (Carbajosa, 2018)

Esto demuestra que según la doctrina alemana el delito de alta traición, según su Legislación, es un delito en donde la fuerza *de la masa*, donde participan una gran reunión de personas, *debe ser suficiente para alcanzar el nivel de violencia* que demanda el artículo 81 de código Penal alemán.

Finalmente, el delito es de naturaleza dolosa, con dolo directo, pues la voluntad está dirigida desde el inicio a conseguir aquellas metas que fija el tipo. Se excluye la tentativa.

Se requiere que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, motivación o impulso. Con lo cual, la esencia de este delito está en el elemento subjetivo, lo que lleva a que el alzamiento en armas sólo tenga relevancia si existe esa intención de autor. (Donna, 2002)

#### **5.4.4 Problemas de antijuridicidad: El Error**

El COIP no establece una penalidad escalonada dependiendo de si el reproche de la pena se dirige a los jefes de la rebelión, es decir, los que haya sostenido el mando; los que son meros subordinados; estos últimos, por obvias razones merecerían una pena atenuada. Esto tiene importancia, incluso para una correcta identificación de la autoría, y para una adecuada diferenciación entre autores directos, y autores mediatos, categoría ésta última, donde suelen estar los jefes de las organizaciones delictivas <sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Ver Art. 42 del COIP



La legislación española, mucho más precisa que la nuestra, señala como sujetos activos, no sólo a quienes ejercen jefaturas, los mandos subordinados, sino a los “meros participantes”<sup>48</sup>

Se podría, sin embargo alegar que la orden de los jefes es ilícita, y que se obró en base a un estado de necesidad justificante para salvar a la República en los casos que el Poder Público sea despótico y ataque los derechos humanos; miedo insuperable, e incluso bajo error de prohibición ( al creer que la orden era lícita) En definitiva uno de los subordinados puede obedecer el *contenido de la orden*, y no la orden *en sí*, que sigue siendo ilícita, pero bajo error, o estado de necesidad que le sugieren cumplir las órdenes.

Es un tema que, por su alcance, no puedo tratar en esta tesis, pero se rige por las reglas generales de la justificación.

---

<sup>48</sup> Art. 473 Código Penal de España.



### CAPITULO III

#### 1. EL DERECHO PENAL EFICIENTE EN EL COIP

*“La Tortuga puede hablar más del camino que la liebre”<sup>49</sup>*

Hemos visto, y dado ejemplos, que en el COIP existen figuras del DPE, DPA, Derecho Penal simbólico, e incluso Derecho Penal de Tercera velocidad que confirma la bipolaridad de nuestro sistema penal. Esas características pueden afectar las garantías penales (Qué juzgar y a quien juzgar) y procesales (cómo y cuándo juzgar) a las que todos tenemos derecho cuando enfrentamos el poder punitivo del Estado. De lo que se trata ahora, es de revisar brevemente algunos “procedimientos especiales” incorporados como excepción al procedimiento ordinario que, a pretexto de descongestionar y evitar la morosidad judicial han puesto en riesgo algunas garantías, como el derecho al recurso; el derecho a la defensa; a la no autoincriminación; la inaplicación de penas sustitutivas y la restricción de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad.

Vale aclarar que el poder punitivo que ejercen los Legisladores, los jueces, y las Agencias Ejecutivas del Estado, debe ser contenido precisamente por los operadores de justicia que detentan el poder jurídico, quienes tienen la obligación de filtrar el poder punitivo, pues su desborde implica que el Estado de derecho devenga en un Estado de policía.

Así pues:

El poder punitivo es todo ejercicio de poder estatal que no persigue la reparación (no pertenece al derecho civil o privado en general) y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente (coerción directa del derecho administrativo). El poder punitivo es manifiesto cuando se habilita como tal en leyes penales y manifiestas (CP y las leyes penales especiales) y es latente cuando se oculta bajo otras formas jurídicas (servicio militar obligatorio, institucionalización psiquiátrica, de personas mayores, de niños y adolescentes) [...] Todo ejercicio del poder punitivo latente debe ser controlado por los jueces para que adopte a forma manifiesta o para hacerlo cesar (Zaffaroni E. , 2009)

---

<sup>49</sup> Frase atribuida Gibran



¿Pero Qué ocurre, cuando los jueces encargados de controlar el dique inteligente, según la gráfica descripción de Zaffaroni, se ven apremiados por políticas, resoluciones y más directrices que, en nombre de la eficiencia (costo-beneficio) privilegian la cantidad sobre la calidad de sus resoluciones? ¿Qué ocurre cuando se aplican modelos de justicia “premial” en el proceso penal, como el delator, el arrepentido? ¿Qué pasa si la prisión preventiva es *prima ratio* y no *última ratio*?

En la exposición de motivos que precede al COIP, ya se anticipa el dilema entre Garantismo y eficiencia. Así pues, cuando se alude al balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal, leemos:

Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a una persona inocente.

El sistema penal tiene que llegar al *término medio* para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia.

Se limita la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal—como víctimas o procesados— tienen en todas sus etapas, derechos y garantías<sup>50</sup>

Otra vez, el ser (la realidad) y el deber ser (las proclamas) entran en pugna; pues ese término medio tan auspicioso en la exposición de motivos, se ha inclinado hacia un Derecho Penal de máximos.

