

Derecho a la Resistencia versus Delito de paralización de servicios públicos: Caso Morona Santiago

Publicación: 20 de enero de 2024

Recibimiento: 27 de septiembre de 2023

Aceptación: 10 de diciembre de 2023

Tarquino José Orellana Roldán

<https://doi.org/10.18537/iuris.19.01.01>

Introducción

El derecho a la resistencia se presenta como una innovación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano desde la Constitución de Montecristi. Su positivización reconoce el derecho de autotutela que tenemos las personas y colectivos a desconocer o enfrentar la autoridad, ante un acto u omisión que vulnere derechos constitucionales o los ponga en riesgo.

Al ser un derecho de naturaleza esencialmente reactiva, no se encuentran establecidos cuáles son los medios adecuados para su ejercicio, por lo que, en una interpretación protectora de derechos y no restrictiva, deberían entenderse como aquellos que son idóneos y proporcionales para la autotutela ciudadana.

La Asamblea Nacional Constituyente reconoció este derecho y concedió una serie de amnistías a personas que habían incurrido en delitos penales por manifestaciones propias de la resistencia colectiva pues reconoció que tales manifestaciones no merecían ser criminalizadas. No obstante, la Asamblea Nacional -en el ejercicio de su competencia legislativa- ha creado un sinnúmero de tipos penales que prácticamente anulan cualquier posibilidad de resistir. Favoreciendo una supuesta protección (algunas veces sobredimensionada) de “la seguridad pública” o “la estructura del Estado constitucional de derechos”, la Asamblea evidenció un segundo momento de la entonces revolución ciudadana cuyo gobierno -inicialmente pro derechos humanos y garantista que, incluso, resaltaba la valentía de los llamados “forajidos”- se volvía creador de tipos penales autoritarios sin garantías suficientes y estigmatizador sistemático de la disidencia social a través del COIP.

Revista IURIS, No. 19.1 (2024)

ISSN: 2602-8425



El delito de paralización de servicios públicos merece nuestra especial atención por cuanto da pie a procesos penales innecesarios y desproporcionados -iniciados generalmente en contra de líderes sociales que luchan por la reivindicación de derechos de una comunidad invisibilizada- sobre manifestaciones prácticas coincidentes con expresiones propias de la resistencia activa pacífica arraigadas a la cultura nacional, como son la toma de vías, la quema de llantas en carreteras, etc.

El caso práctico que analizamos se refiere a los hechos ocurridos en el año 2015. En ese entonces, un grupo de indígenas de la nacionalidad Shuar, pertenecientes al Cantón de Taisha en Morona Santiago, se tomaron la vía a Macuma, con el objetivo de reclamar al gobierno central la revocatoria de la licencia ambiental que habilitaba a la prefectura de Morona Santiago para terminar la vía que se dirige desde Macuma hasta Taisha. La construcción de esta vía significaba la aparente solución al aislamiento histórico del cantón de Taisha, que -por su falta de accesos terrestres- sufría una serie de agravios económicos y sociales que afectaban de forma cotidiana a esta población, evidenciados en el encarecimiento de bienes y servicios.

No obstante, el Ministerio de Ambiente revocó la autorización para la construcción por cuanto aducía la falta de cumplimiento de la Prefectura en el manejo de la obra. Por otro lado, el prefecto de Morona Santiago manifestaba públicamente que la revocatoria era inconstitucional aduciendo que las verdaderas motivaciones de la revocatoria de la licencia ambiental eran políticas y que buscaban el desprestigio de su gestión.

En este escenario, una parte de la población de Taisha, liderada por el señor Agustín Wachapá, entonces presidente de la Federación Interprovincial del Pueblo Shuar, se tomó la vía Macas-Macuma con el objetivo de solicitar al gobierno central, la expedición de la licencia ambiental, el retiro de todos los procesos penales iniciados en contra del prefecto por impulsar esta obra, así como la rebaja de los pasajes de los medios de transporte que llegaban a las comunidades de Taisha. Es decir, existía una movilización colectiva de reivindicación de derechos de la población de Taisha, ante la probable violación de sus derechos fundamentales de igualdad formal y material, libre tránsito, y acceso a bienes y servicios de calidad con eficiencia, eficacia y buen trato.

No obstante, el Estado a través de la Fiscalía General decidió impulsar un proceso penal en contra del líder comunitario, Agustín Wachapá, por el delito de paralización de servicios públicos, tipificado en el art. 346 del COIP. Este hecho evidenció un conflicto existente entre las manifestaciones de resistencia activa con el delito de paralización de servicios públicos y una total falta de garantías sustanciales en favor del derecho a la resistencia por medios pacíficos y proporcionados.

I

Antecedentes históricos del derecho a la resistencia

La expresión “derecho a la resistencia” adolece de ambigüedad por la falta de consenso general en cuanto a su limitación conceptual. La formulación histórica del término engloba un conjunto de conductas cuyo denominador común es un enfrentamiento con el poder, no solo fáctico, sino también jurídico por causa de la legitimidad del poder que se ejerce y que, por otro lado, se resiste.

Para distintos teóricos, el derecho a la resistencia emerge como consecuencia de ciertos derechos de oposición transgredidos en los enfrentamientos entre la sociedad civil y el poder público. Ugartemendia (1999) observa que este derecho supone la separación entre el poder fáctico y el derecho permitiendo al sujeto de los derechos violentados desconocer las actuaciones del poder como ilegítimos, puesto que la autoridad y la vigencia de esta siempre han dependido de un sistema basado en el orden público.

Es necesario realizar un acercamiento a los antecedentes históricos del estudio sobre la resistencia para comprender cómo varían los fundamentos que legitiman la autoridad dependiendo de la época y el lugar. En esos estudios es una constante la fricción ética entre la autoridad y los valores metajurídicos. Así, por ejemplo, Gargarella (2007) señala que, en la Edad Media, los filósofos estudiaban la resistencia en cuanto trataban de resolver las posibles tensiones entre el poder político y el deber religioso. Ahora su estudio se mueve en el reconocimiento de los derechos fundamentales frente a los abusos de poder.

Uno de los primeros antecedentes históricos del derecho a la resistencia es la que vendría simbolizada en la *Antígona* de Sófocles citado por Ugartemendia en estos términos:

En esta obra se representa un enfrentamiento que tiene lugar no originariamente, entre dos distintas dimensiones normativas, sino entre dos diversas concepciones de un mismo nomos (inescindible en la Grecia clásica): uno, el nomos divino, la ley divina no escrita, y otro, el concebido como el nomos de la polis, esto es, la ley escrita del «Estado» querida por la divinidad (1999, p. 216).

Esta metáfora griega ilustra de forma poética la constante fricción entre legalidad y legitimidad, legalidad y justicia. Permite entender las dimensiones del derecho a la resistencia, en cuanto evidencian los conflictos con la autoridad y sus verdaderos fundamentos.

En este mismo sentido, Aristóteles, en su famosa obra *La Política*, formuló lo que llamó “la teoría de la sedición de los pueblos, ante las acciones dañosas de un gobierno represivo” (Aristóteles, 1954, p. 219). El autor analiza el papel que ejercen

el padre de familia, el gobernante sobre el gobernado, así como el amo sobre el esclavo, y justifica estas relaciones solo por la procuración del bien común que es la finalidad y fundamento mismo de la autoridad. Por tanto, autoriza que el poderoso sea incluso depuesto si no cumple con la finalidad de la autoridad, que es la procuración del bien común. Sienta también las bases para las teorías modernas de la resistencia como derecho democrático, vinculado a los instrumentos de participación ciudadana, a efectos de equilibrar las relaciones de poder en la sociedad.

Con el advenimiento del cristianismo, las doctrinas materialistas del mundo heleno se vieron reducidas, colocando la fricción entre norma y valor en un plano totalmente diferente, en que el tema ético de la obediencia adquiriría una dimensión distinta, fundamentada en la fe.

Aunque la doctrina cristiana manda obedecer a la autoridad civil, establece también que se dé al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios; y si aquel, inmiscuyéndose en la esfera de Dios, contradice lo que éste manda o prohíbe, el/la cristiano/a tiene la obligación de resistirse a obedecer a la autoridad civil (obligación y no, todavía, derecho de resistir, pues la resistencia se concibe en este momento en su forma pasiva) (Ugartamienda, 1999, p. 218).

Del principio “al César lo que es del César”, se evidencia que el cristianismo en un inicio reconocía un orden social distinto del orden espiritual: el César representando al orden público, necesario y también designio de Dios. Esto junto a otros principios como “mostrar la otra mejilla”, reconocía la resistencia limitada al “no obedecer,” proscribiendo la resistencia activa, y el uso de la violencia en cualquier situación. La Epístola a los Romanos de San Pablo en su capítulo 13 versículos 1-7 fijó con gran influencia como principio de la ética cristiana “Someterse todos a las autoridades constituidas”, pues a su entender, no existe autoridad que no provenga del designio de Dios. De este modo, quién se opone a la autoridad se rebela contra el orden divino.

De este texto se derivan cuatro principios de gran influencia durante la Edad Media: “a) origen divino del poder; b) origen y legitimidad de la autoridad civil; c) necesidad y función de los magistrados; d) obediencia política a las autoridades e) obligación en conciencia de la leyes y mandatos” (Carvajal, 2000, p.22), mismos que –posteriormente- serán fuertemente criticados por los teóricos de la Reforma.

En la Edad Media surgen dos doctrinas dominantes respecto a la resistencia. La primera, se basa en el derecho natural y ve la autoridad como expresión de la voluntad divina. La segunda, es la idea germánica del pacto, por el cual el rey es el representante del derecho tradicional, y cuando este lo viola, autoriza al pueblo a deponerlo.

Santo Tomás de Aquino, por su necesidad de desafiar las ideas radicales de San Pablo, en sus estudios sobre la resistencia a las tiranías, reflexiona que las leyes justas tienen un origen divino. Con esto establece que no existe obligación de obedecer leyes injustas, ni al tirano que va en contra de la ley natural. Así, justifica, incluso, el tiranicidio manifestando que “...sólo era justa la muerte dada a un tirano cuando haya sido propinada con intención liberadora” (Santo Tomás de Aquino, 1996, p.262).

Posteriormente, en la modernidad, con el advenimiento de la Revolución Americana y la Revolución Francesa, se reconoce el derecho a la resistencia como un fundamento esencial de los Estados democráticos, ya que el fundamento de la autoridad y la obediencia descansa en la voluntad de los pueblos y el respeto de los derechos fundamentales.

Para Gargarella (2007), Locke instauró la idea de la resistencia a la autoridad como uno de los principios que caracterizó al constitucionalismo moderno. Esta idea refiere el carácter inalienable de los derechos fundamentales, estableciendo que: 1) la autoridad es legítima siempre y cuando descansa en el consenso de los gobernados, y 2) La finalidad última de la autoridad y del gobierno es proteger los derechos de las personas. Por tanto, el pueblo podía legítimamente resistir e, incluso, derrocar al gobierno de turno, en caso de que no fuera consecuente con el respeto de aquellos derechos básicos de los gobernados. Por lo tanto, el valor del orden era el del respeto a los derechos humanos, no del respeto al rey.

Las ideas de Locke se expresan de forma sintetizada en las famosas “verdades autoevidentes” de la Constitución Americana:

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, fundando sus principios y organizando sus poderes en tal forma que sea la más conducente para su seguridad y felicidad (Declaración de Independencia Norteamericana, 1776).

Así mismo, la idea democrática tras el derecho a la resistencia en la modernidad se encuentra plasmada en la frase de preámbulo de la Constitución de América que reza: “Nosotros, el Pueblo”. Esto se explica en razón de que el poder se ejerce con límites en favor del individuo y para su beneficio, remitiéndonos nuevamente a los antecedentes históricos de Aristóteles.

La configuración de la resistencia se da como un derecho-deber-garantía, y se reconoce al mismo nivel que los derechos a la libertad, seguridad y propiedad. Para Elizalde (2011), el derecho a la resistencia positivado adquiere un valor

instrumental de garante de otros derechos, pero como una medida *ultima ratio* pues, de lo contrario -al ser una vía no institucional, no dependiente del poder- su invocación resultaría un peligro para la vigencia del derecho mismo.

El derecho a la resistencia en la modernidad debe entenderse como una garantía extrajudicial. Este derecho es una facultad de los pueblos para defender la Constitución en su valor sustancial, siendo este el verdadero bien jurídico protegido y finalidad en el derecho a resistir. Por tanto, se la considera como una medida de garantía de autotutela para la vigencia de la constitución, cuya finalidad misma es controlar el poder en beneficio del bien común.

Naturaleza del derecho a la resistencia

Para Antonello Tarzia y Rodríguez Arana (2011) el derecho a la resistencia supone la separación entre poder y derecho; y permite, al sujeto de los derechos violentados, desconocer un poder o las actuaciones de un poder como ilegítimos. Gargarella se refiere al derecho a la resistencia como “un derecho perdido”. Esto porque, a pesar de haber sido uno de los pilares fundamentales en la construcción de los Estados democráticos modernos, en la actualidad, es un derecho al que no se le da demasiada importancia.

