



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO – HUMANÍSTICA

TÍTULO DE ABOGADO

La judicialización de la protesta social en el contexto ecuatoriano.

Estudio de casos

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Medina Sarango, Deyner Patricio

DIRECTOR: Celi Toledo, Israel Patricio, Mg.

LOJA-ECUADOR

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Mg.

Israel Patricio Celi Toledo.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: La judicialización de la protesta social en el contexto ecuatoriano - Estudio de casos realizado por Deyner Patricio Medina Sarango, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, agosto de 2015

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Deyner Patricio Medina Sarango declaro ser autor del presente trabajo de titulación: La judicialización de la protesta social en el contexto ecuatoriano-Estudio de casos, de la Titulación de Derecho, siendo el magister Israel Patricio Celi Toledo director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.

Autor: Deyner Patricio Medina Sarango

Cédula: 1900635465.

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación está dedicado a mi madre y familiares que cuidaron de mí desde la niñez, y que me ven hoy, culminar con éxito la carrera universitaria.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a toda la comunidad universitaria de la UTPL, en especial a los docentes de la titulación de Derecho, por haberme brindado los conocimientos básicos para el desempeño profesional.

Agradezco a mi madre, hermanos, que con su apoyo incondicional, me permitieron culminar con éxito la etapa universitaria.

Agradezco a mis amigos, tanto de la universidad como de la vida cotidiana, que me han ayudado a formarme como ciudadano de bien.

INDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	5
MARCO CONCEPTUAL DE LA PROTESTA SOCIAL.....	5
1.1 La protesta social.....	6
1.1.1 Derecho a la libertad de expresión	8
1.1.2 Derecho a la libertad de reunión y asociación	10
1.1.3 Derecho a la resistencia.....	11
1.2 La protesta social y la democracia	14
1.2.1 Tensión entre el derecho a la protesta y otros derechos	17
1.3 Fenómenos de criminalización y judicialización de la protesta social	19
1.3.1 Uso del derecho penal para limitar la protesta.....	21
1.3.2 Marco de imputación sobre acciones de protesta.....	22
1.3.3 Tipicidad de la conducta.....	23
1.3.4 Antijuricidad de las conductas en el marco de la protesta social	24
1.3.5 Culpabilidad de las personas que protagonizan las protestas	24
1.3.6 Algunos tipos penales	25
1.4 Sanciones de los actos de protesta.....	25
ANÁLISIS DE CASOS	27
2.1 Casos.....	29
2.1.1 El caso de Vicente Zhunio.....	30
2.1.2 El caso de los ocho dirigentes comunitarios.....	33
2.1.3 El caso de José Acacho, Pedro Mashiant y Fidel Kaniras	35

2.1.4 El caso de Carlos Pérez, Federico Guzmán y Efraín Arpi.....	37
2.1.5 El caso de Marco Guatemal	40
2.1.6 El caso de Delfín Tenesaca y Marlon Santi	42
2.2 Investigación aplicada.....	44
2.2.1 Métodos	44
2.2.2 Técnicas.....	45
2.2.3 Resultados	45
2.3 Discusión	49
2.3.1 Verificación de objetivos.....	49
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	50
3.1 Conclusiones	51
3.2 Recomendaciones	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54
ANEXOS.....	55

RESUMEN

En la presente investigación se estudia un tema de relevancia, cuyo tratamiento ha sido pobre en el campo jurídico, hablamos de la protesta social como derecho fundamental de las sociedades modernas; en las primeras páginas del documento encontramos las ideas centrales que nos ofrece la doctrina, la normativa y la jurisprudencia para la conceptualización de la protesta social como derecho. Se estudia como el derecho penal se ha convertido en la herramienta de los estados para reprimir las protestas; así pues, se redactan las principales características de los fenómenos de criminalización y judicialización de la protesta social. Finalmente se estudian casos en concreto ocurridos en el contexto ecuatoriano, mismos que nos permitirán revisar si en el Ecuador existe o no la criminalización y judicialización de la protesta social.

PALABRAS CLAVE: Protesta social, derecho, criminalización, sociedad, judicialización, casos.

ABSTRACT

In this research study a relevant subject, whose treatment has been poor in the legal field, we speak of social protest as a fundamental right of modern societies; in the first pages of the document are the central ideas offered by the doctrine, legislation and jurisprudence for the conceptualization of social protest as a right. It is studied as criminal law has become the tool of the states to quell protests. So, the main features of the phenomena of criminalization and prosecution of social protest are drafted. Finally concrete cases occurred in Ecuador, same context that will allow us to check whether or not there is the Ecuador criminalization and prosecution of social protest are studied.

KEYWORDS: Social protest, law, criminalization, society, judicialization, cases.

INTRODUCCIÓN

En el Estado ecuatoriano se han incentivado en los últimos años varias estrategias para cambiar la política económica, entre una de ellas está la política minera, que ha determinado algunos problemas, especialmente en las comunidades indígenas que se ven afectadas en su territorio por la intromisión de las empresas transnacionales, y multinacionales que ingresan a laborar extrayendo minerales en territorio ecuatoriano.

Es recurrente que se identifiquen los conceptos básicos, es por ello que en el desarrollo del primer capítulo, para entender el universo de conceptos, recopilamos información que nos permita realizar un concepto de protesta social, ya sea como un acto social o como un derecho exigible por los ciudadanos.

La literatura jurídica que permitió crear la base conceptual fue aquella que correspondía a los principales catedráticos en la materia, como por ejemplo, las ideas de Roberto Gargarella, Eduardo Bertoni, Daniela Salazar Marín, Eugenio Zaffaroni, Ramiro Ávila Santamaría.

En el siguiente capítulo se desarrolló un análisis de casos, producto de una visión selectiva que respondía a las características del marco teórico desarrollado al inicio de la investigación. Se procuró que se seleccionen los casos más representativos, de preferencia aquellos que ya recibieron un tratamiento por el sistema judicial, en ese afán se consagraron como más importantes los que ya han recibido sentencias ejecutoriadas con penas privativas de libertad, en las que se recabó información sobre cuáles eran los argumentos de los jueces.

En el siguiente apartado, con respecto a la investigación aplicada, se procedió a realizar una entrevista como técnica de investigación cualitativa, con el objeto de sustentar las ideas desarrolladas a lo largo del trabajo de investigación.

Finalmente se emiten conclusiones y recomendaciones que parten del estado actual de la protesta social en los escenarios ecuatorianos, una vez verificadas y aplicadas, en el desarrollo del presente trabajo, las diferentes categorías conceptuales, metodológicas y de análisis en general.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL DE LA PROTESTA SOCIAL

La protesta social es un tema complejo y de carácter abierto, existen en el lenguaje doctrinario varias visiones que tratan de forma separada el tema. En el presente capítulo se esbozaran tres cuestiones que desarrollaran el marco conceptual que permitirá el análisis de casos en concreto. Primero, se busca sistematizar la materialización del derecho a la protesta social a través del ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión, libertad de asociación y reunión, y el derecho a la resistencia, todos ellos contenidos en la Constitución de 2008, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; segundo, la estigmatización del ejercicio del derecho a la protesta social como un mecanismo para la construcción de sociedades democráticas; y, tercero, el estudio de los factores que determinan la criminalización y judicialización de la protesta social en el escenario ecuatoriano, factores como, el uso del Derecho Penal para acallar las voces de los defensores de los derechos humanos y líderes indígenas.

1.1 La protesta social

En Ecuador, la protesta social se muestra algo particular, si bien es cierto, en la doctrina se ha reconocido el derecho de las personas a protestar, y a realizar manifestaciones públicas, no existe una norma positiva en el ordenamiento interno que recoja tales preceptos, razón por la cual, es necesario recurrir a los criterios emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha mencionado que el derecho a la protesta social se materializa con el ejercicio legítimo de otros derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, estos son, la libertad de expresión, libertad de reunión, y le añadimos el derecho a la resistencia.

En el país, cada uno de estos derechos han sido limitados en su ejercicio, siendo conveniente que para el estudio de la materialización de la protesta social como derecho fundamental, se estudie en que escenarios es posible la limitación al derecho a la libertad de expresión, libertad de reunión y asociación, teniendo presente lo referido por Gargarella, en las constituciones existen zonas prohibidas, donde los derechos tienen que salvaguardarlos, no pudiendo cualquier ley limitar su ejercicio.¹

Las conductas, de protesta social, legitimadas son aquellas manifestaciones que desconocen los actos violentos, enmarcadas dentro de los límites que el derecho impone al ejercicio de los derechos, es decir, dentro de esa relatividad. No se incluirá

¹ Prieto Sanchis Luis Segunda Edición. 2009. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Pág 217

dentro de la materialización, las manifestaciones que vulneran sustancialmente bienes jurídicos de mayor relevancia de aquellos que pretenden defender.²

Estos actos y conductas que conforman la protesta, tienen que tener un tratamiento constitucional, tomando como punto de partida la promoción del Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, a través del ejercicio legítimo de los derechos contenidos en la constitución, y que permiten que el ejercicio del derecho a la protesta social una herramienta constructora de sociedades democráticas.