### **1.1 Las recetas eficientistas**

Cuando Luigi Ferrajoli construye el sistema garantista SG fundado proposiciones no sólo asertivas, sino prescriptivas que describen lo que debe ocurrir, nos entrega un modelo de sistema penal, que se rige por diez garantías que son:

---

<sup>50</sup> Exposición de Motivos que precede al COIP (num.6)



Tabla 2. SG

Axiomas	Garantías penales y Procesales
<b>A1 Nulla poena sine crimine</b>	Principio de sucesividad de la pena respecto del delito
<b>A2 Nullum crimen sine lege</b>	Principio de legalidad en sentido lato
<b>A3 Nulla lex( poenalis) sine necessitate</b>	Principio de necesidad o de economía del derecho penal
<b>A4 Nulla necessitas sine injuria</b>	Principio de lesividad del acto
<b>A5 Nulla injuria sine actione</b>	Principio de materialidad de la acción
<b>A6 Nulla actio sine culpa</b>	Principio de culpabilidad o de responsabilidad personal
<b>A7 Nulla culpa sine iudicio</b>	Principio de jurisdiccionalidad en sentido lato
<b>A8 Nullum iudicium sine accusatione</b>	Principio acusatorio o de separación entre el juez y acusación
<b>A9 Nulla accusatione sine probatione</b>	Principio de la carga de la prueba
<b>A10 Nulla probatio sine defensione</b>	Principio del contradictorio, o de la refutación

Estas son las reglas de juego fundamentales del proceso penal. Sin embargo, nuestro Legislador, presionado por el colapso o represamiento del sistema ha incorporado normas de la justicia premial, basado en el *plea bargaining* norteamericano que se traduce en el corto tiempo del proceso, y el bajo costo para el estado. Esta receta del eficientismo llegó al Ecuador, a partir de la Reforma al Código de Procedimiento Penal publicada en el Suplemento del R. o No 360 de 13 de enero de 2000 que incorpora el procedimiento abreviado. Mediante Ley reformatoria publicada en el suplemento del R.0 No 555 de 24 de marzo de 2009, se modifica el procedimiento abreviado, y se añade un más denominado simplificado. “Estas reformas buscaban mejorar la operatividad de los procedimientos abreviado y simplificado, acortando el tiempo procesal para su admisibilidad” (Touma, 2015).

El COIP, elimino el procedimiento simplificado, pero incorporó los siguientes

1. Procedimiento abreviado
2. Procedimiento directo
3. Procedimiento expedito
4. Procedimiento para el ejercicio privado de la acción



Referirme a cada uno de ellos, desborda el objeto de investigación, pero podemos decir que en el abreviado es un juicio sin proceso, donde se negocia la pena con el procesado a cambio de la “admisión del hecho” que no es sino una forma elegante de pedirle que se autoincrimine. La pena mínima a imponerse, quedaba sujeta a equívocos, lo que recién se aclaró por la Corte Nacional mediante Resolución 09-2018. Se violan las garantías A7 y A9. De otro lado, la Suspensión Condicional de la Pena que es un beneficio penitenciario a favor del reo, y procede en aquellos delitos cuyo techo máximo no exceda de cinco años, por lo que cabe en los delitos de robo con fuerza en las cosas <sup>51</sup> sin embargo la Corte Nacional mediante Resolución 02-2016 con carácter *Erga omnes*, dispone que la suspensión condicional de la pena no cabe en el procedimiento abreviado.

El procedimiento directo sacrifica la defensa dado el poco tiempo con el que se cuenta. Se afecta la garantía A10. Este procedimiento es además “funcional y potenciador del procedimiento abreviado” (Touma, 2015, pág. 189)

En el juzgamiento de las contravenciones de tránsito regladas en el Art. 385 del COIP reina la incertidumbre sobre la opción de aplicar las penas sustitutivas a la privación de libertad como el trabajo comunitario, sobre todo—claro está—cuando los índices de alcoholemia se encuentran en el primer nivel y no exista reincidencia. En la práctica se sanciona con privación de libertad, multa según el caso y rebaja de los puntos en la licencia de conducir, descartando el trabajo comunitario como pena alternativa a la privación de libertad. <sup>52</sup>

A todo ello que hay que añadir que nuevamente la Corte Nacional, mediante Resolución 01-2016, violando las garantías procesales de presunción de inocencia; del derecho al recurso, del beneficio a la prescripción de la pena, impide que el contraventor declarado culpable recupere la libertad, pese a la apelación<sup>53</sup>. Se violan las garantías A2, A10, y las normas del Art. 76 numerales 1, 2 y 7, literales k) y m) de la Constitución.

Hay en general un giro punitivo a partir del 30 de septiembre de 2010 en que ocurren los sucesos que, según fuentes oficiales del gobierno anterior, se trataba de un golpe de estado por parte de miembros de la policía.

Jorge Vicente Paladines, citando a (Schunemann, 2002) con mucho acierto dice:

El trasplante de la nueva teoría del proceso desde los países centrales—concretamente desde Estados Unidos— hacia los periféricos penetró nuestras estructuras judiciales bajo

---

<sup>51</sup> Art. 189 inc. Segundo del COIP

<sup>52</sup> Arts. 62 num.2 y 63 ibíd.