Muchos críticos advierten de una probable inaplicabilidad práctica del derecho que nos ocupa pues su aplicación ha caído en un espacio esencialmente retórico. Tradicionalmente, el derecho a la resistencia no ha sido reconocido de forma positiva sino hasta hace relativamente poco, ya que se ha concebido que la ley es la garantía del orden; y cualquier reconocimiento de resistir al derecho implicaría una fractura a la institucionalidad y puerta para la arbitrariedad. En esta línea, muchos han opinado que cuando se positiviza el derecho a la resistencia, se evidencia una paradoja con el orden jurídico, pues por un lado se proclama la seguridad jurídica y, por otro, se da la libertad para perturbarlo de acuerdo a valoraciones arbitrarias. Al final, cualquiera puede sentir que sus derechos fundamentales no son respetados, y que el sistema institucional no reconoce ni es capaz de proteger ciertos derechos.

En este sentido, Canosa (2011) sostiene que en las Constituciones modernas (por su desarrollo normativo y garantista de derechos) no existe la necesidad de su proclamación positiva, puesto que existen caminos institucionales para reivindicar los derechos humanos y fundamentales, y que existen otras garantías del control de constitucionalidad y legalidad, como son la separación de poderes, independencia de la función ejecutiva de la judicial, etc. En este mismo sentido, Gargarella (2007) advierte la problemática de justificar la resistencia en la modernidad, pues el derecho constitucional moderno sí tiene mecanismos institucionales para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y, también,

para impulsar cambios. Tales mecanismos son las garantías jurisdiccionales, la separación de poderes, las elecciones democráticas de autoridades, etc.

Juan Ugarteмиenda (2011) citando a Bobbio (1990), señala que son dos instituciones típicas las que garantizan el derecho frente al abuso en el ejercicio del poder: la separación de poderes y la subordinación del poder estatal. La separación de poderes puede ser vertical (entre los órganos al vértice de la administración central) y horizontal (entre los órganos centrales y periféricos en las distintas formas de autogobierno).

La naturaleza de la resistencia se encuentra íntimamente ligada a las ideas sobre democracia de un gobierno del pueblo y para el pueblo. Si nuestros representantes utilizan su poder fáctico para elaborar normas ilegítimas o ejercer el poder con arbitrariedad, estimulan el nacimiento de la necesidad y justificación del derecho a la resistencia. Esto, porque se supone que nuestros representantes elaboran normas y actúan en respeto de nuestros derechos fundamentales. Son estas situaciones las que nos llevan a la clásica discusión doctrinaria entre la validez sustancial y la validez formal: ley y legitimidad. En efecto, consideramos que la norma positiva no es garantía por sí misma del respeto a los derechos fundamentales, sino más bien de un orden impuesto por la teoría de las normas. No obstante, la norma en sí misma puede convertirse en un instrumento a favor del autoritarismo y el sinsentido, como aconteció en los regímenes nazis y comunistas en donde el culto a la norma olvidaba los fines mismos del Derecho.

Por tanto, la tipificación de un delito también puede estar formalmente vigente pero no ser válida sustancialmente. Así, Ferrajoli citado por Sferrazza (2010) distingue entre la legitimación externa y legitimación interna de la norma. La legitimación externa se refiere a conceptos metajurídicos como la moral o la política que legitiman la norma en su interacción con los destinatarios de la misma y su conformidad democrática, también en términos prácticos y funcionales. La legitimación interna, por otro lado, se refiere a criterios propiamente normativos y formalistas referidos a la validez de la norma.

La participación ciudadana es el derecho fundamental que, individual y colectivamente, tenemos para autodefinirnos constantemente como sociedad. Solo entendiendo ello, podemos asumir que exista un derecho que nos proteja cuando los representantes del Estado, o los gobernantes de turno irrespetan los intereses legítimos de las personas integrantes de una sociedad.

De esta manera, la democracia no termina en el sufragio sino que allí inicia. Porque el sufragio debe entenderse como “el proceso por medio del cual los ciudadanos, en forma directa o mediante sus expresiones asociativas, inciden en ciertos procesos gubernamentales definitorios de políticas públicas”. (González Merregot, 2005, p.2). De ese modo, la protesta pacífica resulta ser una forma más de resistencia activa, un instrumento más de la democracia y de la transformación del mundo.

Gargarella (2017) sostiene que existe un denominador común de legitimidad del derecho a la resistencia. Él lo denomina “alienación legal” y lo vincula con aquellos presupuestos en los que el derecho ha pasado a servir a fines distintos para los cuales fue creado. Suarez, uno de los primeros defensores de la resistencia en la modernidad, establecía el principio “la fuerza solo puede repararse con fuerza”. El autor asegura que la “alienación legal” existe cuando los gobernantes usan el poder en contra de los intereses del pueblo al que deberían servir. “El estado, como un todo, es superior al rey, porque el estado, cuando se le asigna el poder, lo recibe bajo la condición de gobernar de [modo no tiránico, y que si lo hace], entonces puede ser depuesto” (Suárez 1944, p.855). Siguiendo esta línea, Locke consideraba que alienación legal estaba vinculada con la traición a la voluntad popular. El consenso popular “implicaba la aprobación de la ciudadanía a la obra del gobierno, del mismo modo en que su rebelión manifestaba su desacuerdo con el gobierno y debía ser interpretada como un signo de que el mismo comenzaba a actuar abusivamente” (Gargarella, 2007, p.17).

Locke hizo referencia a situaciones en las cuales el gobierno prometía una cosa y hacía lo contrario. En estas situaciones, el gobernante usaba sus poderes especiales en contra del bienestar del pueblo; y los funcionarios inferiores cooperaban con dichas acciones abusivas. Así, las acciones arbitrarias se sucedían unas a otras (Locke, 1988). Locke asumía que para tales casos debía existir la posibilidad de que el pueblo se pronuncie al respecto. Estas son las líneas finales de su segundo tratado sobre el Gobierno: “...*the people have a Right to act as Supreme, and continue the Legislative in themselves, or erect a new Form, or under the old form place in the new hands, as they think good*” (Locke, 1988, p.428). Asimismo, para Jefferson, los gobiernos eran “más o menos republicanos de acuerdo con el mayor o menor grado en que contaran con el elemento de elección y control popular en su composición” (Jefferson, 1999).

Gargarella (2007), para ejemplificar un caso de derecho a la resistencia, invoca aquella realizada a previa a la Declaración de Independencia, en el cual fue necesario la redacción de un documento en el que se hizo constar los agravios a los derechos fundamentales colectivos a fin de justificar jurídicamente el momento de revolución que sucedía. En este documento se hacía constar que lo esencial y común en la resistencia es, justamente, el conflicto con la autoridad o la norma. Dentro de tales ofensas, destacaba aquella referida al derecho de los americanos a su autogobierno, manifestando que los británicos transformaron el derecho en un instrumento más de opresión del pueblo americano. Así se pronunciaron, en referencia a todas las instituciones que servían a los intereses del imperio británico, por encima del de los habitantes y contribuyentes.

Para Canosa (2011), la idea de “alienación legal” se da cuando el orden legal no es merecedor de respeto porque sus normas infringen daños sustantivos sobre la población, o también cuando son el resultado de un proceso en el que dicha

comunidad afectada no estuviera involucrada de modo significativo en la toma de decisiones trascendentales. En este sentido, el Holger Córdova Vinuela es clarísimo en señalar que:

El derecho a la resistencia rompe el orden simbólico del poder identificándolo como un orden de abusos, que instrumentaliza el aparato estatal o los centros hegemónicos de una sociedad, por esto, protestar es descalificar la lógica confrontativa del poder, para desde este trayecto intentar movilizar a sectores en su contra para replantear esas dinámicas. Algunos autores explican el objetivo de la resistencia a partir de la relación con el poder y con miras a proyectarse como un contrapoder (2012, p.4).

Gargarella (2007) pone en el tablero ciertos grupos sociales que son excluidos por el derecho y que sufren serias dificultades para satisfacer necesidades básicas o para hacer conocer sus puntos de vista. El autor reconoce: “la situación que enfrentan estos individuos suele ser mucho más grave –en su amplitud y profundidad- que la que enfrentan los objetores de conciencia o quienes se enrolan en acciones de desobediencia civil” (p.17).

En este orden, reflexionamos con autores como Pisarello o Alexy sobre cómo la magnitud de la resistencia debe ser proporcionada a la acción violatoria de derechos: “...Así, mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mayor la situación de emergencia constitucional, más justificado estará el recurso a vías de autotutela” (Pisarello, 2007, p. 122-126). Y “las limitaciones no pueden ir más allá de lo que exija el interés general que las legitima, por lo que los medios empleados deben ser apropiados para ese fin de interés general y no deben ser desproporcionados” (Alexy, 2010, p.156).

Carlos Bernal Pulido manifiesta que el Estado tiene la obligación de valerse solo de restricciones a los derechos fundamentales que cumplan tres requisitos: ser idóneas, benignas y proporcionales:

Aquellas restricciones (serán): idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implantación representa y los perjuicios que ella produce (Pulido, 2008, p.82).

Por su parte, Gargarella (2007) sostiene que son dos los requisitos fundamentales para que un acto del poder ocasione un conflicto que haga necesaria la defensa del derecho a la resistencia: el primero, de carácter sustantivo: la violación de un derecho fundamental que cause un perjuicio a un colectivo social. El segundo es una condición procedimental: que las decisiones o las normas legales que generen dicha lesión se den al margen de un proceso deliberativo y democrático con las comunidades afectadas.

El derecho a la resistencia en la modernidad debe entenderse como una garantía extrajudicial, no institucional, en relación a facultad de los pueblos para defender la constitución y la democracia. Esta facultad es el verdadero bien jurídico protegido. De lo dicho, podemos reflexionar que la positivización del derecho a la resistencia descansa sobre los siguientes principios: 1) Que todas las personas nacemos iguales y con derechos anteriores al Estado. 2) El Estado no es un dispensador de derechos sino, más bien, su garante. 3) El poder del gobierno proviene del pueblo; por tanto, es legítimo en tanto respete derechos fundamentales y represente sus intereses. 4) Es una medida extrajudicial de corte democrático, de reafirmación de la constitución y de los derechos fundamentales.

El derecho a la resistencia en la constitución de Montecristi

Los antecedentes históricos del derecho a la resistencia en el Ecuador se remontan a los años 20, cuando ocurrió el famoso y tristemente célebre levantamiento de trabajadores impulsado por la Confederación Obrera del Guayas y otros movimientos sindicales. Estas organizaciones iniciaron una lucha activa por reivindicaciones sociales respecto a mejoras salariales, reducción de horas laborales, etc. Este fue un acto masivo de paralización de servicios básicos como la luz y el agua, huelgas, manifestaciones, toma de espacios públicos, etc. Este evento coincidió con un ambiente mundial de revoluciones e implicaba la evidencia de una población cansada de ser espectadora sumisa de los abusos y privilegios de las clases dominantes.

Este levantamiento demandaba, activamente, de sus gobernantes acciones inmediatas respecto de sus derechos; pero, terminó en una de las masacres ecuatorianas más grandes de la historia. Si bien no consiguió las reivindicaciones demandadas, marcó profundamente al Ecuador. A tal punto es así que inspiró simbólicamente la llamada “Revolución Juliana”, ocurrida tan solo años más tarde. Marchan Romero (2013) observa que esta Revolución desembocó en la histórica Asamblea Constituyente del año 1929 presidida por el Dr. Isidro Ayora, en la que se lograron muchas de las ansiadas reformas legales reivindicadas. Así se consiguieron la expedición de normativa en favor del trabajador frente al contrato individual de trabajo, el desahucio, la licencia por maternidad y la declaración constitucional de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

Las manifestaciones del derecho a la resistencia no fueron reconocidas en su época, pero este antecedente –conjuntamente con el levantamiento indígena de los años 90- inspiró, a los constituyentes del año 2008, incluir en la Carta Magna el derecho a la resistencia de forma positiva. Esto también ha levantado voces contrarias, con los clásicos argumentos a favor de la certeza y la seguridad jurídica, a los que hemos hecho referencia anteriormente.

El asambleísta Rafael Esteves Moncayo en los debates de redacción de la Constitución, se refiere a este derecho como aquel: "...reconocido a los pueblos frente a gobernantes de origen ilegítimo, no democrático; o también que, teniendo un origen legítimo, esto es democrático, han devenido en actos ilegítimos en su ejercicio" (Asamblea Constituyente, 2008, p.90). Evidenciamos que las concepciones de los asambleístas coincidieron con los antecedentes históricos de la resistencia, al considerar este derecho como un elemento esencial de la democracia, por cuanto el poder se legitima únicamente en el respeto de los derechos fundamentales y la democracia.

Asimismo, otros antecedentes que evidencian las intenciones del constituyente son las varias amnistías concedidas a conductas típicas, cuyas motivaciones estuvieron vinculadas a la defensa de sus comunidades o los derechos de la naturaleza frente a proyectos de explotación de Recursos Naturales. Así el 4 de marzo del 2008, La Asamblea Nacional Constituyente acordó, expresamente:

Conceder amnistía general para los procesos penales enumerados en esta resolución, vinculados a las acciones de resistencia y de protesta que ciudadanos y ciudadanas han llevado adelante en defensa de sus comunidades y de la naturaleza, frente a proyectos de explotación de los recursos naturales, y que por ello han sido enjuiciados penalmente por delitos comunes tipificados en el Código Penal (Asamblea Constituyente, 2008).