En el ejercicio legítimo de los derechos, en escenarios de acciones colectivas de protesta, hay que tener presente que se generan tensiones entre bienes jurídicos protegidos. La principal tensión es la de los derechos individuales con los colectivos (Gargarella: 2008), así por ejemplo, el ejercicio del derecho a la libertad de circulación se ve limitado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, a través de los cortes de ruta o manifestaciones en la calle. (Vetze & Rojas: 2010)

Los encargados de subsanar la tensión entre los derechos son los jueces, quienes recurren a la Constitución, donde encuentran una mera idea de justicia, igualdad, libertad. Para resolver los casos en concreto, tienen que interpretar las disposiciones constitucionales que recogen los derechos en confrontación, revisando no sólo el enunciado expreso y literal del derecho, sino que deben recurrir al desarrollo normativo en todo el ordenamiento jurídico (Gargarella: 2008), sin dejar de las lado las circunstancias sociales y contextualizadas sobre las que van a decidir.

De esta manera, la propuesta de materializar el derecho a la protesta social va tomando forma. Los jueces al decidir sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tienen dos caminos, el primero mediante una interpretación que priorice el ejercicio de la libertad de expresión en escenarios de manifestaciones, y la segunda, que se viste de discrecionalidad, con la restricción de derechos, y la consecuente criminalización y judicialización de los derechos constitucionales. El primer camino es lo que ha permitido que se hable ahora de la materialización del derecho a la protesta.

En ese plano, la materialización a través del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación, ha sido un ejercicio de tribunales internacionales, habiendo poca información sobre la interpretación del derecho a la protesta social en jurisprudencia de altos tribunales nacionales.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se ha reconocido la materialidad del derecho a la protesta a través de otros derechos, en efecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha mencionado que “la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica y, en ese sentido, el derecho a manifestarse está protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho a la libertad de reunión”³ (CIDH. Informe Anual de Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2005 de 27/2/2006, párr. 6)

Plantearemos ahora la base conceptual de los derechos que permiten que se materialice la protesta social, a través de un proceso deliberativo y democrático.

1.1.1 Derecho a la libertad de expresión

El derecho a la protesta emana de la esfera de la libertad de expresión. (Vetze & Rojas: 2010) El debate público permite que la protesta sea un camino para la toma de decisiones colectivas, para la construcción de un gobierno democrático en donde fluya la participación amplia y plural de la ciudadanía en la determinación de valores comunitarios, como las políticas públicas y el reconocimiento de nuevos derechos.

Este derecho ha sido concebido por tratados internacionales y la Constitución de 2008. Para el estudio, nos enfocaremos en los presupuestos normativos que permitan la materialización de la protesta social.

El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce este derecho como la libertad de pensamiento y expresión, siendo relevantes para nuestro estudio, las siguientes consideraciones:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

³ CIDH, informe Anula de relatoría especial para la libertta de expresión, 2005. 27/2/2006, parra6

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

El ejercicio de este derecho desde la óptica de la CADH, es muy diverso, se podría decir en palabras de Luis Prieto Sanchis, que está delimitado, esto significa que en el artículo citado, existen algunas limitaciones respecto del ejercicio del derecho. Si afirmamos que la libertad de expresión es una herramienta que permite la materialización del derecho, encontramos algunas consideraciones de relevancia en este artículo. Los ciudadanos pueden expresarse oralmente sin estar sujetos a censura o responsabilidades ulteriores, asimismo, no pueden incurrir en conductas que vayan en detrimento de otros bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, el artículo 4 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, reconoce este derecho:

“Artículo 4.- Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”

Este instrumento internacional reconoce que la personas pueden expresarse mediante cualquier medio, pudiendo las manifestaciones públicas ser interpretadas como una forma de expresión.

La constitución ecuatoriana lo recoge en su artículo 66, en sus numerales 6 y 23:

“6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.”

“La doctrina de la posición preferente desarrollada en la jurisprudencia norteamericana a raíz de la sentencia *New York Times vs Sullivan*, y recogida por los tribunales españoles, ha determinado que el ejercicio de la libertad de expresión puede en determinados momentos dañar determinados bienes jurídicos, y estos daños pueden ser legitimados, cuando se trata de temas de interés público que permiten el debate público, en ese punto, la libertad de expresión puede recoger como legítimas, las manifestaciones en las que se blasfeme o insulte a determinadas autoridades”⁴.

En este caso, la libertad de expresión puede ser ejercida libremente, siempre que no se perturbe los derechos de los demás o el orden social establecido, en tales casos surge la responsabilidad que acarrea consecuencias jurídicas, (Vetze & Rojas: 2010) aunque existen excepciones, como la vulneración de derechos en el marco de las protestas en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando se trata de asuntos de interés público y permiten el debate público.

1.1.2 Derecho a la libertad de reunión y asociación

El derecho a la libertad de reunión, sea esta pública y con características políticas, reconoce también el derecho a manifestarse.

En el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce este derecho, literalmente menciona:

“Artículo 21.- Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”

Como se puede observar, en el instrumento internacional citado se establecen limitaciones al ejercicio de este derecho, dadas las circunstancias las personas tienen la libertad de reunirse, siempre que no incurran en las conductas que están fuera de la esfera del derecho.

⁴ Véase sentencia *New York Times vs Sullivan*.

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, en los artículos 13 y 15, presupone límites para el ejercicio de este derecho, basada en la seguridad nacional y el orden público.

Teniendo presente que este derecho no puede usarse para fines que no sean pacíficos, alegando la búsqueda del bien común, de la misma manera, considerar la asociación como derecho, ayuda a alcanzar la realización de fines determinados en una sociedad democrática, partiendo de garantizar derechos individuales y colectivos. (Vetze & Rojas: 2010)

Al respecto la Corte Constitucional Colombiana, ha manifestado que “no se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo, per se, para que las limitaciones a este derecho sean constitucionalmente aceptables deben estar orientados a evitar perturbaciones graves e inminentes en materia de orden público.”

1.1.3 Derecho a la resistencia

La resistencia puede ser considerada como una forma de protesta. Fue alegada a través de un largo proceso como causa de justificación para oponerse a la tiranía de las monarquías. La Revolución de los Estados Unidos estableció que los ciudadanos podían en el amplio espectro de sus facultades oponerse y resistirse a poderes fácticos que vulneren sus derechos, en este caso, el derecho a la soberanía de su territorio. (Hernández: 2008)

La Revolución Francesa de 1789 dio lugar a la resistencia como medio para la transformación en las estructuras políticas y sociales, sin embargo, estas reformas terminaron por beneficiar directamente a la burguesía, que podía fundamentar aquellos actos en la resistencia y con ellos garantizar la permanencia en el poder de gobernar.

Años más tarde, con el advenimiento del Estado de Derecho se empieza a reconocer el derecho a la resistencia como una garantía de los ciudadanos frente al poder, esta podía ser activada mediante recursos y reclamaciones. En 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge, en principio, una de las premisas más importantes de este derecho, disponiendo que un régimen de derecho

debe permitir la resistencia en su dimensión fáctica, esto es, la rebelión o la insurrección, frente a la tiranía o la opresión. (Hernández: 2008)

El constitucionalismo también dio partida a la resistencia, en 1968, la Ley de Bonn promovió la resistencia como una forma de defensa de la Constitución. Más tarde, las constituciones de Grecia y Portugal propusieron la resistencia frente a gobiernos autoritarios. La constitución italiana dio a entender que la resistencia se encontraba de forma inmanente en la soberanía popular y en la centralidad de la dignidad del ser humano. España en su constitución establece la objeción de conciencia y el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos.

“Esta esquematización nos lleva a desembocar en el fundamento jurídico actual del derecho a la resistencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuyo reconocimiento es el avance de la categorización de este derecho desde la expresión fáctica hasta una expresión completamente jurídica”. (Pulpama & Trujillo)

La historia del derecho ha determinado que los colectivos y el pueblo poseen en la legislación, mecanismos que les ayuden a no permitir que sus derechos sean vulnerados, de allí que la desobediencia civil o la protesta sean formas de resistencia.