<sup>53</sup> Art. 644 ibíd.



la idea del sistema. Es decir, se responsabilizó políticamente al modelo anterior de la [dis] *función* de la administración de justicia penal, en otras palabras de su falta de eficiencia.<sup>54</sup>

Paladines al hablar de los nuevos *modelos de gestión* para el manejo de la detención en delitos flagrantes, implementadas en Ecuador por el Consejo de la Judicatura en Transición (CJT) a partir del 29 de octubre de 2012, señala que, entre sus directrices, se fomente una cultura judicial proclive a usar los procedimientos especiales. EL CJT sostuvo:

El objetivo final de este proyecto [unidades interinstitucionales de flagrancia] es multiplicar el número de casos que llegan a juicio y responder al clamor ciudadano de disminuir la impunidad y contribuir a la mejora de la seguridad.<sup>55</sup>

## 2. DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL

En el punto 1.1.4 de este trabajo al comentar la obra de José María Cárcova ya manifestamos que el derecho no es neutral, y que está relacionado con la ideología y con el poder, pues reproduce un modelo de producción en un determinado contexto histórico. Señalamos que el poder dirigido a varias personas, se hace obedecer por medio de las normas jurídicas, pues ellas están dotadas de la coacción. Y por supuesto, donde hay poder hay resistencia.

Ahora bien, según (Zaffaroni E. , 2009) “El derecho penal es la doctrina o saber del derecho penal” y añade:

Es violento, pues todo lo relacionado con él, como vigilancia, inhabilitaciones, fraude, represión se refleje en una sola palabra: violencia. Y violento es, además, la forma como el derecho penal soluciona esos casos (cárcel, multas, suspensiones de derechos.

Ahora, esa violencia, que es practicada por todos cotidianamente, “no siempre es valorada por igual. Ciertamente no es lo mismo matar para comer que matar para que otros no coman” (Muñoz, 1999) y además esa violencia se da en el marco de determinado contexto social, donde puede ser valorada, explicada o defendida (Muñoz, 1999) Según el autor español no hay una fórmula mágica, válido para cualquier tiempo, que nos permita valorar apriorísticamente la “bondad” o “maldad” de un determinado tipo de violencia. En definitiva, terroristas de ayer pueden ser hoy héroes hoy; salvajes, criminales, politiqueros, pueden ser hoy ciudadanos que sufrieron etiquetamientos desde el poder, en función del capital, y de intereses que —a modo de ejemplo—un modo de producción extractivista defiende. Todo depende del tiempo y del contexto en el que vivimos, pues no hay un criterio objetivo para definir la violencia.

---

<sup>54</sup> Textos de la Maestría sobre el Módulo de Criminología.

<sup>55</sup> La Fuente se encuentra en los Textos de la Maestría en el Módulo de Criminología





Dentro del tipo de violencia institucionalizada que vivimos, “el derecho penal, tanto en los casos que sanciona como en la forma de sancionarlos, es, pues ; violencia; pero no toda violencia es derecho penal” (Muñoz, 1999). La violencia, es, por lo tanto, consustancial a todo el sistema de control social, y el poder del derecho penal es un poder normativo, reglado, pues se ejerce a través de un conjunto de normas.

Ahora. ¿De qué sirven las normas? Pues, su misión es regular las conductas, de modo que las personas puedan convivir en sociedad, en la cual entonces no se nos está dado comportarnos de cualquier forma, sino acatando las normas; pero, si esa expectativa no se cumple, opera la sanción. Cuando no dan respuesta las sanciones sociales-la segregación, la pérdida del prestigio social—surge la norma jurídica que dirige o modifica el orden social.

Tanto el orden social como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo, y, por cuanto como un medio violento, justificado solo en cuanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia (Muñoz, 1999)

En definitiva, la vulneración de una norma jurídica penal es un delito y la reacción frente a ello, es la pena.

En definitiva, en este tema complejo, lo que trato de explicares si el derecho puede reducir su nivel de violencia sin que ello implique pérdida de su eficacia disuasoria, en otras palabras, sin que aumentaría la violencia social, por el incremento de delitos de venganza privada (Silva, 2012)

El autor español, se interroga: ¿Que legitima la presencia de un mecanismo coactivo de tan graves consecuencias, como el derecho penal en una determinada sociedad? ¿Por qué debe haber Derecho Penal? ¿Qué razones valorativas impiden su supresión? Y se contesta así

Lo que legitimaría al derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia—en sentido amplio—que se genera en una sociedad. En efecto, la ausencia de un “Derecho” Penal supondría, de hecho, el abandono del "control de la desviación” al libre juego de las fuerzas sociales: en definitiva a una dinámica de "agresión-venganza (agresión)-venganza" .Su presencia en cambio como mecanismo organizado y monopolizado por el Estado tiene significativas ventajas (Silva, 2012)

En definitiva, siendo el Derecho Penal la forma más violenta de control social, a cargo del Estado, exige de éste, la “formalización” de esas funciones. Son “formas” por ejemplo, la definición más taxativa que realiza la ley de los comportamientos prohibidos; así como de las sanciones que se



debe aplicar a los mismos (garantías criminal y penal del principio de legalidad); o la exigencia de un proceso, con un juez imparcial que determine la sanción (garantías jurisdiccional); o, en fin la ejecución de la sanción, en la forma determinada en la ley (garantía de ejecución) (Silva, 2012)

56

El derecho Penal, debe legitimarse con un mínimo daño social, es decir, traducirse en una “mínima violencia”.

Estas reflexiones resultan pertinentes, ya que, en el último gobierno se utilizó el derecho penal, y en definitiva el *Ius Punendi* para reprimir formas de protesta social, cuya vanguardia fueron los indígenas y los movimientos sociales, que cuestionaban la megaminería, y la ocupación violenta de sus territorios. Esa criminalización de la resistencia, en lugar de reducir la violencia, la reprodujo. De otra parte, el Poder jurídico de contención por parte de los jueces estuvo ausente, salvo contadas excepciones, y las consecuencias fueron centenas de procesos por sabotaje, terrorismo, y rebelión a varios disidentes.