Es interesante resaltar que las amnistías por motivación del derecho a la resistencia, no estuvieron reservadas únicamente a delitos en los que haya existido violencia, pues conforme consta de las actas de fecha 4 de julio del año 2008, la Asamblea Nacional Constituyente decidió:

Conceder AMNISTÍA GENERAL a todas las personas detenidas, indiciadas, acusadas, bajo investigación o por investigarse por las causas y los hechos violentos ocurridos durante las protestas del 1 al 5 de febrero del 2007, en los alrededores de la Municipalidad del cantón Vices de la provincia de Los Ríos (2007).

El texto evidencia la intención de preservar este derecho como un instrumento propio de la democracia en favor de los pueblos. Esto está en consonancia con lo señalado por Pasará (2014) en cuanto se trata de un derecho reactivo ante la autoridad que ejerce el poder de una forma arbitraria y en desmedro de los derechos fundamentales de las personas. Por lo mismo, puede incluso justificarse sus manifestaciones violentas, en cuanto sean proporcionales y adecuadas a la preservación de los derechos violentado.

Así, finalmente, el artículo 98 de la Constitución reconoce el derecho a la resistencia por primera vez en la historia Republicana del Ecuador del modo siguiente:

Art. 98. - Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos (Constitución política del Ecuador, 1998).

Naturaleza del Derecho a la resistencia en Montecristi

Para comenzar a analizar este derecho, debemos partir desde el paradigma que supone la existencia de un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, dentro de la cual el derecho a la resistencia podría ser reconocido tanto como un derecho constitucional (de directa e inmediata aplicación) o como una garantía jurisdiccional.

Ahora bien, ¿se trata de un derecho o de una garantía? Para resolver esta interrogante nos servimos, primero, de su ubicación en la Constitución. Este se encuentra consagrado en el apartado que contiene los derechos de participación y “organización colectiva”. Por tanto, la Constitución lo reconoce como un “derecho” necesario para el equilibrio las relaciones estatales y no estatales de poder en la sociedad y como un instrumento propio de la democracia.

No se trata, por tanto, de una garantía jurisdiccional pues, en lo que a estas respecta, todas y cada de ellas se encuentran reguladas en lo procedimental y desarrolladas normativamente en el capítulo de “garantías jurisdiccionales”, así como también en la normativa orgánica, (Ley Orgánica de Control Constitucional y Garantías Constitucionales). En cambio, el derecho a la resistencia no está desarrollado por normativa inferior alguna.

No obstante, resulta curioso que la estructura gramatical y el contenido del derecho a la resistencia, son casi idénticos a los fundamentos que legitiman una Acción Constitucional de Protección o, incluso, una Acción extraordinaria de protección en cuanto proceden frente a la violación de derechos fundamentales y, también, en cuanto a que el legitimado pasivo, es una autoridad estatal o una persona natural.

Sin embargo, el derecho a la resistencia sí puede catalogarse como una garantía constitucional en el sentido de que supone también un instrumento de reafirmación de un derecho constitucional. Debe distinguirse, empero, de las garantías institucionales pues la resistencia es una garantía no reglada procedimentalmente de autotutela con la posibilidad de solicitar nuevos derechos, distintos al violentado. Es decir, es la garantía, incluso, más amplia y protectora del derecho.

Respecto a la falta de regularización del derecho, si bien podemos criticar la falta de normativa que regule el derecho a la resistencia, consideramos que esta línea jurídica es coherente con la naturaleza *sui generis* de este derecho. Al ser la única garantía de autotutela en manos de los ciudadanos no debe depender de ninguna norma o autoridad pública ni de la lógica pública en la que cualquier acto público tiene un discurso jurídico indistintamente de su legalidad. Estas características propias de la resistencia en el marco constitucional ecuatoriano reconocen a este derecho como merecedor de una jerarquía especial. Así lo defendía Gargarella señalando que es el “primer derecho” que implica “el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos” (Gargarella, 2005, p.96).

Sin duda, hay que resaltar la evidente fricción del derecho a la resistencia con el derecho constitucional a la seguridad jurídica proclamado en el art. 82, y que, contrariamente al derecho a la resistencia sí ha sido desarrollado jurisprudencialmente con criterios al respecto, en el siguiente sentido:

Por otro lado, la seguridad jurídica es un valor jurídico implícito en nuestro orden constitucional y legal vigente, en virtud del cual, el Estado provee a los individuos del conocimiento de las conductas que son permitidas, y dentro de las cuales las personas pueden actuar. Si no existiera este principio en una sociedad, las personas no podrían establecer un conocimiento certero de las actuaciones permitidas, puesto que al interpretarse y aplicarse el texto de la ley, de forma distinta y arbitraria, “se impediría el libre actuar de las personas, pues al actuarse encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley” (Sentencia No. 0001-11-SEP-CC, Caso No. 0178-10-EP (Corte constitucional del Ecuador, Febrero de 2012).

No obstante, los derechos deben entenderse de forma integral, por lo que -desde nuestro criterio- la falta de regulación procedimental resulta propia de la naturaleza de la resistencia, pues -al surgir en situaciones de alienación legal- su naturaleza no puede depender de la misma lógica en el sistema de normas y autoridades que han violentado o puesto en peligro sus derechos. Parte del derecho a la resistencia es identificar al orden legal como ilegítimo e injusto.

Su declaración como un derecho de rango constitucional supone el reconocimiento de este como la única garantía de autotutela no jurisdiccional con valor instrumental de reconocimiento de otros derechos y esencialmente reactiva frente a una acción u omisión que pueda vulnerar o vulnerar derechos constitucionales. Es decir, no es un derecho autónomo, sino condicionado a la violación o posible violación de otro derecho, ya sea por acción u omisión.

Se evidencia, por tanto, que el derecho a la resistencia es “reactivo” frente a los actos particulares o públicos que violenten potencial o efectivamente derechos fundamentales constitucionales. Por eso, necesariamente debe existir un nexo

entre la violación del derecho y la legitimidad de la resistencia, así como a los nuevos derechos que se puedan solicitar.

Así pues, cabe puntualizar que el derecho a la resistencia permite demandar nuevos derechos; no obstante, siguiendo la misma línea de interpretación constitucional no restrictiva, consideramos que esta no es una condición necesaria sino optativa del legitimado pasivo. Esto quiere decir que, incluso, podría invocarse el derecho a la resistencia; incluso, para el solo restablecimiento del derecho constitucional vulnerado.

Respecto a la posibilidad de “demandar nuevos derechos”, Canosa (2011) manifiesta que esta demanda no podría ser arbitraria sino que, necesariamente, debe haber una conexión directa con los derechos vulnerados. Es decir, la vulneración de dichos derechos debe haber dado origen a la resistencia. Esta afirmación resulta coherente dada la ponderación necesaria con el derecho a la seguridad jurídica y con el sentido democrático y protector del bien común que reviste este derecho.

Otro rasgo interesante del derecho a la resistencia ecuatoriano es el hecho de legitimar el derecho a la resistencia frente a las acciones u omisiones de personas de derecho privado (no estatal). Esto supone una innovación a la concepción tradicional del derecho a la resistencia pues permite al ciudadano común resistir activa o pasivamente a la autoridad pública que ejerce un poder ilegítimo de origen o de ejercicio. La generosidad de la norma constitucional, al incluir el derecho a resistir también sobre los actos de personas naturales, evidencia o sugiere una especie de causa de justificación en cualquier conducta. Este derecho/garantía constitucional sería, por tanto, transversal a todas las ramas del derecho, y consideramos, que debería ser aceptado como parte de una categoría de justificación de las conductas penales, en relación a la proporcionalidad con la que se ejerce.

En cuanto a la naturaleza de la resistencia, como una garantía de *ultima ratio* o no, el contenido del art. 98 de la carta magna no dispone en forma expresa el agotamiento de otras garantías institucionales o vías jurisdiccionales, por lo que no podríamos realizar una interpretación restrictiva. Así, en el Ecuador, la resistencia tiene un carácter subsidiario o de *ultima ratio*. Por tanto, desde esta perspectiva, el derecho a la resistencia podría incluso ejercerse de forma paralela a las vías jurisdiccionales e institucionales como la Acción de Protección, u otras.

El derecho a la resistencia es, por lo tanto, un derecho de naturaleza no jurisdiccional, de directa e inmediata aplicación, pero de carácter instrumental. Está vinculado a la reafirmación de otros derechos fundamentales violentados o en riesgo.

La única condición objetiva que limita el derecho a la resistencia es la efectiva o posible vulneración de un derecho fundamental. Su legitimidad y

proporcionalidad se encontrará vinculada a la urgente necesidad de auto tutela del derecho violentado. Criterio este inferido de la doctrina mas no, de la norma constitucional.

Su ubicación en la Constitución como un derecho de participación colectiva lo determina como un pilar fundamental de los Estados modernos democráticos, en los que la autoridad y la norma son legítimas en cuanto protegen el bien común y el respeto de los derechos fundamentales. Esto se debe a que la razón de ser del Estado no es el orden sino el respeto de los derechos fundamentales.

II

De Montecristi al COIP, un camino de contradicciones

Conforme hemos estudiado en el capítulo anterior, el termómetro que legitima el derecho a la resistencia es la violación o la puesta en riesgo de los derechos fundamentales. Cuando la constitución es violentada por aquellos que son llamados a garantizarla y aplicarla, o también por los particulares, se prevé esta garantía no jurisdiccional de autotutela ciudadana para el restablecimiento del derecho violentado, así como para reclamar el reconocimiento de derechos vinculados al derecho lesionado o en peligro.

Podemos estar a favor o en contra de la positivización del derecho a la resistencia; sin embargo, su reconocimiento constitucional lo pone como una realidad jurídica que debe superar el ámbito de lo retórico y verse materializada en las prácticas penales. El reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia como una innovación, evidentemente, requiere una adaptación normativa distinta al código penal anterior, en cuanto el paradigma es ampliamente distinto. Por eso, nos preguntamos: ¿las prácticas de criminalización a la resistencia cambiaron radicalmente desde la Constitución de Montecristi?

Para este análisis histórico, ponemos nuevamente sobre la mesa los antecedentes previos a la promulgación del COIP e, inmediatamente, anteriores a la vigencia de la Constitución de Montecristi, en los que la Asamblea Nacional Constituyente, en el ejercicio del Mandato N. 1 emitió una serie de acuerdos que consistían en varias amnistías a procesados por delitos comunes. A criterio de la Asamblea, los procesados (en su mayoría líderes comunitarios o defensores de derechos humanos y del medio ambiente) habían ejercido sus derechos a la resistencia y merecían “el perdón” por sus delitos.

Dichas amnistías fueron aplaudidas, internacionalmente, en cuanto constituían un antecedente cualitativo sin igual de reconocimiento de la instrumentalización del derecho penal para descriminalizar el derecho a la resistencia y a la protesta.

Cuantitativamente, fueron significativas en cuanto beneficiaban a más de 350 personas enjuiciadas por delitos comunes tipificados en el Código Penal de 1971. Los delitos a los que se refieren esta serie de amnistías incluyen procesos por promoción y organización de manifestaciones públicas sin permiso (art.153 C. P), sabotaje, terrorismo, rebelión, obstáculos puestos a la ejecución de las obras públicas y obstaculización de vías (Pasará, 2014).

La Asamblea Nacional Constituyente se refirió a dichas conductas como: “acciones de movilización y reclamo de comunidades de naturaleza esencialmente políticas y de reivindicación social”; disponiendo: “la extinción de la acción penal y la condena, con el propósito de subsanar errores judiciales y sanciones injustas a perseguidos políticos y personas inocentes, justificables en este momento de la vida política del país” (Asamblea Constituyente, Amnistía n° 13, Personas involucradas en hechos acaecidos en el cantón Las Naves, Provincia de Bolívar). No obstante, resulta necesario resaltar la concepción contradictoria del constituyente que reconoce la resistencia como un derecho necesariamente vinculado a ese momento histórico y político y, luego, no establece estos límites normativos.

Entendemos que la revolución ciudadana -y su idea de establecer una nueva Constitución- emergió como un movimiento de ruptura que buscó una readaptación total de las instituciones estatales a las demandas sociales. En este sentido, La Asamblea Nacional Constituyente pretendió dar al Ecuador un marco jurídico legal e institucional novedoso que supuso una ruptura y distanciamiento del orden institucional y legal anterior, asumiéndose a sí mismo como eficiente y declarando al anterior sistema como ineficiente. Reconoce la resistencia pues declara degradado al sistema institucional que reemplaza, identificándolo como un orden de abusos y justificando las conductas refiriéndose a ellas como: “justificables en este momento de la vida política del país”.

La Asamblea Constituyente, en el ejercicio del mandato 1, podía plenamente derogar los tipos penales que criminalicen la resistencia; sin embargo, lo que hizo fue conceder amnistías, declarar el derecho a la resistencia, y dejar en vigencia las conductas como delitos. Sin embargo, posteriormente, el discurso del presidente y líder de la revolución ciudadana cambió de forma radical, lo que evidentemente influyó de forma significativa en cómo los legisladores concebían la seguridad pública y la necesidad del derecho penal.