Para dar forma a la conceptualización vale hacerse la siguiente pregunta: *¿en qué medida los ciudadanos deben obedecer esas mismas normas jurídicas?* (Hernández: 2008)

Como respuesta a la pregunta antes mencionada, es necesario determinar si dentro de la resistencia a la aplicación de una norma, es consecuente y está dentro de los límites la violencia dentro de la protesta, o si adecuando conductas a la desobediencia civil, sería un escenario de resistencia. Hasta qué punto debemos obedecer normas, que en este aspecto, mediante el uso del derecho penal, crean tipos penales restrictivos al ejercicio del derecho a la protesta, dejando de lado la salvaguarda de derechos fundamentales necesarios para la democracia y la participación social.

El derecho a la protesta en el constitucionalismo contemporáneo dentro de sus fines propone la irradiación de los presupuestos constitucionales dentro de todo el ordenamiento jurídico, así como busca que las constituciones contengan los principios rectores del actuar jurídico y social de los ciudadanos.

La constitucionalización de este derecho deviene con su inclusión en la Constitución de Montecristi, se refleja dentro de los derechos de participación, en el artículo 98 que expresamente dice:

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.

El esquema innovador de la legislación constitucional al considerar a la constitución con fuerza estructural tanto de las instituciones jurídicas como sociales, deviene en dar legitimidad a las actuaciones que vayan a efectivizar el goce de los derechos, en este caso, el derecho de participación, el derecho a la resistencia.

En respeto a ese marco constitucional, en el Ecuador no se puede crear legislación punitiva que vaya en menoscabo del ejercicio legítimo de cualquier derecho, así como, no se pueden crear normas que generen sanciones tanto en ámbito administrativo como penal para las personas que ejerzan el derecho a la resistencia.

Ninguna autoridad pública puede de forma ilegítima reducir o limitar el contenido de tal derecho. Se debe respetar el deber del Estado de legislar de forma positiva a través del órgano constituido que emite normas con fuerza de ley, con el fin de lograr el amplio disfrute del derecho. Las autoridades con capacidad normativa deben adecuar su actuar al contenido del derecho a la resistencia.

Ninguna norma de derecho secundario (infra constitucional) o de derecho internacional (supra constitucional) puede derogar el contenido o la adecuada aplicación del derecho. El Ecuador al momento de firmar un tratado internacional debe precautelar que el contenido del derecho no se encuentre vulnerado. Así como, se debe determinar cuál es la compatibilidad del ejercicio del derecho a la resistencia con el ejercicio de otros derechos y acciones que amparan derechos constitucionales.

1.2 La protesta social y la democracia

La protesta social permite el debate público de los actores sociales, en relación con las autoridades, mismas que se ven obligadas a pensar en las necesidades y derechos de las personas que protestan. Sin embargo, la protesta puede ser alegada como legítima cuando los mecanismos de democracia establecidos en la normativa no son idóneos para alcanzar los fines de esa sociedad.

La Corte Constitucional Colombiana ha enfatizado que “en el marco constitucional de un estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad, como son, el derecho de oposición, la revocatoria del mandato, el principio de soberanía popular, el control de constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de incumplimiento, y las acciones populares, entre otros, no hay motivos razonables para señalar que es legítima a confrontación armada y mucho menos actitudes violentas de resistencia a la autoridad” (sentencia C-009 de 1995)

En escenarios en donde la institucionalidad está deteriorada, y las autoridades hacen caso omiso de los reclamos de los ciudadanos, la protesta constituye la válvula de escape en la democracia, se convierte en un requisito e indicador de los niveles de democracia dentro de un régimen político, es una auténtica garantía de los derechos mencionados anteriormente y establecidos constitucionalmente. (Magrini: 2011, pág. 32)

Sin embargo, las aspiraciones democráticas entendidas como la voluntad de todas las personas se contraponen con los derechos individuales. Cuando se genere este tipo de conflicto, la encargada de resolverlos, será la teoría de la democracia, que enfocando desde un amplio nivel de interpretación debe dimensionar el actuar de los jueces cuando se intente juzgar a defensores de derechos humanos, por acciones que configuren actos legítimos de protesta.

Al respecto, Gargarella ha distinguido dos tipos de democracia, la restringida y la inclusiva. La primera, basada en un principio de desconfianza que no permite a los sectores populares expresarse a través de la protesta, porque considera estos actos como traición al poder popular y una prevalencia del interés individual sobre el colectivo. La segunda, basada en el principio de confianza, que da la posibilidad a los ciudadanos de expresarse libremente a través de los canales de la protesta para demandar exigencias al poder público. (Gargarella: 2008)

El principio de confianza da lugar a un recurso que tienen aquellos que están desprovistos de la posibilidad de ser escuchados, o de llegar a los medios de comunicación. De allí que las democracias modernas deban reconocerlo como derecho, por su importancia y necesidad,⁵ cuando los ciudadanos que son rechazados por el sistema penal y por otros mecanismos e instituciones del Estado, no tienen alternativas de atención a sus conflictos o necesidades, más que utilizar acciones colectivas vestidas con el ejercicio del derecho a la protesta. (Vetze & Rojas: 2010, p 20)

Cuando los mecanismos institucionales para reclamar son variados en el ordenamiento jurídico, nos encontramos con dos escenarios, una creciente inflación normativa y una estructura institucional bastante amplia, que han dejado al territorio en un estado de anomia casi permanente, enfocado en preservar los espacios de poder. (Vetze & Rojas: 2010) Las normas abundantes dan lugar a la creación de presupuestos legales restrictivos de derechos, y la complejidad de la estructura institucional no permite que los reclamos se consoliden en demandas escuchadas y resueltas por las autoridades. En esos casos los ciudadanos han encontrado una puerta abierta en las movilizaciones sociales y una herramienta no formal para gestionar la conflictividad, que se convierte en un acelerador de la pobreza.

Asimismo, la protesta en las sociedades democráticas permite el debate abierto, robusto y vigoroso; la relatoría para la libertad de expresión de la CIDH, ha expresado “la libertad de expresar no es un derecho absoluto. Es cierto que su ejercicio puede causar daños individuales y colectivos importantes, pero también es verdad que las restricciones desproporcionadas terminan generando un efecto de silenciamiento, censura e inhibición en el debate público que es incompatible con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de las sociedades democráticas. No resulta fácil participar en forma desinhibida en el debate abierto y vigoroso sobre asuntos públicos, cuando la consecuencia puede ser el procesamiento criminal, la pérdida del todo el patrimonio y el estigmatismo social.”

Resulta interesante, los criterios mencionados, en la medida en que es necesario profundizar en un control de convencionalidad de las instituciones y la práctica punitiva

⁵ Alejandro Silva BAscuñe el derecho de reunión en la cosnituconid e 1980 en temas actuales de derecho cosnituconal ñibro en homenaje a profesor Mario VerLa limitación dugo , Santiago de chile, 2009 p 313. P 77

del estado, mismas que deben ajustarse a los imperativos del marco jurídico interamericano. (Salazar: 2010)

En las sociedades latinoamericanas, existe una transición de la protesta social desde un escenario de resistencia civil hacia un escenario de desobediencia civil (Zaffaroni: 2005, pág. 4.) en escenarios en donde las dictaduras militares generaron olas de violencia abrumadoras, y actualmente se está generando escenarios en donde las propias constituciones e instrucciones creadas por ella permiten la consolidación de la democracia. La corriente moderna del constitucionalismo social busca una validez programática de los derechos sociales y colectivos (económicos, sociales y culturales) sin abolir los derechos individuales.

Desde la tradición neoliberal, el Estado ha sido el destinatario de las demandas, reclamos y protestas, encaminadas a buscar una mejor actuación por parte de las Instituciones del Estado o a revisar su actuar en base a los parámetros del estado de derecho. Cada momento histórico ha mantenido conflictos mismo que se desenvuelven entorno la estructura del estado y a las condiciones en las que las personas viven, así por ejemplo, las sociedades se cuestionan el desempeño de la economía, las condiciones laborales, ello aunado a la existencia de diversos actores sociales, mientras que unos se debilitan otros alcanzan un cierto nivel de liderazgo y se fortalecen su lucha social. (Vetze & Rojas: 2010, p 20)

Esto conlleva la fragmentación y descomposición de la sociedad, identificándose varios grupos focales de protesta cuyos reclamos, pese a que mantienen una línea, derivan en la división de las demandas, algunos reclaman por la ecología y otros grupos reclaman por las fuentes de ingreso, que obtienen directamente de la relación con el medio en que viven.

Estos elementos mencionados, desembocan en la mutación de los actores de la protestas y de las formas en que esta se lleva a cabo. Incluso en algunas sociedades como la boliviana, ha sido preponderante la actuación de los defensores públicos al momento de solucionar conflicto que han derivado en protestas sociales.