Un informe suscrito por la Cedhu y por Inredh, titulado *Criminalización de la protesta social frente a proyectos extractivos en Ecuador: Misión Internacional de investigación*, presentado a la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) en 2015, recoge tres casos emblemáticos de defensores de la naturaleza: Javier Ramírez, presidente de la Comunidad de Junín-Intag; Pepe Acacho y Pedro Mashiant, dirigentes indígenas Shuar, y Manuel Trujillo, dirigente de la Comunidad San Pablo de Amalí, en la provincia de Bolívar. (Solíz, 2018)

Según la FIDH, el derecho penal ha sido “utilizado para criminalizar a defensores de derechos humanos en represalia a la labor que desempeñan”

### **3. Problemas que genera la ambigua taxatividad de algunas conductas frente a la protesta social**

El derecho penal puede ser usado de modo arbitrario para reprimir la protesta social. Según (Uprimny & Sánchez, 2010) hay dos riesgos en distintos niveles: “De un lado, podemos encontrar peligros derivados de la ley penal misma y, de otro, podemos encontrar problemas en la aplicación de las disposiciones penales, [...] legítimas en abstracto, pero que resultan indebidamente usadas por la policía, los investigadores o los jueces”

---

<sup>56</sup> Una de ellas es la sentencia de la Sala de lo Penal de Corte Nacional de Justicia de 21 de septiembre de 2018 proferida en el “Caso Saraguro” que confirma la inocencia de los acusados.



Para los autores colombianos, los riesgos son entonces de tres clases, y veremos que tales problemas también están presentes en nuestra Legislación. Así:

1. La Ley, puede consagrar como delitos conductas que, de conformidad con un derecho penal mínimo, en sí misma no pueden ser objeto de intimación penal, pues se trata de formas de protesta social. En Ecuador, como ejemplo tenemos: la sanción penal por Apología de un delito; o el acto de: “Impedir la reunión de la Asamblea” castigada como rebelión
2. La ley prevé como delito una conducta que debe ser materia de reproche penal, pero que tiene una dosis de indeterminación, una “zona de penumbra” que favorecen interpretaciones extensivas que no ameritan tratamiento penal. En nuestro país, un ejemplo es el terrorismo
3. La ley penal establece como delito que puede o debe ser objeto de sanción penal, pero la penalización puede ser desproporcionada, al prever una punición excesiva. Ejemplo. La modalidad agravada en el delito de ataque o resistencia que, puede llegar a veintidós a veinte i seis años.

Esta falta de taxatividad redundante en la incertidumbre, en la falta de certeza, y en una inflación legislativa.

Sobre esto, Ferrajoli señala:

La tendencia hacia un derecho penal máximo en los planos más bajos de nuestro ordenamiento ha crecido recientemente, además de por el desarrollo de un derecho penal de excepción, también por un masivo incremento cuantitativo de la intervención penal [...]La inflación penal se ha producido, además de por la vía legislativa, también por la vía judicial, gracias a la inventiva acusatoria alimentada por la carencia de garantías y, sobre todo, del vínculo *con la estricta legalidad o taxatividad de las figuras del delito* (piénsese, por ejemplo en las imputaciones por delito de coacción formuladas por la actuación de “piquetes”, en la incriminación por el corte de carreteras y de los que hacen sentadas en éstas o en las vías del tren (Ferrajoli, 2011)

#### **4. El Caso: Los 29 de Saraguro y otras reivindicaciones**

##### *Fuertes con los Débiles*

En agosto de 2015 muchos ciudadanos plegaron al Paro y levantamiento nacional que partió desde Tundayme en Zamora Chinchipe y que pretendía llegar a Quito.

Las demandas de los actores sociales se concentraban en lo siguiente:



- a) El rechazo a las enmiendas constitucionales, en especial la reelección indefinida; eliminación de los derechos de asociación a obreros, profesionales y organizaciones sociales.
- b) Rechazo a la ley de justicia laboral y a la eliminación del 40% del aporte estatal al IESS para las jubilaciones
- c) La defensa de los derechos de la naturaleza: la defensa del Yasuní hogar de los Tagaeri Taromenane, el rechazo a la nueva ronda petrolera y a las concesiones mineras a gran escala.
- d) El derecho a la aplicación de la justicia indígena, a mantener el sistema de educación intercultural bilingüe y el libre ingreso a la universidad
- e) Rechazo a la adhesión del Tratado de asociación que contiene disposiciones sobre libre comercio con la Unión Europea, y la exigencia de detener leyes que están en curso para ratificar
  - La ley de aguas que no incluye los derechos de las juntas comunitarias.
  - La ley de tierras y territorios que privatiza para el agro negocio  
Y las industrias extractivas  
Las leyes de propiedad intelectual, soberanía alimentaria

Dentro de esas protestas, el pueblo Saraguro tuvo un protagonismo especial, pues a más de esas reivindicaciones tenían otras razones de peso para apoyar la movilización; así pues, protestaban contra el racismo estatal que llevó al cierre de sus escuelas comunitarias interculturales bilingües.

Luego del Enlace ciudadanos No 437 del día 15 de agosto, militares y policías cercaron el territorio con inusitada violencia. Ese mismo día se emitió el Decreto Ejecutivo 755 que declaraba la Emergencia en todo el territorio nacional, para enfrentar la erupción del volcán Cotopaxi. De inmediato la Fuerza pública procedió a un operativo armado con el uso indiscriminado de la fuerza y de gases lacrimógenos, y de gas pimienta, habiendo sido detenidas treinta personas, y de ellas veinte y seis fueron encarceladas.