Por ejemplo, el periódico del gobierno en el año 2009, “El Ciudadano”, recogía las siguientes declaraciones del exmandatario a tan solo un año de las amnistías concedidas por la Asamblea Constituyente y del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia:

Muchas de estas organizaciones (...) se inmiscuían en política, que les guste o no también está prohibida por los reglamentos de fundaciones (...) Ellos pueden

dar opiniones, pero eso de movilizar, eso no pueden hacer. (...) Porque si uno quiere hacer política que se conviertan en un partido político... (El ciudadano. Periódico Digital del Gobierno de la Revolución Ciudadana, 15 de marzo de 2009, p.1).

En relación con el cierre de carreteras, el mandatario manifestó lo siguiente:

¿Dónde se ha visto que un grupo de gente con legítimas o ilegítimas aspiraciones bloqueen las vías como un acto de resistencia? (...) porque la Constitución prohíbe interrumpir el transporte público y porque el Código Penal penaliza el cierre de vías. (...) se llama feo el delito: sabotaje y terrorismo (...) Eso no es resistencia, sino agresión. (Correa, 2010, p.1).

Se evidencia dos posturas manifiestamente opuestas en el discurso de la entonces oficialidad.

Como indicamos en el anterior capítulo, para analizar la problemática del derecho a la resistencia es fundamental remitirnos a la teoría de las democracias, la cual supone el compromiso de proteger a las mayorías en sus aspiraciones legítimas y el resguardo y respeto de los derechos fundamentales y aspiraciones de las minorías. Esto está en consonancia con lo que enseña Gargarella (2008) acerca de que la democracia debe negarse a ceder ante la tentación del populismo penal -comúnmente practicado en nuestro país- que concibe al derecho penal como un instrumento de defensa social de las mayorías no desviadas en contra de las minorías desviadas.

Pero ya en la práctica, los gobernantes de turno califican a quienes han protestado en el país como “tirapiedras”, “insurgentes”, “forajidos” creando estereotipos y métodos de criminalización que ponen a estas minorías y sus organizaciones en una posición de evidente debilidad por la falta de respaldo institucional y político del Estado.

En efecto, las autoridades de elección popular y funcionarios del Estado en general deben cuidarse de confundir la decisión de la mayoría con la democracia constitucional. En un sentido amplio, lo fundamental en una democracia constitucional no es quiénes o cuántos son los que deciden, sino qué es lo que se decide y cómo se protege a esa minoría en las aspiraciones legítimas de la mayoría y viceversa. Así, lo legítimo es colocar la cualidad sobre la cantidad, y la Constitución sobre todo y sobre todos.

Por tanto, los derechos fundamentales son los límites y garantías de las aspiraciones de las mayorías, y son la medida para verificar la legitimidad de las leyes y las decisiones administrativas y jurisdiccionales. Pero, un tipo o una práctica penal con excusa de proteger un supuesto interés colectivo no pueden violentar los derechos fundamentales individuales ni colectivos de una minoría.

Para Pasará (2011), el seguimiento internacional más significativo (posterior a las amnistías) de la criminalización de la resistencia, fue aquel realizado por *Human Rights Watch* teniendo como base varios expedientes iniciados entre los años 2009 a 2010. Este informe concluyó que al menos una decena de personas que participaron en protestas y manifestaciones fueron juzgadas o investigadas durante 2010 por terrorismo, una acusación desmedida que se debió a la existencia de disposiciones definidas vagamente en el Código Penal.

Dicho estudio comprende a más de 24 dirigentes de comunidades criminalizados por oponerse a proyectos de ley o políticas gubernamentales de explotación de recursos naturales, entre los que se resalta las figuras penales más utilizadas para la criminalización de la resistencia y la protesta social, los artículos: 158 (sabotaje), 60 (terrorismo), y finalmente el artículo 129 (obstrucción ilegal de vías). Cabe resaltar que Amnistía internacional considera que los delitos relacionados a la alteración del tránsito son frecuentemente utilizados como base para emprender acciones penales en contra de cualquier protesta ciudadana, por lo que merecen especial atención, en cuanto son formas pacíficas de resistencia, y casi nada lesivas de otros derechos (Pasará, 2014).

En este mismo sentido, la Defensoría del Pueblo ha manifestado que: “la interrupción del libre tránsito de vehículos, de personas o mercaderías por las vías públicas es una forma tradicional de protesta de las ecuatorianas y ecuatorianos que se ha ido consolidando” (Defensoría del Pueblo, 2011, p.20).

Diana Salazar se refiere a estas manifestaciones del siguiente modo:

La protesta se utiliza ante la ausencia de una institucionalidad confiable que canalice las peticiones o necesidades de la población y las materialice en políticas públicas concretas. (...) la actividad de la protesta puede ser un rompimiento del orden convencional, pero no significa necesariamente acciones de violencia contra las personas o el Estado. La protesta puede ejecutarse por métodos no violentos como la organización de marchas o bloqueos temporales de vías, que visibilizan a las personas que protestan ante las autoridades y el público en general, pero no generan efectos perniciosos de largo plazo para individuos, comunidades, o la sociedad en general. La práctica de la protesta se enmarca en la libertad de asociación de las personas y su libertad de expresión, entre otras (Salazar, 2010, p.135).

No obstante, de estos antecedentes y recomendaciones internacionales y nacionales, el gobierno de entonces dejó pasar la oportunidad histórica de establecer garantías penales en favor del derecho a la resistencia, actitud que hubiese sido coherente con las amnistías promulgadas al inicio del gobierno, así como con los criterios internacionales que indicaban que muchos de estos delitos se utilizaban excesivamente para la criminalización de la resistencia y la protesta sociales.

Por el contrario, el legislador optó por tipificar nuevos delitos, sin establecer criterio alguno para diferenciar los actos típicos de aquellas manifestaciones cuyo objetivo y finalidad era la reivindicación de un derecho colectivo, mediante manifestaciones no lesivas de la integridad física ni la vida de terceros. En efecto, se abusó de la llamada “seguridad pública” y se penalizó conductas que, supuestamente, atentaban contra el Estado Constitucional de Derechos. Lo hizo sin establecer ninguna clase de excepción, consideración o garantía que proteja al débil de la relación: aquel que se resiste o protesta frente al Estado Leviatán.

Cabe resaltar que, si bien es comprensible que el derecho a la resistencia no sea reglamentado, esto no significa que el derecho penal -en su función limitadora de la libertad- no establezca garantías sustanciales en favor de este derecho. Al final de cuentas, el legislador -y en desmedro, el juez- debe resolver de algún modo esta contradicción entre seguridad jurídica, principio de legalidad, y el derecho fundamental a la resistencia. Si no se agregan garantías positivas que resguarden este derecho, seguramente los diques se romperán. El agua del poder punitivo se desbordará y sucederá como hasta ahora, que la resistencia no supera el ámbito de lo retórico.

Delitos que penalizaban la paralización de servicios públicos en el Código Penal y en el COIP: la criminalización de la resistencia pacífica

El código Penal de 1971 no hacía referencia específica a un solo delito de paralización de servicios públicos del modo en que es tipificado en el actual COIP, sino que lo mentaba de una forma abstracta y general. El cuerpo normativo derogado tipificaba varios delitos cuyo objeto era sancionar conductas lesivas a varios servicios públicos. Por ejemplo, el art. 158 sancionaba con la desorbitante pena de ocho a doce años a todo aquel que “...fuera de los casos contemplados en este código (...) destruya, deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos...”.

La referencia a las excepciones tiene relación con el delito tipificado en el artículo 156 para la paralización de servicio público de salud y dirigido únicamente a: “Los médicos, enfermeras, farmacéuticos, practicantes, empleados de casas de salud o propietarios de farmacias o droguerías”. En caso de que ellos, específicamente, incurriesen en estas conductas se los sancionaba con uno a tres años de prisión.

Otra referencia importante para nuestro análisis y que el antiguo código contemplaba como excepción es el delito por paralización de vías, tipificado en el art. Art. 129 que castigaba con la pena de uno a tres años de prisión a “el que ilegalmente impidiera el libre tránsito de vehículos, personas o mercaderías por las vías públicas del país”.

Al imponer igual pena para uno y otro delito tipificado, el legislador del código penal derogado trata con la misma gravedad al hecho de no proveer el servicio público de salud cuando alguien lo necesita y al de paralizar una vía pública e impedir el servicio público de transporte. Esto resultaba visiblemente desproporcionado.

Ahora bien, el actual COIP tipifica la paralización de servicios públicos del siguiente modo:

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

Es decir, en el COIP existe la tipificación de un nuevo delito autónomo de la paralización de servicios públicos, dirigido a la totalidad de servicios públicos, incluyendo al servicio público de transporte, y nuevamente excluyendo a la paralización del servicio de salud, al que condena con una pena mayor.

Además, se evidencia que el legislador aumenta el catálogo de verbos rectores. Ya no se sanciona solamente la efectiva paralización del servicio público, sino también su puesta en riesgo, adelantándose de algún modo a la lesividad de la conducta. Esto resulta un evidente crecimiento del poder punitivo respecto al código anterior.

En lugar de derogar el delito del impedimento de libre tránsito de vehículos o establecer consideraciones especiales al respecto (al ser este un recurso recurrente de protesta y resistencia pacífica reconocido nacional e internacionalmente) se confundió a estas conductas con otros delitos relativos a servicios públicos de otra naturaleza. De ese modo se logra incluir en esta tipificación el entorpecimiento y paralización del servicio público de transporte; y, prohibir estas conductas sin establecer consideraciones respecto a la coincidencia con actos de resistencia social. El COIP no hace distinción alguna respecto a estos presupuestos, “metiendo en el mismo saco” a todos los servicios públicos distintos del de salud.

Otro de los cambios sustanciales se refiere a la clasificación que el legislador escogió para estos delitos. La nueva normativa concibe a la paralización de servicio público como un delito contra “el Estado constitucional de derecho”, y la “seguridad pública”, mientras que el código penal derogado entendía la paralización de vías como un “delito en contra de la administración pública”.

Se debe reconocer como positiva la derogatoria de la tipificación del delito de utilización de espacios públicos sin autorización de autoridad competente, por cuanto esto suponía un mecanismo de censura previa, contrario a la naturaleza de la resistencia y a los criterios internacionales pro derechos humanos.

No se puede depender de un permiso para el ejercicio de un derecho constitucional. Más aún cuando la naturaleza de este derecho se basa en la fricción con las autoridades que en este caso tendrían la potestad discrecional de conceder o no el permiso. Esta visión es propia de los Estados autoritarios que priorizan el mantenimiento del orden público sobre la estabilidad nacional.

El delito de “Paralización de servicios Públicos en el COIP” a la luz de una constitución garantista de derechos

Nos apoyamos en la idea de Ferrajoli de que si una Constitución reconoce derechos humanos no existe otro modelo penal que el garantista. Por lo tanto, hablar de garantismo no es una cuestión de modas o de ideologías. Se trata de un modelo de Estado y democracias constitucionales cuyas ideas -basadas en los derechos fundamentales y los principios como fuentes de verificación de validez de la norma- son aptas para valorar las dinámicas teóricas del delito de paralización de servicios públicos en conflicto con el derecho a la resistencia activa pacífica (Moreno, 2007).

Conforme señala Roxin, el código penal es un termómetro de la Constitución y, por ende, de la democracia. Por lo mismo, no es lo mismo la validez formal del tipo penal o su aplicación (que es válida en cuanto sigue un proceso y es emitida por autoridad competente) que la validez sustancial (que guarda armonía con los derechos fundamentales).

Con la positivización constitucional de los llamados derechos naturales o pre-jurídicos, el garantismo ha reconocido que la validez sustancial de los tipos penales o de las prácticas penales, se controla a través de los principios y axiomas reconocidos por la carta fundamental. Y estos axiomas están expresados, entre otros, en los principios de necesidad, lesividad y materialidad como métodos de verificación de la justicia de una ley o su aplicación.

Ferrajoli se refiere a la epistemología del garantismo penal, como la “Ley del más débil”. Bajo esta visión, los derechos humanos son un artificio inventado por el hombre para evitar el dolor y combatir la injusticia, defendiendo a quien se encuentra en posición de vulnerabilidad o de sometimiento. Ferrajoli identifica al “más débil” según tres momentos: 1. El momento del delito cuando el más débil es la víctima; 2. El momento de la investigación, aprehensión, juicio, etc. cuando el más débil es el sospechoso; y 3. El momento en que se cumple la condena cuando el más vulnerable es quién está cumpliendo la sentencia (Ávila, 2011).

En esta línea, consideramos que los llamados delitos en contra de la estructura del Estado constitucional de derechos a los que hace referencia el COIP, necesariamente, deberían racionalizar el derecho penal en el ejercicio del derecho a

la libertad que no genera efectos lesivos en las personas “de carne y hueso”. De este modo, el derecho penal estaría al servicio de las garantías consagradas en el derecho constitucional. En este caso, el derecho a la resistencia.