En cambio, la partición de la institucionalidad estatal da como resultado, que algunas instituciones estén actuando en pro de la defensa del derecho a la protesta a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y otros como la Fiscalía que se vean en el aprieto de actuar restringiendo derechos.

En las sociedades democráticas, hay que tener por sobre aviso que cuando existen un cierto nivel de conflictividad y que progresivamente está contagiándose con violencia, la manifestación de las sociedades a través de las manifestación pública como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión reviste un interés social imperativo, lo que deja al estado en un marco aún más ceñido para justificar una limitación a este derecho. (CIDH: 2006, pág. 91)

La violencia fija la línea de demarcación entre lo permitido y prohibido penalmente (Sanchez & Uprimmy: 2010, pág. 63)

Existen escenarios en donde, hablando específicamente de corte de ruta, se restringe el derecho porque no se permite hacerlas en los centros de las ciudades, al respecto Francisco Cox nos ilustra con un ejemplo, si el día de mañana se dijera que en los radios urbanos, no se admitirán concentraciones o reuniones masivas en plazas y calles, no se estaría vulnerando ningún derecho fundamental, en virtud que existen otros lugares más alejados de la ciudad en los cuales estas reuniones se pueden verificar. (Cox: 2010)

La pregunta es ¿cómo se puede cumplir el objetivo de la protesta pacífica, si se está alejado de la ciudadanía y de las autoridades que tienen la obligación de decidir en el asunto?

1.2.1 Tensión entre el derecho a la protesta y otros derechos

El derecho a la protesta social puede derivar en un contra derecho. Entendiendo a la protesta como una queja o disconformidad que se realiza mediante acciones colectivas. Su ejercicio puede afectar otros derechos, el orden público o el bien común.

En esa categoría, un derecho se convierte en contra derecho cuando provoca indefensión, que responde a una situación de orden fáctico, cuando una persona queda sometida al poder de otra, no pudiendo reaccionar de manera efectiva por carencia de medios jurídicos o materiales (Vargas, 2009, p 80)

La capacidad bloqueadora frente al derecho de un tercero, lo convierte en un derecho dañoso, cuando pretende valer más que el derecho que ataca o vulnera, en la mayoría de los casos utilizándola violencia, en ese sentido, las formas de protestas,

tales como, marchas, cortes de ruta, el copamiento del espacio público, e incluso los disturbios que se puedan presentar en protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños en las bienes y derechos de las personas. Sin embargo, se puede comprometer seriamente la libertad de expresión cuando se limita este tipo de protesta social, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse y reclamar. (Cox: 2010)

La protesta encuentra su sustento jurídico en el artículo 28 de la Declaración de los Deberes y Derechos del Hombre, y en el artículo 16 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. De la misma forma tiene un reconocimiento constitucional, a pesar de que existe un conflicto de derechos, no deriva en su abuso, y siempre se funda en criterios extra normativos, como valores de justicia, igualdad, solidaridad, cooperación, entendidos como herramientas de lucha de clases. (Vetze & Rojas: 2010)

1.2.2 Modelo para subsanar derechos en conflicto

Como ya se ha revisado, el ejercicio del derecho a la protesta social a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, reunión, asociación, puede generar tensiones con otros derechos que se ven afectos. La Corte IDH ha manifestado que “cuando se esté frente a derechos que no son absolutos, su limitación puede estar justificada convencionalmente” (Canese vs. Paraguay: Sentencia 31/8/2004; párr. 96)

En esa sentencia propone un modelo, mediante el cual determinar cuándo se justifica la vulneración de un derecho, para ello se basa en tres premisas: a) cualquier limitación debe estar establecida por la ley; b) la limitación debe tener un fin legítimo; y, c) la determinación si aquella vulneración resulta necesaria en una sociedad democrática.

De las premisas expuestas se puede derivar un análisis de las conductas relacionadas con el derecho a la protesta social, y la consecuente tipificación de delitos que protegen viene jurídicos relevantes, que luego generan responsabilidad por el ejercicio de la libertad de expresión a través de la protesta social.

Asimismo, para efectos de análisis de las premisas de la Corte, no se puede considerar la palabra ley como cualquier norma jurídica, ello admitiría que en cualquier tiempo los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación

del poder público, sin otra limitación que la de establecer las restricciones en disposiciones de carácter general. (Cox: 2010)

La ley que limite el ejercicio de un derecho debe ser legítima y ello determina que, la ley no solo es un mandato de autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales, esta implica un contenido y debe estar dirigida a una finalidad, respecto del principio de legalidad, la Corte interpretando este principio a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos ha manifestado que “la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la constitución del estado y a ella deben ajustar su conducta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está relacionado año el de legitimidad, en el ejercicio efectivo de la democracia representativa que se traduce en la elección popular, el respeto de la participación de las minorías y la ordenación al bien común” (Opinión Consultiva a la Corte No 6/86,9/5/1986)

La necesidad de limitar o restringir un derecho para ejercer otro, debe responder a un ejercicio de ponderación, donde se debe precaver el nivel de afectación de un derecho al entrar en conflicto con otro. (Cox: 2010, pág. 82) Así por ejemplo, en un escenario de protesta, entraran en tensiones el derecho a circular de las personas y el derecho expresarse libremente a través de la protesta de otras. Hay que reconocer que para efectos del análisis de ponderación, la corte ha manifestado, que no se debe analizar el contenido de la protesta, sino su forma, lo primero llevaría consigo censura previa, mortal para los derechos.

1.3 Fenómenos de criminalización y judicialización de la protesta social

Los fenómenos citados pueden ser explicados en base a dos puntos centrales, el habitus de prórroga de las relaciones de poder, y el habitus jurídico tendiente a reproducir una cultura jurídica basada en el litigio adversarial con fundamento en el derecho penal del enemigo. (Vetze & Rojas: 2010)

Las personas, miembros de las comunidades y los defensores de derechos humanos, cuando han ejercido el derecho a la libertad de expresión en conjunto con el derecho a la resistencia a través de manifestaciones públicas en contra de acciones u omisiones ya sea por parte del Estado o por empresas de extracción de minerales,

normalmente se encuentran con lo que Bertoni llama el triángulo de poder (policía, ministerio público y los tribunales penales) que se convierten en una forma de intimidación para las manifestaciones sociales, y son un mecanismo para silenciar la protesta social (Bertoni: 2010)

A raíz de las transformaciones en la estructura del estado, se presentaron determinados enfrentamientos sociales, que fueron tratados vía de la criminalización como una forma de respuesta por parte del Estado. (Vetze & Rojas: 2010) Cuando las personas se reúnen para manifestar públicamente su desacuerdo con las políticas públicas del Estado o con el actuar de empresas dentro de su territorio, los líderes de estas manifestaciones son callados mediante el uso del Derecho Penal a través de enjuiciamientos y la imposición de penas privativas de libertad.

El mecanismo utilizado por el Estado y las empresas frente a la protesta, en las comunidades por lo general, es considerar la conducta de las comunidades y sus líderes como "*actos delictivos que deben ser reprimidos con todo el rigor de la ley*" (Asamblea Nacional: 2008)

De esa manera se logra eliminar o neutralizar la protesta social mediante acciones que constituyen una criminalización, es decir, mediante acciones legales que puede ser demandas administrativas o denuncias penales que buscan encarcelar a los líderes a través del abuso de las figuras de delito flagrante o de la prisión preventiva, respaldado su actuar en el Código Penal. En efecto "la criminalización existe desde la detención del participante en un acto de protesta, o con una simple apertura de la Fiscalía de la indagación preliminar, con independencia de que tal ignaciano desemboque en un proceso penal y que tal proceso termine en una condena ejecutoriada" (Sanchez & Uprimmy: 2010, pág. 50)

El derecho penal ha sido utilizado como un límite para silenciar la protesta social (Gargarella: 2008) la tipificación de las conductas que se convierten en delitos, por lo general sufre varios problemas al momento de estudiar la protesta social.

Por una parte, en los códigos penales existen figuras penales que permiten ajustar las manifestaciones públicas como forma de protesta pacífica a acciones delictivas.

Por otra parte, la mayoría de las tipificaciones de conductas delictivas adolece de vaguedad, en el sentido de que permite que sean utilizadas para reprimir la protesta,

estas son utilizadas en menos mediado, pero van a determinar cierto abuso del derecho penal, vulnerando el principio de mínima intervención penal y el principio del Derecho penal Como ultima ratio.