### **Las sentencias:**

Antes de referirme a ellas parto con reflexión contenida en una frase del literato alemán Wolfgang Goethe:

*“Si cada uno limpia su acera, la calle estaría limpia”*

Para efectos de este trabajo me voy a concentrar en aquel fallo que profiere la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia el viernes 21



de septiembre de 2018, conformado por los doctores Iván Saquicela Rodas (ponente), Edgar Flores Mier, y Silvia Sánchez Insuasti. Voy a omitir los nombres de los procesados, por dos razones: a) por elemental respeto, más aún cuando fue ratificado su status de inocencia; y, b) Porque hacerlo sería superabundante, pues dicha sentencia consta al final de este trabajo como Anexo 1 en donde puede consultarse.

Recordemos que el Tribunal de Garantías Penales de Loja, mediante sentencia de mayoría de 5 de julio de 2016, declaró a dos de los procesados como autores y responsables del delito establecido en el artículo 346 del COIP a quienes les imponen la pena de cuatro años de privación de libertad, pues consideraron que concurrieron las agravantes de los numerales 4,5, y 14 ibídem, y aceptaron la acusación particular. Esta sentencia es recurrida en apelación por los sentenciados, por la Fiscalía y por el acusador, el Ministerio del Interior, ante la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja, en donde se declara la culpabilidad de otros tres procesados a quienes se los sanciona como autores y responsables del delito de sabotaje previsto en el art. 346 del COIP, y se desecha la apelación del Ministerio del Interior en cuanto perseguía la culpabilidad de otros cinco procesados.

La pena de prisión es reemplazada por varias de las sustitutivas previstas en el Art. 60 del COIP; inclusive, se ordena, como medida de “Reparación Integral” que por los hechos ocurridos el 17 de agosto de 2015, en el plazo de 15 días de ejecutoriada la sentencia pidan “disculpas públicas” en dos diarios de Loja, a la ciudadanía de esa provincia y la del Azuay, a la Policía Nacional, y a los miembros que han sufrido lesiones corporales. Inconformes con esta sentencia, los procesados, y el representante del Ministerio del Interior, interponen el Recurso Extraordinario de Casación.

#### **4.1 El fallo en la Corte Nacional. El Activismo Judicial**

Hay varias formas y métodos de analizar una sentencia. Para este caso lo haré desde un esquema diseñado por Duncan Kennedy, militante de la Escuela de derecho denominada: Critical Legal Studies (CLS) que defienden una posición del juez “activista”, quien persigue consciente o inconscientemente sus propios compromisos ideológicos ( en lugar de afirmar su neutralidad adoptando posturas impredecibles o centristas (Kennedy, 2010) Según el autor norteamericano, citando a (Husserl,1990:60) los jueces realizan un “trabajo jurídico”, entendido como la transformación de una aprehensión inicial. Y que ese trabajo que hace el Juez, “dirigido a núcleos



o marcos, o a penumbras o conflictos o lagunas,” es emprendido “estratégicamente” (Kennedy, 2010)

El trabajador apunta a transformar una aprehensión inicial de lo que el sistema de normas exige, dados los hechos del caso, en pos de que una nueva aprehensión del sistema, tal como se aplica al caso, se corresponda con las preferencias del trabajador intérprete. El trabajo jurídico tiene lugar después de la aprehensión inicial de hechos y normas, y después del “seguimiento irreflexivo de las normas”. El intérprete “aprehende” la situación en su totalidad como una situación regida por una norma, y la pregunta es si los hechos particulares del caso desencadenaron su aplicación de manera tal que se produzca una sanción. Alguien ha muerto, y el Tribunal se pregunta primero, si el acusado mató a una persona, segundo, si la muerte fue un homicidio, y eso “depende de los hechos”. A menudo, a su vez que se averiguan los hechos, nadie ni siquiera prestará atención a que se realice un trabajo jurídico dirigido a la norma que define y castiga el homicidio. Se establecerá que los hechos establecen la culpa o la inocencia “por sí solos”, pues la norma “se aplica por sí misma” aparentemente sin ninguna intervención del intérprete (Kennedy, 2010).

Del análisis, destaco hasta el momento que en todo “caso” puede haber una “aprehensión inicial” que puede ser modificada en base a un comportamiento “estratégico” en la interpretación de una norma, y que eso implica una actividad por parte de *un actor: el juez*, en base a los materiales jurídicos que estén a su alcance.

Entre estos tipos de comportamiento que esta al alcance del juez, señala que “*puede intentar desplazar un resultado inicialmente exigido de manera obvia por el derecho por una percepción de la situación de la cual el juez elige entre alternativas jurídicas permisibles*” (Kennedy, 2010)

Ahora bien, ese trabajo presupone de un medio, que para el autor norteamericano no son otros que los materiales jurídicos que el juez considere relevantes para establecer el significado de la norma que tiene aplicación a los hechos. Entre esos materiales, que podrán llamarse oficialmente como “fuentes” se encuentra el uso de diccionarios generales y sus definiciones; el uso de diccionarios jurídicos, con las suyas propias; la apelación a la doctrina, a normas jurídicas válidas; a principios, inclusive a precedentes.