Con el fin de proteger y racionalizar el ejercicio del poder punitivo, Ferrajoli (inspirado en Beccaria) crea filtros que funcionan como diques de contención del poder punitivo, puesto que este siempre tiende a desbordarse y actuar en contra del más débil (Zafaronni, 2001). El Garantismo penal sintetiza, de esta forma, una serie de principios y garantías racionales y verificables, que buscan contener el ejercicio arbitrario del poder, y permite tanto a los legisladores como a los jueces, evaluar constantemente la constitucionalidad de las leyes o de su aplicación en concreto. En este sentido, coincidimos con Ramiro Ávila en sostener que: “El principio tiene varias funciones. Una de ellas es legitimar y dar validez sustancial a las reglas producidas legislativa y judicialmente. La otra función es inspirar el proceso legislativo y normativo en general. Otra es valorar el sistema jurídico formalmente vigente” (Ramiro Ávila, 2011, p.549).

Ferrajoli (1995), en su obra “Derecho y Razón”, se refiere a los fines del garantismo, como una teoría de legitimación o deslegitimización del derecho penal, buscando un sistema de racionalización del poder punitivo, sintetizando estos principios que él llama los “axiomas del garantismo”. Esta construcción de Ferrajoli es un modelo de filtros y condiciones necesarias para la atribución de la responsabilidad penal y la imposición de una pena. Nos interesan estos axiomas por cuanto han sido adoptados por la Constitución ecuatoriana del año 2008. De hecho, nuestra Constitución es, en efecto, de corte garantista inspirada en los principios de Ferrajoli, los que constituyen “el deber ser” del derecho penal. Los principios y axiomas de Ferrajoli se encuentran en la Constitución. La tabla 1 los resume:

Tabla 1

Los principios y axiomas de Ferrajoli en la Constitución

PRINCIPIO	AXIOMA	CONSTITUCIÓN
Retributividad	“No hay pena sin delito”	Art.76 número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser[...]sancionado por un acto u omisión [...]no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará una sanción no prevista en la constitución o en la Ley”

Legalidad	“No hay delito sin ley”	Art 76. Número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que “[...] no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará una sanción no prevista la constitución o en la ley”
Necesidad	“No hay delito sin necesidad”	Art. 76 numeral 6 y Art 195: Art 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “6. La ley se establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales [...]” Art. 195. “La Fiscalía dirigirá [...] la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal”
Lesividad	“No hay necesidad sin daño”	Art. 66, número 5. “Se reconoce y garantizará a las personas: 5 “El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás”
Materialidad	“No hay daño sin acción”	Art. 76. Número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que [...]”
Culpabilidad	“No hay acción sin culpabilidad”	Art. 1. El Ecuador es un Estado de Derechos y justicia[...] Art 66. Número 5: “Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás” Art 76, número 2: “El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2 Se presumirá la inocencia de toda persona [mientras no se declare su responsabilidad.”

Jurisdiccionalidad	“No hay culpa sin juicio”	Art. 76 npumero 2 y 3: El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2. “Se presumirá la inocencia de toda persona [...] mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 3. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez [...] con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.
Acusatorio	“No hay juicio sin acusación”	Art. 75 y 195:75. “Toda persona tiene derecho al acceso [...] a la justicia imparcial” 195. “La fiscalía dirigirá la investigación pre procesal y procesal penal [...] De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”

Fuente: Encalada Hidalgo, 2015, pp. 10 y 11

Cada uno de estos filtros sirve como diques de contención del poder punitivo. Solamente una vez que se han verificado cada uno de ellos se puede legitimar la intervención del Estado en su ejercicio del poder punitivo.

Esto nos permite contestar la interrogante: ¿cuándo prohibir la paralización de servicios públicos? Esta interrogante se vincula directamente con el principio de *ultima ratio* y la necesidad de que el derecho penal sea reconocido en la mayoría de las Constituciones modernas. En ellas se justifica las prohibiciones cuando su función es impedir el ataque a bienes individuales y sociales. Este ataque, según Ferrajoli (1995) no solo se refiere al daño causado sino que previene la puesta en peligro de estos bienes.

Dentro de estos bienes se comprenden los derechos fundamentales, individuales y colectivos, pero también a bienes que no son estrictamente derechos, sino abstracciones un tanto más complejas e indefinibles como los conceptos de seguridad pública o estado constitucional de derechos.

El caso del delito analizado, de acuerdo a la clasificación del COIP, protege el bien jurídico “estructura del Estado constitucional” y “seguridad pública”. Estos, si bien no son derechos en sí mismos sino intereses colectivos, su protección penal en principio se justifica en razón de que la propia naturaleza constitucional del servicio público es una fuente de satisfacción de derechos fundamentales.

No obstante, consideramos que los derechos fundamentales tienen un grado de jerarquía superior, pues estos son la razón de la existencia misma del Estado. Es así que, en conflicto entre un derecho y el orden, deberá prevalecer el derecho, en este caso: la resistencia. Lo contrario sería caer en absurdos peligrosos de legitimación del derecho penal propios del fascismo.

Es menester hacer hincapié que no toda paralización de un servicio público o toma de instalaciones públicas pone en riesgo o violenta derechos fundamentales. Lamentablemente este supuesto no es tomado en cuenta por el tipo penal que se refiere a los servicios públicos de manera abstracta y general, sin distinción alguna. No es lo mismo paralizar el servicio público de agua potable que entorpecer el servicio público de transporte terrestre o el servicio público de internet. Tampoco es lo mismo paralizar una vía y entorpecer el servicio público de transporte por reclamar derechos de una colectividad, que hacerlo por vandalismo o con la intención de dañar a una colectividad.

En este sentido consideramos que la racionalización del derecho penal debería hacer una distinción de acuerdo a cada servicio público de una forma más exhaustiva. Lo importante es lograr la efectiva protección de aquellos presupuestos que puedan identificarse como manifestaciones propias de los derechos fundamentales de reunión, libertad de expresión, etc.

El principio de mínima intervención penal debería haber influido en el legislador, identificando aquellos presupuestos menos lesivos y estableciendo otro tipo de sanciones distintas a la penal para todos aquellos presupuestos que no lesionen la integridad física o la vida de las personas. No obstante, el tipo penal no hace distinción alguna al respecto, pues, la violencia no es un elemento del tipo penal en cuestión, lo que pone en duda la necesidad del derecho penal en todos los casos.

En relación al principio de lesividad, Ferrajoli (1995) indicaba que si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas son las prohibiciones mínimas necesarias. Lo explicaba en estos términos: “las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidas a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal” (Ferrajoli, 1995 p. 464)

Los principios de necesidad y de lesividad como criterios de legitimación del poder punitivo, suponen la prohibición de comportamientos meramente indigestos, hostiles, y la tolerancia de todo comportamiento que no sea lesivo o ponga en peligro derechos fundamentales.

En este sentido el COIP, al establecer como el verbo rector la acción de “entorpecer” abandona la teoría del garantismo y establece este delito como un ejemplo del derecho penal del enemigo. Así resultan claras las ausencias de garantías

en favor del procesado, en relación a la efectiva lesividad y culpabilidad de las conductas, puesto que el legislador prefiere establecer delitos para prevenir, y los justifica en base a un supuesto interés público de proteger daños a la estructura del Estado constitucional. El tipo penal se erige como tal para casos de excepción, legitimando un adelantamiento del derecho penal a los hechos criminales del que nos habla Zambrano Pasquel (2005) como causa de interés común o el ambiguo concepto de seguridad pública.

Reflexiones sobre el bien jurídico protegido

Nadie puede dudar de la necesidad de proteger la regularidad de los servicios públicos, en razón de que la naturaleza del servicio público es la satisfacción de los derechos fundamentales; sin embargo, parecería que al constituir como bien jurídico “la estructura del Estado constitucional de derechos” y “la seguridad pública” el COIP dificulta la comprensión y los alcances jurídicos de este tipo penal.

Este bien jurídico resulta especialmente peligroso y presto a la arbitrariedad porque carece de una efectiva verificabilidad del daño que debería realizarse sobre el bien jurídico protegido como suponen los principios de lesividad de la conducta y la ratio penal. En este sentido, el bien jurídico admite un rol interpretativo para el juez quien debe analizar la lesividad de los actos en relación al tipo penal, desde “la lupa” del bien jurídico que vienen a tutelar, justificando de este modo la necesidad y razón del derecho penal.

Es fácil verificar el daño en el objeto material del delito, -por ejemplo: una vía pública, un bus de transporte público- sin embargo, debe existir un correlato de verificación entre este y el bien jurídico que supuestamente tutela el tipo penal. Así como sucede, por ejemplo, en el delito de robo, en el que el daño al patrimonio se puede demostrar cuando el objeto material (bien inmueble) ha sido sustraído.

El problema de considerar bienes jurídicos tutelados a la “estructura del estado constitucional” y “seguridad pública” es que estos son conceptos demasiado amplios y ambiguos. Dado que no nos brindan un ámbito claro de verificabilidad empírica de la lesividad de las acciones y de los resultados, son tipos propicios para la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo; lo cual es contrario a la epistemología cognitivista del garantismo por cuanto el bien jurídico funciona como un instrumento de interpretación teleológica del tipo. En casos como estos en que se requiere un análisis previo de una determinada conducta para saber si realiza o pone en peligro un bien jurídico protegido, el derecho penal no justifica su intervención. Recordemos que el derecho penal solo se puede aplicar a aquellas conductas lesivas, descriptibles y demostrables.

En este caso, el tipo penal se establece como uno de peligro abstracto, en cuanto incluye todas las conductas habidas y por haber. Así, se sanciona del mismo modo el entorpecimiento que la efectiva paralización del servicio.

Considero que, por su naturaleza, en realidad, estos delitos ocurren en contra de la administración pública, en cuanto la naturaleza del servicio público es ser regulares, generales y generalmente vinculados a la satisfacción de derechos fundamentales, y de control directo o indirecto del Estado. La clasificación del delito, como aquel desestabilizador del Estado constitucional o de la seguridad pública no es real ni coherente con la lesividad de las conductas prohibidas y sirve para exagerar las verdaderas consecuencias de muchos de estos actos.

El Principio de estricta legalidad en el delito de “Paralización de servicio Público”

El principio de legalidad es la garantía fundamental del ciudadano frente al arbitrio de la autoridad. Jescheck (1993) señala que, por este principio, no puede existir un delito sin una ley previa, sino que, el tipo penal debe describir claramente cuáles son los presupuestos de hecho que son considerados como delitos. Esto tiene dos ventajas: el juez puede verificar materialmente y empíricamente la realización de un hecho punible como verdadero o falso; y, el ciudadano tiene plena conciencia de todos los comportamientos que se encuentran prohibidos, de este modo se cumple con el fin persuasivo del derecho penal.

En este sentido, los tipos penales deben describir los hechos típicos con claridad, y desde la perspectiva de la epistemología garantista, debería utilizarse conceptos descriptibles y demostrables; y, evitar la utilización de conceptos valorativos tales como: la buena fe, la seguridad pública, mujer honesta, etc. y otros que den un marco de arbitrariedad a la autoridad judicial, en cuanto confunden a la moral con la validez externa o política, con el derecho, así lo señala Zimas (2017).

En este sentido Roxin (1997), considera que una ley poco precisa no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del iuspu-nendi estatal, y además es contraria al principio de separación de poderes, pues, permite al juez valorar cuales son los comportamientos prohibidos, de acuerdo a sus propias convicciones y sin un respaldo racional, verificable y demostrable del uso del poder punitivo. El autor alemán cita el ejemplo del tribunal bávaro que declaró inconstitucional por ambigüedad en la determinación de lo prohibido, aquel precepto que establecía: “...que infringiere el orden público o actuare contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o de sus miembros...”, en razón de que el tipo penal, no garantiza los fines de la tipicidad que son: la certidumbre de la aplicación del poder punitivo como ultima ratio del Estado.

Ferrajoli (1995), distingue el principio de mera legalidad, que está dirigido a los jueces en su interpretación fáctica y empírica del tipo penal. Señala que, junto a la exégesis gramatical, es necesario constatar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y la consecuente culpabilidad del sujeto activo, del principio de estricta legalidad, dirigido a los legisladores en su obligación de elaborar tipos taxativos y precisos.

El mismo autor diferencia entre el principio de mera legalidad del principio de estricta legalidad. El primero (*nullum poena, nullum crimen sine lege*) se limita a exigir que los presupuestos de las sanciones estén establecidos con anterioridad al hecho y sean emitidos por parte del órgano legislador; mientras que el principio de estricta legalidad como corolario de la prohibición de analogía (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione*) deberá contener referencias empíricas que permitan su aplicación en proposiciones verificables y presuponga la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad de la persona. El Art. 346 del COIP, establece los presupuestos del delito, del siguiente modo:

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

Es notorio que el tipo penal está dirigido a impedir acciones y conductas, que puedan afectar o poner en riesgo al servicio público, así como la toma por la fuerza de edificios e instalaciones públicas. Por tanto, existen dos objetos materiales de protección: El servicio público en sí mismo, y los bienes de uso público.

De una interpretación gramatical, podríamos deducir que el legislador no distingue la gravedad de uno y otros presupuestos. ¿Es igual de lesivo entorpecer que paralizar? ¿Es igual tomarse un edificio por la fuerza que paralizar una calle? ¿Es lo mismo entorpecer el servicio de internet que paralizar el servicio de agua potable? Aparentemente, para el legislador, sí lo es, pero la sanción resultaría desproporcionada en un caso respecto al otro. Además, da demasiada arbitrariedad al juez para establecer que una conducta sea más o menos grave.