Los actos de protesta pueden ser ajustados a actos típicos como: terrorismo, sabotaje, asociación ilícita, intimidación, instigación, lesiones, robo, usurpación, extorsión e injurias. Estos actos provienen de la sustracción de pocas conductas de la base de libertad de los individuos, y son identificadas por las leyes penales como actos típicos, objeto de sanción penal.

Como se ha considerado anteriormente, la criminalización surge como respuesta emergente del Estado, sin embargo, esta lógica afecta “de raíz la idea y las funciones del sistema normativo y judicial” (Binder & Obando, p. 121)

1.3.1 Uso del derecho penal para limitar la protesta

La persecución penal ha tenido relevancia respecto de la protesta social, sin embargo frente a la actuación del “triángulo de poder” han existido ciertos eventos que ha determinado un respeto a los derechos de las personas. En el Ecuador en el año 2008 se dictaron amnistías para defensores de los derechos humanos que habían sido procesados por actos mediante los cuales pretendían defender los derechos conculcados.

A lo anterior hay que sumarle la brecha que genera, un amplio espacio de conflictividad en conjunto con un escenario de crisis económica y social, y el deseo de cometer un delito de orden penal. Al saber que quienes son amnistiados expresaban, mediante la protesta social, su desacuerdo con el gobierno constituido. (Vetze & Rojas: 2010, p 27)

La relatoría para la libertad de expresión de la CIDH ha manifestado “la existencia de disposiciones penales que conviertan los actos criminales la simple participación en una protesta, los cortes de ruta (a cualquier hora y de cualquier tipo) o los actos de desorden que en realidad, en sí mismos no afectan bienes como la vida o la libertad de las personas”

Desde ese enfoque, existen riesgos de uso del derecho penal para criminalizar la protesta social, algunos derivados de la misma ley penal, y otros por problemas de aplicación de disposiciones penales, “que podrían ser legítimas en abstracto pero que resultan indebidamente usadas por la policía, los órganos investigadores o los jueces”. (Sanchez & Uprimmy: 2010, pág. 48)

Los derivados de la aplicación concreta de disposiciones penales, surgen cuando “se aplican normas que penalizan conductas no sancionables, o porque se aplican tipos indeterminados. Asimismo se aplican tipos penales que en si no resultan problemáticos pero que se instrumentalizan para reprimir ilegítimamente la protesta social” (Sanchez & Uprimmy: 2010, pág. 49)

Entonces se deduce que existe una tendencia a criminalizar acciones que se dan en curso de protestas sociales a través de delitos sumamente gravosos que apenas tienen correspondencia con las conductas objeto de represión. (Sanchez & Uprimmy: 2010)

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, al referirse a la protesta como forma de expresión, manifiesta “la expresión de la opinión política en un estado social democrático de derecho jamás puede ser sancionada penalmente, ya que de contemplarse como delito, se desconocería el modelo y la filosofía que lo informa, para generar un estado totalitario, autocrático y despótico” (Corte Suprema de Justicia, proceso 14. 751 2/9/1999)

1.3.2 Marco de imputación sobre acciones de protesta

Conforme lo ha explicado el profesor Zaffaroni, en un estado derecho se pueden encontrar dos tipos de protesta, institucional y no institucional, la primera corresponde a aquella que se realiza a través de los mecanismos que ofrece las instituciones del estado, la segunda es la que se realiza en vista de la indiferencia de las autoridades de escuchar sus reclamos, o cuando los medios institucionales no son idóneos ni efectivos. (Zaffaroni:)

Para ello hay que mencionar que lo que “puede ser objeto de reproche penal es el uso de la violencia, no el acto de protestar” (Sanchez & Uprimmy: 2010, pág. 47)

La Corte Constitucional Colombiana ha expresado que “los tipos penales abiertos no pueden ser considerados per se, como inconstitucionales, pues la determinación de su contenido por parte de los operadores jurídicos debe realizarse de conformidad con la constitución”

Así por ejemplo, la Corte Constitucional Colombiana, declaró inconstitucional el delito de ultraje a la bandera y a los símbolos patrios, porque existen otras medidas no penales que cumplen con la finalidad de proteger los valores constitucionales, con resultados menos gravosos para los derechos en juego. (Sentencia c -575 de 2009)

1.3.3 Tipicidad de la conducta

Los actos de violencia que se generan en las protestas sociales son tratados como conductas típicas expresadas en los códigos penales. Mientras que una protesta institucional que se ejerce en garantía de los derechos constitucionales, y que se encuentra legítima por los órganos del poder público es atípica. (Zaffaroni: 2005)

Por otra parte, la protesta que no es institucional siempre tiende a identificarse con conductas típicas, sin embargo resulta que la mayoría de acciones llevadas a cabo dentro de la protesta constituyen por lo general actos que son antijurídicos pero que no necesariamente requieren un tratamiento penal. (Zaffaroni: 2005)

La tipicidad responde al principio de legalidad penal del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ante el cual la Corte IDH ha expresado “la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales, la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera duda y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarlos con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad” (Caso Canese vs Paraguay; párr. 174)

En el ordenamiento jurídico existe el riesgo de la tipificación de conductas que determinen la criminalización de la protesta. Se han previsto delitos que de conformidad con la perspectiva constitucional del derecho penal mínimo, no pueden ser tratadas por el derecho penal, porque en si constituyen legítimos actos de protesta

social. La ley penal contiene un tipo penal que puede ser criminalizado, pero que puede ser ambiguo o tener una dosis considerable de indeterminación que favorezca interpretaciones extensivas que desembocan en la criminalización de conductas que no ameritan tratamiento penal. La ley puede contener un delito que puede o debe ser objeto de reproche penal pero la penalización puede ser desproporcionada, al prever una punición excesiva. (Sanchez & Uprimmy: 2010, pág. 50)

1.3.4 Antijuricidad de las conductas en el marco de la protesta social

Asimismo, dentro de las protestas, pueden alegarse ciertas causas de justificación que podrían lograr que los actos que se realizan no sean antijurídicos y que responde a acciones de legítima defensa y estado de necesidad. (Zaffaroni: 2005)

Como hemos sabido, la legítima defensa es una causa de justificación que prevé una limitación a la represión a la protesta social y justifica por lo tanto las acciones que involucren la defensa del ciudadano, esto dentro de lo permitido por el marco jurídico de la legítima defensa, cuyos principales preceptos son: una provocación, la defensa por medio de herramientas inferior, producir un daño menor al que se quiere defender. Estos elementos pueden alegarse como justificación dentro de la criminalización y judicialización de la protesta social. (Zaffaroni: 2005)

Por otra parte, el estado de necesidad, cuyo principal presupuesto es que el mal que se causa debe ser menor al que se intenta evitar, al determinar que no existía otras vías idóneas para hacerlo. Así por ejemplo, los estados de necesidad son comunes en sociedades donde las carencias son generales y los países pobres que por lo general tienen un estándar medio de satisfacción de necesidades sociales. (Zaffaroni: 2005)

1.3.5 Culpabilidad de las personas que protagonizan las protestas

La protesta ha sido vista como la manifestación de conductas ilícitas, en ese contexto se reprocha actos delictivos a personas que lideran estos actos de protesta. En efecto, las personas pueden utilizar la figura del error de prohibición cuando en escenarios de necesidad, no conocían que existían mecanismos institucionales para realizar reclamos, y optaron por las manifestaciones públicas. (Zaffaroni:2005)

Asimismo, la necesidad exculpante, cuyos presupuestos son determinar la posibilidad que tenía el sujeto de conocer la antijuricidad de su conducta, y conseguir con ello realizar un juicio de reprochabilidad sobre los dirigentes de protestas. (Zaffaroni: 2005)

Claramente se puede apreciar un escenario en donde entran en tensión el derecho y la política, en donde se extrae una cuestión del ámbito natural para darle un naturaleza puramente artificial, es decir trasladarla su solución del ámbito político al ámbito jurídico, garantizando con ello que el problema difícilmente serpa resuelto. (Zaffaroni: 2005)

1.3.6 Algunos tipos penales

Pese a que utilizar los tipos penales para criminalizar la protesta con violencia, es desproporcionado, por el carácter ambiguo, abierto e indeterminado que poseen, y generar riesgo para la protesta social. (Sanchez & Uprimmy: 2010, pág. 60) estos se han utilizado en la mayoría de países de Sudamérica para reprimir protestas sociales.