En definitiva, según (Kennedy, 2010)

El trabajador utiliza los materiales jurídicos para convencer a cierto tipo de audiencia (y también a sí mismo) de que una aprehensión inicial (la suya o la del otro) de determinación o indeterminación estaba equivocada (Kennedy, 2010)



Esta posición que defiende el activismo judicial, y que los jueces hagan su trabajo, dedicando su esfuerzo en buscar un ideal de justicia ha recibido críticas, sobre todo en cuanto a la legirrimidad de una decisión determinada estratégicamente, con el peligro que jueces pueden actuar “ideológicamente”, lo cual ciertamente es posible. Pero, también en muchos casos, y el de Saraguro es un ejemplo, había muchas cosas importantes en juego. Una audiencia expectante en un proceso que concitó el interés nacional. Los jueces de Casación, definitivamente hicieron un “trabajo jurídico” que movió los marcos de la norma contenida en el art. 366 del COIP, y lo hicieron según sus preferencias legislativas, y su propia ideología

Veamos, como trabajaron:

**Tabla No 3.**

Norma en cuestión Art. 346 COIP: La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público <u>o</u> se resista violentamente al restablecimiento del mismo <u>o</u> se tome por la fuerza un edificio o instalación pública, será sancionado con pena privativa de libertad de 1 a 3 años		
<b>Aprehensión inicial en las sentencias condenatorias</b>	<b>Aprehensión final en Casación:</b>	<b>Materiales Jurídicos que usan los jueces activistas</b>
Aplican la regla como si tuviese una sola conducta. La apreciación es “obvia”	La norma tiene tres conductas distintas,  La apreciación no es “obvia”	<b>Reglas de gramática</b> , uso de conjunciones, diccionarios
No distinguen la conducta sobre la cual aplican la norma.  Derecho penal de autor	El tipo penal tiene tres acciones alternativas  El derecho penal es de acto, no vincular la pena a la personalidad del autor	<b>Principios:</b> De inocencia. Debido proceso penal. Principio procesal de la “Duda Razonable”  Estándar de Prueba
No hay comprensión de la interculturalidad, menos del derecho a la resistencia	La sentencia del Ad quem no señala cuales los verbos rectores para condenar	<b>Doctrina:</b> Larry Laudan  Klaus Roxin; Miguel Polaino, Roberto Gargarrella
Declaran la culpabilidad	La inocencia no ha sido enervada	<b>Justicia:</b> Se invoca el Art. 1 y 98 de la Constitución.



		Reconocen la resistencia, y la protección judicial a quien discrepa
--	--	---

## 5. El “Fracaso” de la Resistencia en la práctica Judicial

### *¿Hay razones para el optimismo?*

Encierro la palabra fracaso entre comillas, pues sentencias como la analizada up supra permiten ser optimistas en cuanto al reconocimiento judicial del derecho a la protesta y a la resistencia, y más aún cuando provienen del máximo órgano de Administración de Justicia en nuestro país. Ciertamente, hay un cambio, en el contexto histórico y político desde cuando presenté el itinerario de este trabajo hasta el momento en que lo finalizo. Ahora existen evidencias plausibles de una mayor independencia judicial, con jueces que se tomen en serio los derechos plasmados en nuestra Carta Fundamental. Con jueces, que enfrenten los problemas, y se desvinculen de las políticas de cualquier gobierno de turno, sobre todo en temas tan polémicos como la minería. Por supuesto, habrá siempre las nefastas excepciones que confirman que esta aspiración no es completa.

Más aún, cuando en la práctica judicial aún rige el formalismo atado a las reglas que los sustentan: “El juez boca de la ley” o “Dura lex sed lex” es difícil de desterrar.

Dos años atrás, hubiese sido casi imposible que un Juez declare en sentencia que las actividades extractivas en “Río Blanco” a cargo de la Transnacional China Junefield Mineral Resources, quedaba suspendida, mientras no se haga la consulta previa, libre e informada a los habitantes de los pueblos afectados. Esa sentencia, pronunciada a inicios de 2018 por el doctor Paúl Serrano Arízaga, ha sido ratificada en apelación por la Corte Provincial del Azuay, lo que sin duda, implica un giro positivo en pro de la garantía de los derechos colectivos de resistencia.

Debemos tomar en cuenta, además, que muchas veces la ley, y sus actos de ejecución, son actos de pura y dura voluntad del poder, y no siempre significan justicia. Los jueces tienen la difícil misión de distinguir entre legalidad y legitimidad, y en su labor interpretativa, inclinar los marcos del debate, hacia una concepción que se corresponda con el ideal de justicia.





#### IV CONCLUSIONES

1. La Resistencia gradual y proporcional en cuanto al Método entre los monarcómacos y Althusius, legitimaba el uso de la violencia sólo cuando se la ejercía contra la tiranía por ejercicio, y por intermedio de representantes del pueblo. La propuesta de Locke es mucho más radical, pues admite la resistencia armada (re-bellare) en donde el uso de la violencia es connatural, con un juez que decide la controversia, que no está en la tierra (apelación al cielo)
2. La Resistencia no implica un cambio de un gobierno, ni una mutación en las estructuras básicas de un Estado, sino busca recuperar o corregir el orden constitucional que se ha visto afectado. Esa la diferencia con la revolución, que es una forma de cambio generalmente violenta y radical que busca un orden nuevo. La violencia sin embargo, no es un factor determinante de diferenciación entre una y otra, pues toda resistencia implica un mínimo uso de la violencia.
3. La Resistencia es más bien un hecho extra jurídico, un derecho natural que no hace falta positivarlo, pues ello implica una contradicción, un *self defending* que pende a modo de una espada de Damocles sobre el propio derecho. En los países que lo han incorporado como derecho a sus Constituciones, como la ley Fundamental de Bonn y la nuestra, ha significado la posibilidad de regularlo desde el propio Estado, lo cual no deja de ser contradictorio. El controlado también controla.
4. El Artículo 98 de la Constitución Ecuatoriana reconoce el derecho de resistencia en forma individual y colectiva contra actuaciones u omisiones del poder público, e incluso de personas jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar los derechos constitucionales, e incluso demandar nuevos derechos. El texto es desmesurado en sus pretensiones, pues la resistencia por principio es un derecho colectivo y no individual. La laxitud del texto la ha convertido en una *buena nueva constitucional*, antes que un derecho efectivo
5. La Constitución ecuatoriana en este sentido es declamatoria , pues no establece ninguna acción o garantía para asegurar la efectividad de ese derecho
6. La resistencia hoy, se expresa en una acción u omisión colectiva, irrenunciable, y ciudadana contra toda forma de opresión del poder político económico e ideológico, que no se expresa en términos de legitimidad, sino de política, y por lo tanto requiere de un cierto grado de fuerza para su eficacia