Es decir, el citado artículo viola el principio de estricta legalidad, pues, ha omitido el cómo diferenciar una conducta de la otra en relación a la lesividad de la conducta, lo que da al juez un ámbito de discrecionalidad que rompe el principio de separación de poderes, pues, permite al juez acudir a valoraciones no verificables, para distinguir a una conducta de otra como más o menos grave. El uso taxativo de estos verbos rectores evidencia que el legislador no distingue la proporcionalidad entre la efectiva paralización y la puesta en riesgo, tampoco, entre la tentativa y la consumación de la paralización.

Las conductas de “paralizar” e “impedir” resultan prácticamente sinónimas, y unidas al verbo rector “entorpecer” evidencian la voluntad del legislador de proteger tanto el riesgo como la efectiva paralización del servicio público.

Respecto al verbo rector “entorpecer”, resulta imprescindible resaltar que el concepto es demasiado ambiguo, en cuanto su significado se refiere a impedir la “normal” prestación del servicio público, pues ¿qué es lo que hemos de comprender como “normal”? El legislador confunde la interpretación del delito con el resultado, la ejecución con la tentativa.

El código debería definir la supuesta normalidad a fin de hacer de este un concepto de verificación empírica del modo que lo exige la epistemología pregonada por Ferrajoli o la Constitución de Montecristi. Colocar la normalidad como el canon hace ambigua y maleable la valoración de los verbos rectores “paralizar” o “impedir”.

Es evidente la voluntad clara del legislador de evitar la paralización o el riesgo al servicio público en cualquiera de sus modalidades, no castigando (como aparenta el título), únicamente la efectiva paralización. Si bien todos los verbos rectores que utiliza este tipo son de verificación empírica y permiten al juzgador anticiparse a una verdadera puesta en riesgo o vulneración del bien jurídico; existe una “fisura” en el tipo penal por el verbo “entorpecer”, que serviría como un dique roto que permite al poder punitivo expandirse más allá del tipo penal hacia lugares inciertos.

En relación al verbo rector “resistir”, se demuestra, una vez más, la voluntad del legislador de vetar cualquier posibilidad de una puesta en riesgo del servicio público.

En relación a la segunda parte del tipo penal, que ya no se refiere al servicio público, sino respecto a la toma por la fuerza de edificios o instalaciones públicas, cabe mencionar que la toma debe realizarse por medio de la fuerza, entendida en su sentido literal y abstracto, pudiendo, por tanto, castigarse como forzoso aquella fuerza en contra de las personas y de las cosas, lo que nuevamente violenta el principio de estricta legalidad.

En relación al objeto material, el uso de los conceptos edificios e instalaciones públicas, evidencia la amplitud del legislador cuando se refiere a cualquier bien inmueble del Estado o de uso público, lo que incluye los puentes, las calles, etc. debiendo entenderse que se criminaliza la ocupación forzosa (sin permiso) de los espacios públicos. De este modo el legislador no solo protege el servicio público, sino también toda actuación “sui generis” que implique una toma de los espacios públicos, sin permiso. Por ejemplo, la protesta pacífica en parques.

Si bien se derogaron los tipos penal de manifestaciones públicas sin permiso, el tipo penal sugiere que la toma de espacios públicos deberá ser con permiso

del ente público encargado, ya sea prefectura o municipalidad, caso contrario habrá una toma forzosa de la calle, lo que se contradice con el ejercicio legítimo de la protesta pacífica y de la resistencia, como vías de hecho sui generis, y de emergencia, y por la naturaleza de la resistencia, como forma de resistir, valga la redundancia, a la autoridad que vulnera derechos fundamentales. Por lo que pedir permiso a la autoridad que se pretende resistir, resulta en un despropósito y en una contradicción constitucional con la naturaleza de la resistencia.

En este sentido Roxin (1997), manifiesta que un precepto penal será suficientemente preciso en la medida en que se pueda evidenciar la voluntad del legislador, y que el tenor literal marque los límites a una interpretación arbitraria, lo que evidentemente no sucede en todos los aspectos que hemos enunciado, por tanto el legislador rompe con el principio de estricta legalidad, en cuanto el Fiscal, así como el Juez no tiene un mecanismo verificable de cada una de las conductas, siendo vulnerable a la instrumentalización de la política por la naturaleza de la resistencia, así como a un poder punitivo no previsible.

Finalmente, cabe mencionar que el tipo penal en sí mismo no criminaliza la resistencia, pero deja espacios de arbitrariedad que rompen con el principio de verificación empírica de las conductas. No toda paralización de servicios públicos o toma de espacios públicos, tiene un significado de resistencia, y viceversa, por lo que la resistencia debería analizarse como una causa de justificación de la conducta típica, al existir una legítima defensa de derechos constitucionales, los mismos que, sugerimos, deberían ser incluidos en la normativa penal a forma de garantía de este derecho.

III

La resistencia y el delito de paralización de servicios públicos en la práctica penal

Resultados de las entrevistas

Hemos realizado las siguientes entrevistas a un grupo de 4 fiscales y 3 jueces penalistas, las que adjuntamos como anexos, y nos interesan para analizar la cotidianidad de las posturas respecto al derecho a la resistencia y sus posibles incidencias en el ámbito penal. Nos preocupa, concretamente, el delito de paralización de servicios públicos, para entender si en un aspecto práctico -fuera del académico- el delito de paralización de servicios públicos es compatible con el derecho a la resistencia.

De este modo, la entrevista aporta a nuestra investigación, en términos cualitativos y no cuantitativos. Respetando los acuerdos con los entrevistados, algunos de ellos no han suscrito su nombre, por lo que nos referiremos a ellos por un número.

Las preguntas relevantes a nuestra investigación fueron:

1. ¿Conoce Usted sobre los límites y naturaleza del derecho a la resistencia?
2. ¿Considera Usted que la resistencia pone en peligro del derecho a la seguridad jurídica establecido en el art. 82 de la constitución?
3. ¿Considera Usted que el delito de paralización de servicios públicos, pone el riesgo el derecho constitucional a la resistencia?
4. ¿Conoce Usted sobre jurisprudencia relativa al derecho a la resistencia?

Fiscales:

1. ¿Conoce Usted sobre los límites y naturaleza del derecho a la resistencia?

- a) El Fiscal de Cuenca, Roberto Espinoza, considera que la naturaleza de este derecho es ser un mecanismo por el cual un individuo o colectivo determina que la política de un Estado u órgano estatal menoscaba un derecho constitucional. Sobre sus límites, opina que son los derechos de las otras personas.
- b) Para el Fiscal Paúl Vázquez Illescas, el texto del art. 98 de la constitución es demasiado ambiguo, y al mismo tiempo da lugar a una expectativa de naturaleza muy general, que permite interpretaciones de carácter muy discrecional.
- c) El Fiscal número Uno refiere a este derecho como una garantía frente a las acciones u omisiones violatorias de los Derechos Constitucionales, por ende, su límite se entiende en que la acción reivindicatoria de derecho no sea ejercida en contra de otros derechos y garantías constitucionales, y su naturaleza “sería esta facultad de lucha por sus derechos”
- d) El Fiscal Número DOS considera que los límites del derecho a la resistencia tienen que ver con el reconocimiento de las personas a demanda, a través de la aplicación de mecanismos de hecho, la violación sus derechos. Para el entrevistado, sus límites son el orden público, lo que ha ocasionado que muchas veces sean judicializados.

Jueces:

- a) El Dr. Jorge Iñiguez, Juez de la unidad judicial penal de Cuenca, considera que : *“la resistencia se debe ejercer de acuerdo a ciertos principios, cuyo cumplimiento debe garantizarse por parte de todas las autoridades del Estado”*

- b) El Dr. Felipe Córdova, se refiere a este como: “*un derecho constitucional conocido como desobediencia civil, ante acciones u omisiones del poder público*”.
- c) El Dr. William Sangolquí, juez de lo penal de Cuenca, considera que la naturaleza de este derecho es enfrentar cualquier clase de vulneración a los derechos fundamentales, por eso tiene su tutela en la constitución.

2. ¿Considera Usted que la resistencia pone en peligro del derecho a la seguridad jurídica establecido en el art. 82 de la constitución?

Fiscales:

- a) El Fiscal Roberto Espinosa considera que no, puesto que es parte de la misma Constitución y nace precisamente para garantizar que las normas que se emitan no vulneren derechos.
- b) El Fiscal Paúl Vázquez Illescas, también considera que no, pues, este derecho garantiza la existencia de normas previas y de cumplimiento obligatorio.
- c) El Fiscal número Uno, considera que no, puesto que, a su consideración, los límites de la resistencia son los normativos.
- d) Para el Fiscal número Dos: “*La resistencia podría poner en peligro a la seguridad jurídica al no verse especificado cuales son los casos en los que se aplicaría este tipo de medidas.*”

Jueces:

- a) Para el Dr. Jorge Iñiguez tampoco se pone en riesgo la seguridad jurídica, puesto que este también es un derecho.
- b) Para el Dr. Felipe Córdova el derecho a la resistencia debe convertirse en un acto legal y justo. El principio de seguridad jurídica establece que las leyes son previas, públicas. Es decir, si está en la ley corresponde a todos su cumplimiento y obediencia.
- c) Para el Dr. William Sangolquí también considera que no, en cuanto esto sería una puerta hacia la arbitrariedad.

3. ¿Considera Usted que el delito de paralización de servicios públicos pone en riesgo el derecho constitucional a la resistencia?

Fiscales:

- a) Para el Dr. Roberto Espinosa, el derecho a la resistencia no es sinónimo de paralización de servicio público, ni una excusa para que una persona que

cometa los elementos del tipo penal, sea procesada.

- b) Paúl Vázquez Illescas, dice que: *“En la práctica ha ocurrido así lamentablemente”*.
- c) Para el Fiscal número Uno la garantía de suministros públicos, es una garantía que pugna con el derecho a la resistencia. Considera que, esta deberá ser analizada en cada caso en concreto, si se está poniendo en riesgo el derecho de los demás.
- d) El Fiscal número dos, considera que no, pues el bien jurídico protegido es la estructura del estado constitucional. La resistencia no es un justificativo para realizar acciones que atenten contra el Derecho de las otras personas.

Jueces:

- a) El Abg. Jorge Iñiguez considera que si, pues *“este delito castiga una conducta que puede estar dentro del derecho a la resistencia”*.
- b) El Dr. Felipe Córdova considera que no, pues, considera que este es un delito en todos los casos.
- c) El Dr. William Sangolquí piensa que No, pues, por el hecho de resistirnos no podemos vulnerar o lesionar otro bien jurídico.

4. ¿Conoce Usted sobre jurisprudencia relativa al derecho a la resistencia?

A esta pregunta, la totalidad de los entrevistados han dicho no conocer jurisprudencia alguna. Solamente uno de los entrevistados (Fiscal UNO) se han referido a jurisprudencia, citando la sentencia No 0004-09-SAN-CC en el Caso 0001-08-AN, que se refiere a una acción de incumplimiento presentada por el señor Floresmiro Villalta, quién había sido uno de los beneficiarios las amnistías emitidas por la Asamblea Nacional Constituyente, y si bien su caso se referiría a un caso de violación que nada tenía que ver con los supuestos delitos políticos, es emblemático en reconocer como el Estado ha instrumentalizado un Sistema Penal en favor de los intereses de alguien, criminalizando la resistencia incluso con tipos penales ajenos a cualquier manifestación cotidiana de protesta o resistencia.

Dicha Jurisprudencia si bien no se refiere al desarrollo jurisprudencial del derecho a la resistencia, tal como está concebido en el art. 98 de la Constitución de la República, es importante en reconocer los alcances de la criminalización del derecho a la resistencia, no solo referidos a tipos penales mal elaborados, sino también a la burda y descarada instrumentalización del sistema penal mediante el abuso del poder.

Dicha sentencia dice:

En el presente caso, el accionante ha recurrido a esta Acción porque ha sido destinatario y beneficiado de una Amnistía el 14 de marzo del 2008, que lo libera de una condena imputada por una supuesta violación a una menor en la que la Asamblea Nacional Constituyente, de forma inequívoca identificó: el sujeto, el objeto y el proceso penal relacionado al accionante, y después de un análisis del proceso penal invocado ha detectado irregularidades, considerando que es un ciudadano que ha ejercido su derecho a la resistencia y ha realizado oposición a la acción devastadora de los Recursos Forestales del Estado por más de una década, incluso siendo inculcado en varios delitos comunes.