Uno de los tipos penales que más se han utilizado y que ha servido como base para iniciar proceso penales es el terrorismo, un delito dinámico que se diferencia de los demás tipos, por poseer características diferentes, por lo siguiente: primero, es pluriofensivo, segundo, obedece a organizaciones delincuenciales organizadas, tercero, el terrorista demuestra una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas. (Sanchez & Uprimmy: 2010)

1.4 Sanciones de los actos de protesta

Cuando la protesta pacífica resulta en actos de violencia que merecen una respuesta penal, este debe ser proporcional al daño producido en el afectado, de lo contrario se genera una criminalización ilegítima. (Sánchez & Uprimmy: 2010, pág. 47) En la mayoría de escenarios de protesta social “no se ha llegado a consecuencias de imposición de sanción punitiva, pero si se instrumentaliza el derecho penal para desalentar la protesta y estigmatizar a los manifestantes. No se reconoce la frontera ente el delito y el derecho a la protesta” (Sánchez & Uprimmy: 2010, pág 56)

Es recurrente analizar de forma detallada, la proporcionalidad como principio rector de las penas, este principio determina que la proporcionalidad de la pena se mide en razón al merecimiento de la pena y las penas asignadas a otros delitos.

Para determinar la proporcionalidad, debe existir un alto grado de precisión en la ley penal. El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado “mandato de determinación” que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles, y las penas que pueda acarrear.

El cumplimiento del principio de proporcionalidad constituye un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar que se vulnere la seguridad jurídica (Punig; págs. 85-86) y la garantía que se da a los ciudadanos a través de normas, claras, previas, públicas y precisas.

Como lo han manifestado algunos doctrinarios y la Corte IDH, las sanciones penales y las amenazas de autoridades a raíz de las indagaciones previas, especialmente por parte de la fiscalía, constituyen un efecto disuasorio sobre las personas que mediante el uso de la protesta buscan reivindicar los derechos conculcados. (Salazar: 2010)

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE CASOS

En el escenario ecuatoriano, se han vislumbrado diferentes enfoques de protesta, siendo los más relevantes, la protección de la naturaleza y la afectación de los derechos a las comunidades. (Salazar Marín: 2010) hay que precisar que “si bien toda persona que sufre una injusticia tiene derecho a la protesta, este no la habilita a ejercerlo siempre de igual modo ni en la misma medida” (Zaffaroni: 2009)

La profesora Daniela Salazar “en Ecuador las protestas sociales han sido la única forma a través de la cual grupos sociales tradicionalmente excluidos han conseguido reivindicar sus derechos, o al menos han conseguido que sus puntos de vista sean puestos en el debate público.” (Salazar: 2010). En ese contexto, las personas han denunciado públicamente su desacuerdo con las políticas públicas llevadas a cabo por gobiernos de turno, y contra leyes que vulneren derechos, en el caso ecuatoriano, leyes de aguas y minería.

En Ecuador, dentro de los patrones generales de movilización, se pueden evidenciar especialmente dos: Uno que se deriva de la protección de los derechos de la naturaleza; y además, por los conflictos que se generan en las comunidades debido a los efectos que producen las actividades extractivas de las empresas transnacionales que operan dentro de los terrenos de las comunidades.

En el marco de protesta y oposición de las comunidades a la ejecución de los proyectos, las empresas, con apoyo de autoridades del estado, han utilizado una serie de mecanismos para deslegitimar y acallar a las personas oponentes, desatando la inestabilidad y la conflictividad social.

En la mayoría de los casos, se ha considerado los reclamos como actos delictivos son castigados por la ley. En efecto, “para eliminar o neutralizar la resistencia, en muchos de los casos se han diseñado y ejecutado una serie de acciones tácticas o concretas tales como la criminalización de la protesta mediante la presentación de denuncias y acciones legales en contra de dirigentes y pobladores. El hostigamiento a través de demandas administrativas y denuncias judiciales pretende encarcelar inmediatamente a líderes y pobladores que presentan la mayor resistencia tienen liderazgo y gozan de legitimidad en las comunidades o a activistas ambientales, utilizando el delito flagrante de la instrucción de la orden judicial de la prisión preventiva y de la perversa identificación de los hechos políticos de resistencia con delitos tipificados en el Código Penal. (Asamblea Constituyente. Mesa de legislación y Fiscalización. Montecristi. Resolución 11/3 /2008)

El anterior planteamiento corresponde al análisis que hizo la Asamblea Constituyente en el año 2008, donde pese a que se habló de amnistías otorgadas a los defensores de los derechos humanos, no se establecieron criterios sobre el derecho a protestar en relación con el legítimo derecho a expresarse libremente. Se concluyó que en la mayoría de los casos, las denuncias son completamente infundadas y otras pretenden que hechos menores sean sancionados con delitos que tipifican conductas mayores como el terrorismo, el separatismo y el sabotaje. (Salazar: 2010; pág. 103)

2.1 Casos

Entre los métodos utilizados en lo que parece ser un intento deliberado de obstaculizar el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión se encuentran cargos infundados, investigaciones prolongadas, recursos reiterados de los fiscales para ampliar la duración de los cargos formulados, condiciones de fianza restrictivas y cargos relacionados con el terrorismo o con la obstrucción ilegal de vías.

Amnistía Internacional, trabajando en estrecha colaboración con los abogados de la defensa y examinando la información disponible, ha podido establecer que los 24 dirigentes se han enfrentado a un total de 20 cargos de terrorismo, 10 cargos de sabotaje, 4 cargos de obstrucción ilegal de vías y 1 cargo de homicidio. En el momento de redactar este informe, 8 de los 24 dirigentes seguían sometidos a investigación o a procedimientos judiciales, o se encontraban sometidos a restricciones de fianza. (Amnistía Internacional: 2012)

También es importante señalar que Amnistía Internacional ha documentado casos adicionales de dirigentes que se han enfrentado a cargos cuestionables; sin embargo, estos casos no se han incluido en el informe ante el temor de represalias contra los propios dirigentes.

Por otra parte, la minería a gran escala es una actividad relativamente reciente en Ecuador. La primera Ley de Minería se introdujo en 1991, y seis años después se promulgó su reglamento de aplicación. En el año 2000 se introdujeron reformas, como la reducción de impuestos, que hicieron a Ecuador más atractivo para las industrias extractivas extranjeras, y para abril de 2007 las concesiones mineras se extendían en un área de 2,8 millones de hectáreas, de las que aproximadamente la mitad (el 45,6 por ciento) eran de extracción de metales.

En marzo de 2006 se declaró el estado de emergencia en las provincias de Sucumbíos, Orellana y Napo, y un decreto presidencial las designó zonas de seguridad nacional. Además, el Decreto 121412 invocaba la Ley de Seguridad Nacional, que permitía que se juzgara a civiles ante tribunales militares.¹³ Los civiles nunca deben ser juzgados en corte militares porque estas no ofrecen las salvaguardias previstas en el derecho internacional, incluyendo juicios justos y públicos llevados a cabo por tribunales independientes e imparciales. Tal como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la ONU, “el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares o especiales puede plantear problemas graves en cuanto a que la administración de justicia sea equitativa, imparcial e independiente”.

La Asamblea basó la amnistía en un informe redactado por algunos de sus miembros, en el que reconocía que “la situación por la que atraviesan muchos líderes sociales en el Ecuador es altamente crítica, pues en cada espacio en que éstos asumen la exigibilidad de sus derechos, han sido objeto de amenazas, intimidaciones, persecuciones, enjuiciamientos y otras acciones dirigidas a desprestigiarla/los y desmotivar su trabajo”.

2.1.1 El caso de Vicente Zhunio

Este caso se dio en el contexto de protestas en contra de la Ley de Minería aprobada por la Asamblea Nacional ecuatoriana en el año de 2009. La conflictividad imperante en ese entonces era entre el Gobierno Nacional y los movimientos indígenas afectados por la industria minera. El primero mantenía el discurso sobre una minería responsable, que serviría para el desarrollo del país, mientras que los segundos reclamaban la falta de consulta previa e informada sobre la ley de minería, y con ello veían que sus derechos iban a ser seriamente vulnerados, dando lugar a una serie de protestas en defensa de sus derechos.

Vicente Zhunio Samaniego, dirigente comunitario y presidente de la Asociación Campesina de Limón Indanza, de la provincia de Morona Santiago, defensor que trabaja desde su organización para oponerse a los grandes proyectos mineros de empresas nacionales e internacionales, cuyas actividades tienen un impacto negativo en el medioambiente y en las comunidades (Comisión Ecuménica de Derechos Humanos)

Fue detenido en la tarde del 5 de enero de 2009, en su localidad, en la calle principal de parroquia Indanza, del cantón Limón Indanza. El 20 de enero fue

trasladado a la cárcel de Macas donde permaneció hasta el día 5 de febrero de 2009, este lugar está a 180 Kilómetros de distancia de su casa, una vez que estuvo aquí su familia se enteró de él, y del proceso penal por sabotaje de servicios públicos que se le seguía en su contra.