7. Los Constituyentes olvidaron y descuidaron la “sala de máquinas de la Constitución”—tomo prestada la frase de Roberto Gargarella— pues en su parte orgánica no existen o no funcionan los mecanismos que aseguren la eficacia y efectividad de los derechos que ella consagra. Mecanismos como la “silla vacía” la “revocatoria del mando” o “la consulta previa, libre e informada” sobre planes de explotación en territorios de pueblos y comunidades, han sido un fracaso.
8. La disidencia, es consustancial en una democracia que debe dar espacio a una polifonía entre distintos actores sociales, pues no todos participamos de los mismos valores. La protesta social, no puede entonces reducirse a una historia de “buenos” y “malos” o “amigos” y “traidores”.
9. El COIP mantiene un sistema de Derecho Penal del enemigo, tipos de derecho penal de autor, y ha sido influenciado por el sistema norteamericano que por medio del *plea bargaining* (negociación entre la Fiscalía y el procesado) busca la efectividad en sacrificio de las garantías. El nivel alto de la pena puede llegar hasta los 40 años.
10. Varios delitos incorporados en el COIP, como son los de ataque o resistencia; el sabotaje; la rebelión, y otros incorporados en forma dispersa, sancionan con penas elevadas al legítimo derecho de la protesta de los movimientos sociales, cuyo escenario natural es la calle, y que se traducen en “sentadas” “cortes de vía” y toma de instalaciones.
11. Esas manifestaciones de protesta como en los casos “Schifrin” y “Saraguro”, en la Argentina y Ecuador, han tenido una respuesta violenta de parte de cada Estado que han utilizado el Derecho Penal para criminalizar la protesta social.
12. No todos los jueces comprenden que la protesta social y la crítica al poder, no entrañan el delito de sabotaje ni de terrorismo; y más aún, cuando esta proviene de grupos desposeídos a los que se les debe asegurar la máxima posibilidad de ser escuchados. Sus decisiones no pueden limitar la participación política, y deben favorecer el método del mejor argumento, y no el del más fuerte.
13. En el Ecuador, en la praxis judicial no hay un desarrollo jurisprudencial, ni un pronunciamiento de la Corte Constitucional que reconozca parámetros claros ni mínimos sobre el tipo de resistencia que es lícita; sobre cómo y cuándo pedirla, y donde “demandarla”. Eso ha vaciado su contenido como derecho



14. El límite a toda mayoría política son los derechos humanos que forman parte de la “esfera de lo indecible” o del “coto vedado”. Si una mayoría rebasa esos límites y se apodera de las Instituciones que garantizan la división de poderes, es entonces lícito a las minorías a expresar el disenso por medio de la resistencia.

### Bibliografía

- Acosta, A. e. (2013). *"Programa de Gobierno de la Unidad Plurinacional"* . En *el país que queríamos*. Quito: Arcoiris, Producción Gráfica.
- Adoum, J. E. (1998). *Ecuador, señas particulares*. Quito: Eskeletra.
- Aguilera Portales, R., & González Cruz, J. (2011). Derecho, Verdad y Poder en la teoría política-jurídica de Michel Foucault. *Revista de Filosofía A Parte Rei* 74.
- Alonso de Escamilla, Avelina. (2017). Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato, suicidio. En *DELITOS, la Parte especial del Derecho Penal*. Madrid: DYKINSON S.L.,
- Araujo, P. (2007). *Desobediencia Civil, Análisis Político y Penal, Caso ETA*. Quito: Cevallos.
- Avila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador, El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya -Yala.
- Barrero Berardinelli, J. A. (2013). *Jurisprudencia Constitucional "Precedentes Judiciales de la Humanidad Casos y Materiales"*. Bogota: Grupo Editorial Ibañez.
- Bengoetxea, J. (2015). *Neil MacCormick y la Razón Práctica Institucional*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Carbajosa, A. (9 de 4 de 2018). El Tribunal alemán duda si puede entregar a Puigdemont por malversación. *El País*.
- Cárcova, C. M. (2009). *Las teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cortina, A. (2010). *Justicia Cordial*. Madrid: Trotta.
- Donna, E. (2002). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-C, -1a ed-*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Eco, U. (2008). *A Paso de Cangrejo*. Buenos Aires: Grafimor S.A.
- Elgul, G. N. (2014). UNA VISIÓN TRIALISTA DEL FALLO DE LA CIDH SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO. Análisis del fallo “CIDH. Caso: “González y otras“ vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, en base a la teoría, el mundo jurídico y sus horizontes, de Werner Goldschmidt. *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*. Recuperado el 11 de Febrero de 2019, de <https://www.redalyc.org/html/259/25933773007/index.html>
- Estrella, S. (9 de II de 2019). Moica Baltodano Marcenaro "La sublevación no se ha atenuado sino que daniel Ortega la ha aplastado". *El Comercio*, pág. 10.



- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razon*. Madrid: Trotta S.A.
- Fontán Balestra, C. (1990). *Tratado de Derecho Penal, Parte especial Tomo VII*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Foucault, M. (2015). *Vigilar y Castigar*. Avellaneda: Artes Graficas del Sur.
- García, A. (28 de 04 de 2019). La Exclusión, Falla Programada. *Diario El Comercio*, pág. 12.
- Gargarella, R. (Julio-Agosto de 2015). "La Sala de máquinas" de las Constituciones latinoamericana, entre lo viejo y lo nuevo. *Nueva Sociedad No 257*, 96-106.
- Gargarella, R. (2007). El derecho a la Resistencia en situaciones de carencia extrema. *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, Número 4, 1-28. Recuperado el 2019-04-18 de 2019
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al Prójimo, por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.
- Gaviria, C. (2002). *Sentencias, Herejías Constitucionales*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Goldschmidt, W. (1981). *Introduccion Filosófica al Derecho, La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- Gonzalez, M. (18 de 07 de 2018). Conaie respalda a Mashiant y Acacho. Ambos dirigentes afronan una orden de captura en su contra. *El Comercio*, pág. 4.
- Grijalva, A. (2018). *El Balance de la participacion en la Constitucion ecuatoriana de 2008, En Tensiones y Contradicciones de la democracia Ecuatoriana*. Quito: Universidad de Cuenca.
- Guerrero, A. (24 de 06 de 2015). La Supercom sancionó a 198 medios en dos años. *El Comercio*, pág. 1.
- Guibourg, R. A. (2013). *Saber Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/06/nota/5106476/correa-dice-que-se-arrepiente-incluir-resistencia>. (06 de 09 de 2015). Recuperado el 24 de 04 de 2019
- <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/14/nota/5124809/resistencia-no-capto-interes-pleno-constituyente>. (14 de 09 de 2015). Recuperado el 24 de 04 de 2019
- Lamarca, C. (2017). Delitos contra el Orden Público. En DELITOS: La Parte Especial del Derecho Penal. Madrid: DIKYNSON, S.L.
- Machado, D. (2013). Estado autoritario, disciplinamiento ciudadano y control social. En J. Cuvi, D. Machado, A. Oviedo, N. Sierra, & (Ed), *El correísmo al desnudo* (págs. 91-101). Quito: Montecristi Vive.
- Mestre, E. (2017). Delitos contra la administración Publica. En DELITOS. La Parte Especial del Derecho Penal, 2a ed. Madrid: DYKINSON, S,L.
- Mirete, J. L. (1999). Derecho de Resistencia y Constituciones. *Dialnet*(16), 277-282.
- Molina, R. (diciembre de 2018). Paralización del Servicio Público: Instrumento del Derecho Penal del Enemigo. *Novedades Jurídicas*, 48-54.



- Muñoz, F. (1999). *Derecho Penal y Control Social*. Santa Fé de Bogotá: Temis.
- Oyarte, R. (2017). La Influencia de la Carta magna en el principio de Legalidad. En Carta magna y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ¿Ruptura o continuismo? Quito: Corporación Editora Nacional.
- Perez Llody, L. A. (2016). La resistencia política como derecho fundamental. Reflexiones a propósito de los cien años de la Constitución Mexicana. *IUS vol 10 no.38*, 1-22.
- Rodriguez, F. (2014). *La Bipolaridad del Derecho Penal. El Derecho Penal del Enemigo y otras Clarividencias*. Quito: Cevallos, Editora Jurídica.
- Sabine, G. H. (1994). *Historia de la Teoría Política*. (V. Herrero, Trad.) Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Salazar, D. (2012). La Criminalización de la Protesta como Restricción de la Libertad. En *Protesta Social, Libertad de Expresión, y Derecho Penal* (págs. 67-94). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Sierra, N. (2013). Las falsas promesas de la Revolución Ciudadana: Excluyendo el contenido Comunista de la revolución Socialista. En *El Correísmo al desnudo*. Quito: Montecristi Vive.
- Silva, J. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: IBDe F.
- Solíz, M. e. (2018). Extractivismos: Criminalización de las resistencias locales en la década perdida. En N. Sierra, C. De la Torre, J. Cuví, N. Saltos, M. Unda, F. Muñoz, . . . O. Martínez, *El Gran Fraude* (págs. 157-162). Quito: Arcoiris Producción Gráfica.
- Torres Lacroze, F. A., & Martín Guillermo, P. (1983). *Manual de Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Touma, J. (2015). Los Procedimientos especiales en un estado constitucional de derechos. En CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Hacia su mejor comprensión y explicación. En R. Avila, R. Donoso, P. Encalada, J. Ortega, J. Paladines, E. Pamiño, & J. ...Zavala. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Uprimny, R., & Sánchez, L. (2010). Derecho penal y protesta social. . En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?* (págs. 47-75). Buenos Aires: CELE.
- Verdugo, T. (2018). "La Institucionalización de la revocatoria del mandato político a Presidente". En *Tensiones y Contradicciones de la democracia ecuatoriana*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Vitale, E. (2010). Cambio Político, Constitución y Derecho de Resistencia. *ISONOMIA*, 31-47.
- Vitale, E. (2012). *Defenderse del Poder*. Madrid: Trotta.
- Zaffaroni, E. (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Edilar.
- Zaffaroni, R. (2012). Derecho Penal y Protesta Social. En Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal. En Zaffaroni Raúl, Gargarrela R, Bailone M, & Salazar D (Vol. 31, págs. 13-29). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Zalamea, D. (2018). En R. Avila, *Las Dimensiones Culturales del Derecho*. Quito: Corporación Editora Nacional.