De las respuestas obtenidas a estas preguntas sacamos las siguientes conclusiones:

1. No existe acuerdo respecto a los límites y la naturaleza del derecho a la resistencia, lo que pone en peligro el ejercicio de este derecho, en cuanto no existe criterios únicos y verificables.
2. Se pone en evidencia la falta de interés de los funcionarios penales respecto a este derecho, y la subordinación conceptual de este al principio de seguridad jurídica, por tanto, del principio de legalidad.
3. La falta de un desarrollo normativo (en el sentido de garantías normativas de este derecho), sumado a la inexistencia de jurisprudencia relativa al derecho a la resistencia VS. La abundante jurisprudencia en temas de seguridad jurídica, hacen que, en la práctica penal, el derecho a la resistencia sea un enunciado meramente retórico.
4. Salvo contadas excepciones, no existe una cultura jurídica de reconocimiento del derecho a la resistencia. No se considera la aplicación de los principios de minimización y racionalización del poder punitivo, únicamente la subsumición de la conducta al tipo penal.

Análisis del caso práctico: Agustín Wachapá, delito de paralización de servicios públicos

Con base en todas las premisas que hemos sentado respecto al derecho a la resistencia, y respecto al delito de paralización de servicios públicos, realizaremos un análisis del caso al que denominamos: *“Derecho a la Resistencia vs. Delito de Paralización de Servicios Públicos: Caso Morona Santiago, Agustín Wachapá,”*. El caso resulta interesante para analizar el conflicto que existe entre manifestaciones que pueden considerarse expresiones del derecho a la resistencia y, al mismo tiempo, delitos; por las particularidades vinculadas con la figura procesada -en

su calidad de presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar- la participación ciudadana, el reclamo de intereses y derechos colectivos.

Debido a la naturaleza reservada del proceso no hemos podido acceder a todo el juicio, sin embargo, contamos con las piezas procesales que sustentan el llamamiento a juicio por parte del fiscal de Morona Santiago en contra de Agustín Wachapá por el delito de paralización de Servicios Públicos, siendo el expediente fiscal, el referente de este análisis.

Los hechos:

De acuerdo al parte policial que consta del proceso 1455-2016-00771, los fundamentos de hecho que motivaron la investigación penal, se refieren a que: *“a las 4 h 44 del día sábado 27 de junio de 2015 en horas de la mañana les han informado que la vía que conduce de Macuma había sido cerrada”*.

De acuerdo a la versión de la policía, una vez en el lugar de los hechos, se tomó contacto con el señor Agustín Wachapá, Presidente de la FICSH, quién ha informado sobre las peticiones de los manifestantes para levantar dicha “medida de hecho”, entre las que constan:

1. La entrega de la licencia ambiental al Prefecto de esta Provincia para que continúe con la construcción de la vía Macuma- Taisha.
2. El archivo definitivo por parte de Fiscalía, en relación al juicio que siguen en contra del Prefecto.
3. La reducción de la tarifa de pasajes de los buses de transporte que ingresa a las comunidades.

De acuerdo al parte policial, varias Autoridades -entre ellas, el Gobernador Ing. Rodrigo López, el Dr. Luis Barese, asesor del Ministerio del Interior- habían mantenido un diálogo con el presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar (FICSH) e intentaron llegar a un acuerdo que no se concretó. Por lo que, minutos más tarde, un grupo más de 200 personas de la etnia Shuar realizan el cierre de la vía que conduce a Macuma, colocando piedras, palos y tabloncillos, impidiendo el paso vehicular.

Finalmente indican que: “tras una labor de inteligencia de Agentes de la Subzona N°14 se determina que el deseo de los manifestantes es que exista un muerto o varios heridos con el desalojo policial, y que: “se han coordinado con las diferentes empresas de transporte de pasajeros para que ya no utilicen esta vía”.

De acuerdo a la versión libre y sin juramento a la que hemos tenido acceso, el procesado señala que: “En calidad de Presidente de la Federación Interprovincial

del Centro Shuar, en ningún momento la convocatoria fue realizada por mi persona sino por la gente que estaba manifestando y que habitaba en la zona Envenecer, Macuma-Taisha”, enterándose en ese lugar que la manifestación era porque se solicitaba al gobierno la culminación de la carretera Macuma Taisha. Indica además que él había señalado a los manifestantes que se debe esperar a los trámites legales. Se indica también que, como miembro de la Federación Shuar enviaron un oficio al Presidente de la República y a la Ministra de Ambiente, donde solicitaban la emisión de la licencia ambiental para que se realice la construcción de la carretera, haciéndoles conocer la preocupación de la gente de ese sector por la paralización de la vía. Es decir, la defensa del señor Wachapá argumenta que él no es el responsable de la paralización de la vía, sino fungió como comunicador entre la indignación ciudadana y el gobierno central. Finaliza su declaración, refiriéndose a dicha medida de hecho como pacífica.

Pruebas que sustentan la teoría del caso de Fiscalía:

De acuerdo consta en el auto de llamamiento a juicio de fecha 3 de mayo del año 2017, las pruebas que sirven a Fiscalía como indicio suficiente para formular un juicio en contra de Agustín Wachapá, son:

1. Parte policial del día en que el colectivo Shuar se toma la vía de la Troncal Amazónica (ingreso a la vía Macuma Taisha)
2. Reconocimiento del lugar de los hechos.
3. Versión de Agustín Wachapá
4. Certificado del MIES, del que se desprende que, el procesado es presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar FICSH
5. Certificados de varias cooperativas de transporte certificando que ese día no pudieron prestar el servicio de forma normal.
6. Informe técnico pericial de audios de declaraciones del procesado.

Se menciona que se formulará cargos en contra de Agustín Wachapá por ser el autor del delito de paralización del servicio público de transporte en la vía Macuma-Taisha pues los manifestantes, supuestamente, trabajan bajo sus órdenes. En este sentido, Fiscalía entiende que el acusado mantiene el dominio del hecho, mediante un aparato organizado de poder, en este caso la FICSH.

Así, para Fiscalía, el certificado del MIES, del que se desprende que el procesado es el presidente de la FICSH, es una prueba relevante para establecer la autoría del acusado. Preocupa de este modo, la criminalización de la persona y no de una conducta, pues, la calidad del acusado, como líder social no prueba

absolutamente nada, ni respecto a los elementos objetivos, ni subjetivos del tipo penal. Es más, esta debería ser una prueba más del ejercicio de un derecho colectivo de la comunidad a la que el señor Wachapá representa.

La materialidad, así como la lesividad del delito busca sustentarse en varios oficios de Cooperativas de Transporte que certifican que ese día no pudieron prestar el servicio público de transporte de forma “normal”, por tanto, inferimos que la Fiscalía sustenta su formulación de cargos en el verbo rector: ‘entorpecer’.

La redacción del parte policial, hace referencia a que se tomaron medidas para que no se paralice el servicio público de transporte, por lo que se puede inferir que la paralización de servicio público de transporte no ocurrió, pero si se “entorpeció”, su normal funcionamiento.

Evidencias del ejercicio del derecho a la Resistencia y sus conflictos con el delito de paralización de servicios públicos en el caso práctico

Recordemos que para Gargarella (2007), los requisitos fundamentales para que un acto de conflicto con el poder sea considerado una manifestación del derecho a la resistencia, requiere necesariamente de dos presupuestos. Uno, sustantivo, referido a la violación de un derecho fundamental, pero que además cause un perjuicio a un colectivo social. Y dos, una condición procedimental, que las decisiones o las normas legales que generen dicha lesión, se den al margen de un proceso deliberativo y democrático con las comunidades afectadas.

Por otro lado, los límites constitucionales son mucho más amplios en cuanto este derecho/garantía se presenta como reactivo a una acción u omisión violatoria de derechos fundamentales, y al no establecerse los modos de resistencia aceptables o legítimos, se entiende que la legitimidad de su ejercicio depende de la proporcionalidad con la que se ejerza. Por tanto, los medios deberán ser proporcionales y estar vinculados al derecho en peligro o, efectivamente violentado.

En cuanto al primer presupuesto doctrinario, evidentemente, existe un colectivo que sufre un perjuicio. Este es la población del cantón Taisha, que no encuentra respuesta adecuada del Estado para resolver el problema histórico del aislamiento. Hay que entender los contextos y que la obra -impulsada por la prefectura y paralizada por el Ministerio del Ambiente- representaba la aparente solución al aislamiento histórico del cantón de Taisha. Este aislamiento impedía accesos terrestres que, evidentemente, influían en el precio y acceso a bienes y servicios básicos de calidad.

La paralización de la obra y el ambiente político hostil hacia la obra de la prefectura vulneraba los derechos fundamentales de la población de Taisha de una forma sistemática. La omisión del Estado al no atender las necesidades de la

población, con la excusa de que existen daños al medio ambiente que deberían ser ponderados, en razón de los derechos fundamentales de esta minoría que es la población del Cantón de Taisha. No con la excusa de cuidar el medio ambiente se puede privar de este derecho a la población de forma indefinida.

Por otro lado, hay que dejar claro que el prefecto había manifestado públicamente que la revocatoria tenía carácter político y que, además, era inconstitucional. Esto influyó en la conducta de la población de manera que la finalidad de la paralización de la vía era la defensa de sus derechos e intereses de una forma pacífica. Las carencias cotidianas de vías de transporte reclamadas quedaron visibilizadas pero, paradójicamente, también fueron criminalizadas.

Cabe resaltar que, si bien la revocatoria es una facultad legal del Ministerio del Ambiente, la puesta en riesgo de los derechos de la población de Taisha se dio por la omisión, tanto del Estado como de la Prefectura, en atender las necesidades y requerimientos democráticos e históricos del cantón Taisha. Por lo tanto, se cumple también el presupuesto constitucional del ejercicio a la resistencia de proceder frente a acciones u omisiones que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales.

La paralización de una obra emblemática y la revocatoria de la licencia ambiental vigente desde el año 2001 hasta el 2015 sumados a los procesos penales iniciados en contra del líder político y su consecuente desacreditación pública, pusieron en riesgo los siguientes derechos constitucionales de la población de Taisha:

1. “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. El supuesto daño ambiental y el repentino interés colectivo de preservar el medio ambiente, no minimizan las necesidades de este colectivo. La población del cantón Taisha, al igual que cualquier cantón del país tiene el derecho a tener vías de acceso terrestre.
2. “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional”.
3. “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato”.

Por otro lado, en relación al segundo presupuesto: que las decisiones o las normas legales que generen dicha lesión se den al margen de un proceso deliberativo y democrático con las comunidades afectadas también hacía procedente el derecho a la resistencia. Consideramos que el respaldo evidente de la población a la obra impulsada por la prefectura, así como la actitud hostil del Estado central a manejar el problema, inclusive apoyándose en las fuerzas militares, evidencian el cumplimiento del segundo presupuesto.

Recordemos que para Gargarella (2007) el consenso popular “implicaba la aprobación de la ciudadanía a la obra del gobierno, del mismo modo en que su rebelión manifestaba su desacuerdo con el gobierno y debía ser interpretada

como un signo de que el mismo comenzaba a actuar abusivamente (Gargarella, 2007, p.17). De este modo, la paralización del servicio público y consecuente entorpecimiento del servicio público de transporte, sirve como una medida de hecho, no institucional para solicitar al Estado el reconocimiento a la necesidad de la población de Taisha de tener esta vía, así como otros derechos vinculados a este.

La medida de hecho es de auto tutela por cuanto busca equilibrar los poderes en beneficio de la población, mediante la movilización colectiva que busca la reivindicación de varios derechos constitucionales, y solicita nuevos derechos, vinculados a los que están en riesgo, estos son:

1. La entrega de la licencia ambiental al prefecto de esta provincia para que continúe con la construcción de la vía Macuma- Taisha.
2. El archivo definitivo por parte de Fiscalía en relación al juicio que siguen en contra del Prefecto.
3. La reducción de la tarifa de pasajes de los buses de transporte que ingresan a las comunidades.

Cada uno de los requerimientos demuestra que las medidas eran el ejercicio de un derecho colectivo propio de un Estado democrático que entiende las manifestaciones proporcionales, adecuadas y no lesivas de derechos, como adecuadas para los cambios institucionales, siempre y cuando dichas reivindicaciones sean de interés general. Por tanto, objetivamente, estamos ante un acto de resistencia por parte de la población de Taisha, así como uno de sus líderes comunitarios: Agustín Wachapá, lo que debería ser tomado en cuenta en el panorama de la criminalización de estos hechos, evidentemente políticos.

A pesar de que la teoría del caso está encaminada a decir que el líder comunitario no es responsable de la paralización de la vía y consecuente entorpecimiento del servicio público de transporte, fiscalía no incluyó en su análisis jurídico el contexto de las manifestaciones. Consideramos que frente a los principios y axiomas garantistas de necesidad, lesividad y proporcionalidad como principios de optimización, Fiscalía debía desestimar esta acusación por desproporcionada y vulneradora del principio de *ultima ratio* del derecho penal en ponderación con el ejercicio del derecho a la resistencia, como medio de autotutela colectiva. Lamentablemente, el fiscal considera irrelevante este aspecto, y se dedica a comprobar únicamente el delito en cuanto a su materialidad, y no lo mira como la expresión de un derecho constitucional.

Los intereses, derechos contrapuestos

Desde ambos bandos (Fiscalía general y comunidad shuar representada por Agustín Wachapá, se evidencia la necesidad de proteger el ejercicio de los derechos contenidos en el Art. 66 de la Carta Magna que reconoce:

1.- “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional” pues, la demanda de la construcción de una vía o de un camino, supone la realización del mismo derecho que se pretende proteger. En este caso, el delito por el que se acusa a Agustín Wachapá es el mismo que comete el gobierno al paralizar la obra de la prefectura.