Según los hechos del caso redactados por Amnistía Internacional, el Sr. Zhunio fue detenido por los policías por acusarlo de participar en las protestas, ello sirvió para acusarlo de cometer el delito de sabotaje. Se cometieron en contra de él algunas arbitrariedades por parte de la Policía Nacional, negándole atención médica, por unos daños sufridos por un disparo en la cabeza mientras subía al vehículo de la policía. Se lo mantuvo incomunicado por un lapso de 18 horas, tiempo en el que lo golpearon y lo amenazaron de muerte para intentar obligarle a firmar un papel en blanco.

Hasta el momento el supuesto sospechoso de cometer el delito de sabotaje estaba siendo tratado por el primer ángulo del triángulo de poder, la policía nacional, la misma que vulneró importantes garantías judiciales del debido proceso, y con ello derechos fundamentales como la vida al impedir que tenga a atención médica. La constitución en el artículo 75 establece que las personas que sean detenidas tienen derecho a comunicarse con sus familiares, y se prohíbe la tortura y la autoincriminación, cosas que en el caso eran claramente visibles y plenamente permitidas por la policía nacional.

Tal como lo redacta Amnistía Internacional, luego de estar recluso en Macas fue trasladado a Cuenca, donde permaneció más de un mes. Sin embargo el 29 de enero de 2009, un juez ordenó que Vicente Zhunio fuera liberado de la prisión preventiva, tras señalar una serie de irregularidades procedimentales de la fiscalía, en concreto que el fiscal no se había asegurado de contar con pruebas suficientes en las que basar la acusación.

Como se puede apreciar, el segundo ángulo del triángulo del poder, la fiscalía o ministerio público, intervino para levantar cargos en contra del Sr. Zhunio, pero al ser una serie de hechos infundados que carecían de pruebas, no se reunieron los elementos de convicción necesarios para imputar un delito a una persona, disposición claramente establecida en el COIP actual, o en el Código Penal de ese entonces.

Los cargos contra Vicente Zhunio se mantuvieron luego de la excarcelación. Aunque él ha negado en todo momento haber participado en las protestas, los fiscales basaron su acusación en un informe policial que decía que había sido detenido porque *“se encontraba abasteciendo de víveres a las personas que se encontraban*

obstaculizando la vía [...] y resulta que al momento de proceder de pedirle sus documentos de identidad reaccionó en una forma agresiva faltándonos de palabra". Asimismo, los argumentos de los fiscales se centraron en que se encontraba en posesión de un libro titulado Derecho de las comunidades frente a las actividades extractivas. Y para darle fuerza a su argumento, relacionaron hechos del año 2008, y trabajo que realizó Vicente Zhunio para movilizar a las comunidades en torno a la cuestión de los recursos naturales en 2008.

Finalmente, en diciembre de 2009, un juez dictó el sobreseimiento del caso por falta de pruebas. En este caso, el triángulo de poder no se completó, porque no existió la prueba para comprobar la existencia de los elementos del tipo penal de sabotaje, mas no porque consideraron que la actividad del Sr. Zhunio, como defensor de los derechos humanos a través de protestas, no podía ser criminalizada o judicializada.

En este caso, además de los derechos y garantías ya mencionados se vulneró la seguridad e integridad física y psicológica del Sr. Zhunio. Se lo hostigo judicialmente aproximadamente durante un año por ser defensor de los derechos humanos y de las comunidades indígenas.

En este caso el Estado debió asegurar la aplicación de lo dispuesto por la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1998, en particular en lo referente a la protección del derecho de toda persona "individual o colectivo, de promover la protección y el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales, tanto en el plano nacional como internacional y a esforzarse por ellos" (Art.1) garantizar "la protección de toda persona, individual o colectivamente, frente a toda violencia o represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la presente Declaración" (Art.12.2);

Asimismo el Estado debió garantizar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales en todo el país de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos ratificadas por Ecuador, especialmente aquellas relacionadas con la CADH, sobre la libertad de expresión, y la libertad de reunión y asociación, que se vieron afectadas por la criminalización de su conducta, en la que expresaba a través de manifestaciones, su inconformidad con los preceptos de la ley de minería, y que le derivó como consecuencia un procedimiento penal que lo privó de

la libertad y que lo mantuvo en suspenso alrededor de un año, impidiéndole de ejercer sus actividades con normalidad.

2.1.2 El caso de los ocho dirigentes comunitarios.

Este caso ocurrió en el marco de las protestas en contra de la Ley de Minería en el 2009. En enero de ese año se celebró la denominada Marcha por la Vida, en la que participaron centenares de indígenas entre ellos, Rosa Justina Chuñir Quizhpi, Georgina Beatriz Gutama Muevecela, Rosa Laudalina Gutama Chuñir, Tania Priscila Gutama Gutama, José Salustino Gutama, Gonzalo Gutama Urgilés, Manuel Pacheco y Miguel de la Cruz, quienes fueron acusadas en abril de 2009, por terrorismo, por las protestas celebradas en Molle turo, provincia de Azuay, el 5 de enero de 2009.

Es decir que los proceso penal que se inició en contra de estas personas se fundamentó en una investigación que realizó la Fiscalía, y en la que pidió la detención únicamente de José Salustino Gutama, mismo que fue detenido sin notificación y sin boleta, razón por la que salió libre unas horas después. En este caso la policía no tiene el papel primordial en la represión de la protesta, porque únicamente se detuvo a uno de los imputados, a los ocho se les notificó del proceso penal que se seguía en su contra por el supuesto cometimiento del delito de terrorismo, fue la Fiscalía que basándose en hechos infundados realizó indagaciones y formuló cargos en contra de los ocho defensores de derechos humanos.

En el proceso penal seguido por la fiscalía, en junio de 2009, el juez dictó el sobreseimiento del caso por falta de pruebas. Nuevamente, como en el caso anterior, la Fiscalía actuó como una institución con poder para reprimir las acciones de los dirigentes comunitarias, vulnerando su derecho a protestar contra la ley de minería que se convertía en esas fechas en una amenaza latente para los pueblos que ellos dirigían, y frente a los cuales tenían la responsabilidad de proteger sus derechos.

La fiscalía apeló la decisión de sobreseimiento emitida por el juez, sin embargo, el juez superior confirmó la decisión judicial de primera instancia, en agosto del año 2009. En pocas palabras, el juez tras examinar el caso en apelación determinó que la fiscalía no había podido describir *“los actos en los cuales participa cada uno de los procesados, como efectivamente lo ordena el Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, sin que haya identificado en forma individualizada a los procesados ni del modo o manera en que estos hayan participado en la comisión del delito”*.

En ese sentido, los ocho dirigentes indígenas fueron acusados de terrorismo de forma infundada, sin que la acusación tenga méritos sólidos sobre los cuales apoyarse. La Fiscalía no cumplió en este caso con las normas del debido proceso incluidas en el Código de procedimiento Penal de ese entonces, que mandaba lo que el actual COIP también lo dice, que incluye, entre otras cosas, la individualización de las personas procesadas, la relación circunstancial de los hechos que hace presumir que las personas procesadas los cometieron, el nexo causal que existe entre las personas procesadas y los hechos por el que se imputa el cometimiento de la infracción penal. EL de la Corte Provincial obró bien desestimando la acusación del fiscal y garantizando los derechos de los procesados.

Pese a la oleada masiva de protestas en todo el país, la Ley de Minería entró en vigor el 29 de enero de 2009. Muchos grupos, entre ellos la CONAIE, presentaron ante la Corte Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería. En abril de 2010, la Corte declaró que la Ley era constitucional y dictó una sentencia en la que exponía los procedimientos mínimos que debía seguir la Asamblea Nacional para llevar a cabo una consulta adecuada antes de aprobar medidas legislativas. Las organizaciones locales manifestaron su preocupación por esta decisión, que declaraba la Ley constitucional pese a que su proceso de aprobación no había seguido esas directrices.

Sin embargo quedan muchos cabos sueltos que unir, por un lado, los derechos en el proceso penal que le fueron vulnerados, segundo los derechos inherentes al derecho a la protesta social, que son la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación, que a criterio de la Corte IDH, para declarar vulnerado de derecho a la protesta social a través de mecanismos como la criminalización y judicialización, no es necesario que se establezca una sentencia condenatoria sobre una determinada persona, sino que es suficiente con que se realicen investigaciones previas que involucren a individuos que haciendo uso de su derecho participan e manifestaciones que pretenden reivindicar derechos que han sido conculcados.