En este caso el servicio público de transporte afectado por la paralización de una vía, evidencia la paradoja respecto a la necesidad de la criminalización de estos hechos, pues, esta medida de hecho aparece como una medida radical que exige del gobierno la satisfacción del mismo derecho u objeto protegido por el delito de paralización de servicio público.

2.- Tanto el Estado -a través de la Fiscalía general del Estado- como el colectivo Shuar, legitiman su conducta en la protección del mismo derecho, en cuanto existe “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato”; siendo la acción proporcional y adecuada a la violación del derecho.

3.- La Fiscalía general legitima su autoridad en el art. 83 de la Constitución de la República que proclama que: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la constitución y la ley: 1.- Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente”, por tanto, también en el derecho a la seguridad jurídica.

Críticas al proceso

El trabajo del Fiscal en este sentido no debería limitarse a las pruebas que verifiquen la materialidad del delito que es evidente y además se cumple. También debería investigar respecto al hecho que produce esa reacción a efectos de evaluar si dicho hecho, de supuesta auto tutela de un derecho es proporcional y adecuada con la supuesta agresión o puesta en riesgo del Derecho, por parte de la autoridad.

Como vimos en el caso Shiffrin, las autoridades no pueden limitar su análisis al hecho, sino al contexto desde una óptica centrada en la Teoría de las democracias, en cuanto debemos valorar también a la resistencia como un derecho de participación ciudadana, como un acto democrático de exigir derechos de forma urgente, como un mecanismo de equilibrio de poderes y transformación de las instituciones democráticas.

Tanto el fiscal como el juez deberían proteger al ciudadano manifestante como la parte débil, y entender que, como minorías, deben acceder a medidas de hecho que de algún modo visibilicen sus carencias y necesidades, como en efecto sucedió. Estas minorías, no cuentan con representantes políticos como tienen las mayorías; y el sistema penal no debería servir para perpetuar estas desigualdades, pues, no es la única medida de solución a los conflictos sociales.

La solución al conflicto está en atender las necesidades colectivas por parte de las autoridades. Las necesidades y urgencias del colectivo, no deben ser minimizadas para dejar de ser parte del panorama del supuesto delito. Estos argumentos deberían ser parte de la discusión penal en cualquier delito que implique manifestaciones sociales de reivindicación de derechos comunes a una población, de modo que, en este panorama se pueda verificar los principios de necesidad, lesividad, etc. como criterios de minimización del poder punitivo.

Casi cualquier acto de protesta o de resistencia pacífica que tenga que ver con la toma de calles es típico, pues todos los elementos objetivos del tipo penal se cumplen. Sin embargo, el análisis debería ser más profundo e incluir el derecho a la resistencia en dichos conceptos pues como derecho con jerarquía constitucional exige que ante demandas colectivas y de interés general, el Fiscal evalúe el cumplimiento de cada uno de los axiomas garantistas. Los axiomas más importantes a ser evaluados son principalmente los de necesidad, lesividad y proporcionalidad, para la criminalización del hecho, en cumplimiento del criterio de *ultima ratio* del derecho penal.

La crítica fundamental la realizamos sobre el poco interés de Fiscalía por evaluar la conducta, como un mecanismo de auto tutela de un derecho fundamental violentado en lugar de buscar una correcta profundización en las motivaciones del hecho criminalizado. Los operadores de justicia deben ser formados como protectores de los derechos y no como simples aplicadores de la ley pues, los derechos fundamentales y la Constitución están por encima de cualquier ley ya sea orgánica, especial, etc. E incluso cuando no son reconocidos expresamente por la ley ordinaria -en este caso el COIP- deberían ser valorados y protegidos por el juez.

El Estado constitucional de derechos y justicia, exigen, no solo al juez, sino también a los fiscales, de evolucionar desde un papel meramente mecánico de subsunción del hecho al tipo, a un rol más activo, como protectores de derechos. Sin embargo, considero que, además de una falta de interés y formación de la autoridad, esto es un problema del sistema penal mismo, pues, el tipo adolece de varias “fracturas” que, propician la arbitrariedad y el desconocimiento del derecho fundamental a la resistencia.

El derecho protegido por el tipo penal de paralización de servicios públicos, (en este caso es el servicio público de transporte) y la medida de hecho, busca

justamente del gobierno el reconocimiento y materialización de los derechos vinculados al servicio público de transporte.

En este sentido consideramos que la medida es proporcional y adecuada. Recordemos que la Constitución no establece mínimos del ejercicio a la resistencia, por lo que se debería entender que la reacción a la violación debe ser proporcional y adecuada. De un modo muy similar al ejercicio de la legítima defensa, como una causa de justificación de la conducta típica.

Conclusiones

A lo largo de esta investigación hemos buscado responder la pregunta: ¿Es el tipo penal de paralización de servicios públicos compatible con el derecho a la resistencia y bajo qué presupuestos puede subsistir el tipo penal y el derecho a la resistencia? Luego de un análisis teórico, histórico y práctico, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. Con respecto al derecho a la resistencia tal como tal como está escrito en la constitución, este es el único derecho/ garantía de auto tutela no jurisdiccional en manos de los ciudadanos, no solo frente al poder público, sino cualquier ejercicio ilegítimo de poder. Al ser un derecho de naturaleza reactiva, es decir frente a la violación o incluso la posible violación de derechos, esta debe ejercerse de forma proporcionada, por tanto, en teoría, sus límites dependen de la circunstancia en concreto, no de la comisión típica de un delito. No obstante, el escaso o nulo desarrollo jurisprudencial del derecho a la resistencia, vs. el amplio desarrollo jurisprudencial y normativo del derecho a la seguridad jurídica, por ende, el principio de legalidad, ponen a este derecho limitado a las conductas típicas, entre estas, el delito de paralización de servicios públicos.
2. El delito de paralización de servicios públicos criminaliza aquellas manifestaciones de resistencia activa pacífica más arraigadas a la cultura democrática del país, esto es, la toma pacífica de vías y de espacios públicos. Expresión democrática para demandar derechos o reivindicar los derechos de una colectividad a la que se ha vulnerado sus derechos, o se los ponga en peligro. Este es un recurso tradicional de minorías para visibilizarse en la discusión democrática. El tipo, tal como está redactado criminaliza todas estas manifestaciones y no da espacio a ningún derecho de organización colectiva, que no fuese a través de las vías institucionales, lo que es ajeno a la naturaleza del derecho a la resistencia, que es demandar derechos por vías no institucionales, no jurisdiccionales.
3. La cultura jurídico penal no da lugar al derecho a la resistencia en ningún caso que coincida con conductas típicas. La juridicidad de la conducta, al ser

expresión de un derecho constitucional en la práctica tiene una relevancia casi nula.

4. De ningún modo podríamos sostener que el delito de paralización de servicios públicos no es necesario, y tampoco podríamos llegar al absurdo de sostener que cualquier paralización de servicio público implica violentar el derecho a la resistencia. El problema está en un tipo penal ambiguo, de emergencia, que criminaliza las conductas, anticipándose a los resultados e incluso a los riesgos, además no establece excepciones, de acuerdo a la finalidad de la manifestación. Esto consideramos que no es un defecto del tipo, sino del COIP, en cuanto consideramos que se deberían establecer excepciones claras a la tipicidad, en caso del ejercicio de la resistencia activa de medios no violentos, y proporcionados a la violación o posible violación del derecho, por parte de la autoridad. En el escenario actual, los operadores de justicia penal y los fiscales, subordinan el derecho a la resistencia a la seguridad jurídica, y en su lógica penal de ser aplicadores irrestrictos de la ley, convierten sus decisiones en sustancialmente ilegítimas por no ser necesarias, y ser desproporcionadas. De este modo, cuando el juez evalúa la conducta dolosa del tipo, solo verificará si existió la conciencia y voluntad de paralizar o entorpecer un servicio público en su aspecto objetivo o material, y nada se verificará respecto a las finalidades o motivaciones reivindicatorias de derechos.

De este modo será igual, paralizar un servicio público por un acto de vandalismo, que, alterar la normal prestación del servicio público de transporte, por un acto de reivindicación de derechos de interés general y común a una población. Esto resulta claramente desproporcionado, y de ser el caso que, ni los jueces ni fiscales, evalúen las motivaciones y el escenario del hecho típico, la aplicación y subsunción mecánica de la conducta al tipo, deviene en un acto legal, pero sustancialmente injusto por desproporcionado y violentar la ratio penal. En este sentido, tanto las entrevistas como el análisis práctico de un caso de criminalización de la resistencia nos han dejado en evidencia que, en el ámbito académico el derecho a la resistencia si existe, pero en el ámbito práctico no.

5. Los principios constitucionales inspirados en Ferrajoli, y desarrollados en el primer capítulo de este trabajo de investigación son la respuesta para de algún modo garantizar el derecho a la resistencia, no solo respecto al delito de paralización de servicios públicos, sino respecto de todas las formas de criminalización de la resistencia. En este sentido el juez debería cumplir un papel fundamental respecto al equilibrio de fuerzas de las minorías, frente a las instituciones que al final pueden representar mayorías y no derechos. Es necesario poner límites al poder y ampliar los derechos de los ciudadanos, lo que claramente no está ocurriendo.

6. El reconocimiento histórico del derecho a la resistencia ha dependido de las voluntades políticas, pudiendo ser manejadas al antojo de los que tienen el poder ese momento, lo que contraría la naturaleza garantista de esta constitución. El hecho que sea una garantía de tutela no jurisdiccional, no significa que no deba ser reconocida por el ordenamiento jurídico ni por los precedentes jurisprudenciales.

Referencias

- Alexy, R, (2010) Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad citado por Carbonell, M y García L, Edit. Canon Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia.
- Aquino, T de (1996), Gobierno de los príncipes, Ed. Porrúa.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente (2008) Constitución de la República de Ecuador.
- Aristóteles, (1954) La política, Edit. Iberia.
- Ávila R, (2011), Neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, Edit. Abya Yala, Universidad Politécnica Salesiana. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg.
- Bertoni, E (2010) Es legítima la criminalización de la protesta social derecho penal y libertad de expresión en América Latina, Edit. Universidad de Palermo. Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones.
- _____ (2008) Acta 053-A, Mesa Constituyente No. 2, 27 de mayo de 2008.
- _____ (2008) Amnistía, 4 de marzo del 2008.
- Canosa, R. (2011) Derecho a la resistencia. Evolución histórica, esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana, *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Edit. Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Carvajal. P (2000) El derecho a la Resistencia en la Teología Política, *Revista de estudios jurídicos Valparaíso*, N° 22, Universidad de Valparaíso.

- Córdova, H. (2012) Derechos de Participación para transformar las relaciones socio estatales, Revista Anales, No. 371, Universidad Central del Ecuador.
- Defensoría del pueblo ecuatoriana (2011) Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un estado constitucional de derechos, Edit. Dirección Nacional de promoción de Derechos Humanos y Naturaleza.
- Ferrajoli, L., & Bobbio, N. (1995). Derecho y Razón: teoría del garantismo penal, Trotta.
- Gargarella, R (2005), El Derecho frente a la Protesta Social, Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 58. No. 250, Universidad de México.
- Gargarella R. (2007) El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema, *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*, N°. 4.
- González, M., (2005) La participación ciudadana como alternativa de gobierno. *Aportes Andinos* No.14. pág.2.
- Encalada, P., (2015), Teoría Constitucional del Delito, Edit. Corporación Estudios y Publicaciones.
- Jescheck, H. (1993), Tratado de derecho penal, Parte General, Edit. Comares.
- Jefferson, T. (1999), Political Writings, Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, J. (1988), Two Treatises of Government, Cambridge, Cambridge University Press.
- Moreno, R., (2007) 1997. La criminalística y la criminología, auxiliares de la justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional autónoma de México.
- Merchán, C. (2013), Crisis y cambios de la economía ecuatoriana en los años 20", Edit. UDLA
- Pasará, L. (2014), Independencia judicial en la reforma a la justicia ecuatoriana, Edit. Fundación para el Debido Proceso; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; Instituto de Defensa Legal.
- Pisarello, G., (2007) Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Trotta.
- Rodolfo, C., (2007), El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. Boletín Mexicano de Derecho.

- Rodríguez J, (2011) Derecho a la Resistencia en el Derecho Comparado y en la Constitución del Ecuador. Universidad central del Ecuador.
- Roxin, C. (1997) "Derecho Penal Parte General, Edit. Civitas.
- Salazar, D (2009) El derecho a la protesta social en Ecuador: La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías.
- Sferrazza, P. (2010), La teoría Jurídica Crítica de Luigi Ferrajoli, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Suárez, F. (1944), Selections from Three Works, Oxford: Clarendon Press.
- Ugartamienda, J (1999) El derecho a la resistencia y su constitucionalización, *Revista de estudios políticos*, Vol.: 103. Pp. 213-215.
- Zambrano, A. (2005) Derecho Penal del Enemigo y la Impronta del terrorismo www.iuspenalismo.com.ar, *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*. http://www.derechopenalenlared.com/libros/zambrano_pasquel_derecho_penal_enemigo_impronta_terrorismo.pdf