En un caso similar, el juez determinó que *“la prisión preventiva debería ser una medida excepcional, no sea considerado modus operandi general en todos o casi todos los casos que se investiguen, sino que debe ser utilizado en casos especiales*

*con la finalidad de que no se convierta la prisión preventiva en una medida de represión o castigo, mientras se tramita el proceso penal*⁶

2.1.3 El caso de José Acacho, Pedro Mashiant y Fidel Kaniras

Este caso ocurrió en el año 2009, en el marco de las manifestaciones en contra de la ley de Aguas, las comunidades indígenas alegaban que ellas no estaban siendo favorecidas por el derecho fundamental de la consulta previa sobre legislación que afectaría a sus intereses, en este caso al agua, la mayoría de posturas recogían la idea de una posible idea de la privatización del agua, mientras que el gobierno nacional se centraba en explicar la necesidad de regular el tratamiento y uso de las fuentes hídricas para un adecuado manejo de las mismas. Por otra parte las comunidades apelaban por un espacio representativo dentro del órgano regulador de las fuentes hídricas que según la ley sería la Secretaría nacional del Agua, que se encontraba, normativamente, copada por puestos para autoridades estatales.

En ese marco, los señores José Acacho, Fidel Kaniras y Pedro Mashiant, fueron acusados y sentenciados por el cometimiento de los delitos de sabotaje, terrorismo y homicidio de Bosco Wisuma, por los hechos ocurridos durante la protesta en el puente del Río Upán, en la provincia de Morona Santiago, el 30 de septiembre de 2009.

José Acacho, que se ha desempeñado como presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar (FCSH) y vicepresidente de la CONAIE. Pedro Mashiant, que ha ejercido como presidente de la Junta Parroquial de Sevilla Don Bosco y como presidente de la Asociación de Juntas Parroquiales de Morona Santiago. Fidel Kaniras, un miembro del Centro Shuar Sevilla Don Bosco.

Luego de un año de ocurrido los hechos, en el año de 2010, la fiscalía pidió al juez de garantías penales la prisión preventiva de los tres señores, pedido que fue denegado. Sin embargo, se ordenó que se presentaran ante las autoridades cada ocho días., y adicionalmente ordenó dos medidas cautelares en su contra, la prohibición de salida del país y la prohibición de enajenar de sus bienes.

⁶ Resolución que revoca la detención preventiva en el caso de cuatro manifestantes acusados de terrorismo en Chuchumbleta, provincia de Morona Santiago, el 11 de febrero de 2009, durante una protesta contra la Ley de Minería.

Estas medidas interpuestas por la justicia ordinaria figuran claramente como arbitrarias y regresivas en relación a los derechos de los procesados. En especial los derechos sobre la protesta que tienen ellos para manifestar su inconformidad sobre el proceso de creación de la ley de aguas, estas medidas se convierten en un efecto inhibitor, de miedo, para los ciudadanos, por ejemplo uno de ellos ha manifestado a Amnistía Internacional: “No he ido a otras manifestaciones desde entonces. He ido a reuniones, pero no figuro.” Pedro Mashiant. El mismo individuo, en relación a las medidas cautelares interpuestas sobre él, menciona: “la medida cautelar me tiene amarrado. Yo, como representante [de la comunidad], tengo invitación a ir a conferencias en España, Israel, Alemania, Europa... Pero no puedo ir porque estoy impedido para salir del país. Lo que me deja mal es que no puedo gestionar libremente como una autoridad que goza de su libertad. Esto es lo más duro.”⁷

Se evidencia que en el presente caso el actuar de los señores procesados, respondía a manifestaciones de protesta, derecho constitucional y que se encuentra legitimado por cuanto responde a una falta de diálogo y consulta previa a la que tienen derecho las comunidades, sobre leyes y disposiciones que les afecta directamente.

Para enero de 2011, se decretó la prisión preventiva de los tres señores y se dio paso al proceso penal en contra de ellos por los delitos de sabotaje, terrorismo y homicidio. Tal como lo redacta Amnistía Internacional, la orden de prisión preventiva emitida por el juez, dio lugar a que el 1 de febrero de 2011, Pepe Acacho, Pedro Mashiant y Fidel Kaniras, fueran detenidos en una operación conjunta de la policía y el ejército. Después del operativo permanecieron en la Comandancia de Policía de Macas, para luego ser trasladados a Quito durante una semana, frente a tales hechos, ellos interpusieron una acción de habeas corpus, que fue aceptada el 8 de febrero de 2011.

Los informe periciales realizados entre los meses de abril y mayo de 2010, sobre la muerte de Bosco Wisuma, no arrojaron detalles concluyentes que relacionaran su muerte con los tres señores. En tanto que por los delitos de sabotaje y terrorismo, estos son tipos penales desproporcionados e incoherentes con los hechos ocurridos en aquella ocasión.

El 28 de enero de 2011 se llevó a cabo la audiencia preparatoria en la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, tras la cual el Presidente de la Corte emitió un auto de llamamiento a juicio y emitió la orden de detención en contra de los Sres.

⁷ Veasé. Amnistía Internacional

José Acacho González, Pedro Mashiant Chamik y Fidel Kaniras Taish, acusados del delito de “terrorismo organizado”.

Los señores José (Pepe) Acacho González, y Pedro Mashiant Chamik, fueron sentenciado a 12 años de prisión. Así como se absolvió a los señores Fidel Kaniras Taishy y a cuatro dirigentes indígenas a los que se les había procesado como encubridores de las conductas por los que fueron sentenciados los dos señores. La sentencia fue promovida por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, ubicada en Macas, en donde se establece la responsabilidad por la comisión de un delito de terrorismo organizado, que estuvo tipificado en el artículo 160.1 o 160.A del Código Penal anterior.

Entre las principales líneas de la fundamentación de la sentencia están, la comisión de delitos contra la seguridad de las personas y sus bienes, lesiones físicas a diversas personas, y la muerte de Bosco Wisuma durante la celebración de la protesta el 30 de septiembre de 2009, en contra de la ley de Aguas.

Es necesario destacar que los tipos penales del Código Penal vigente en la época de la acusación, eran bastante ambiguos, era el juez quien a su criterio podía dar una interpretación discrecional del mismo, en ese sentido, el ejercicio de derechos fundamentales como la libre reunión y asociación, libertad de expresión, y con ellos el de protestar, terminaron siendo juzgados como actos de terrorismo.

Como se puede apreciar, el líder indígena Pepe Acacho y los otros inculpados, estuvieron ejerciendo sus derechos constitucionales de resistencia, libertad de expresión, libertad de reunión ya asociación, con el afán de defender su derecho al agua, su derecho a vivir en condiciones dignas conforme lo establecido la Constitución, ello demuestra que el enjuiciamiento a que dieron lugar los acontecimientos surgidos en la protesta del 30 de septiembre de 2009, es arbitrario y vulnera expresas normas constitucionales y convencionales.

2.1.4 El caso de Carlos Pérez, Federico Guzmán y Efraín Arpi.

Este caso se dio en el contexto del debate de la ley de Aguas en la Asamblea Nacional en el año 2010, el afán primordial era dar a conocer sobre la falta de legitimidad del proceso de creación de la ley de Aguas.

En ese afán los usuarios de los sistemas de agua comunitarios y los dirigentes de las comunidades bloquearon parcialmente una carretera el 4 de mayo de 2010 como protesta por la última ronda de debate, en la Asamblea Nacional, en torno a la Ley de Aguas, prevista para el día siguiente. Aquí se instauró, el corte de ruta, como forma de manifestación por parte de las comunidades indígenas.

En ese escenario se realizó la detención de Carlos Pérez, dirigente de los Sistemas Comunitarios de Agua del Azuay. De Federico Guzmán, presidente de la Junta Parroquial de Victoria del Portete, y de Efraín Arpi, dirigente de la comunidad de San Joaquín. Tras este acontecimiento inició un enfrentamiento entre la policía nacional y los manifestantes, miembros de las comunidades indígenas.

Luego de la detención permanecieron detenidos tres días bajo la figura de la prisión preventiva, luego fueron puestos en libertad, tras el fiscal haber levantado cargos por el delito de sabotaje, el fiscal solicitó que se dictaran medias cautelares sobre los procesados, frente a lo que, el 27 de mayo de 2010 se ordenó que los tres hombres se presentaran ante las autoridades cada ocho días, y se les prohibió la salida del país.

Los cargos de sabotaje se retiraron, pero luego se sustituyeron por el delito penal de obstrucción ilegal de vías. Federico Guzmán y Efraín Arpi declararon que no habían participado directamente en la protesta, mientras Carlos Pérez y otros testigos mantuvieron que, durante el corte de la carretera, los manifestantes dejaban que el tráfico se reanudara cada 30 minutos, y permitían que los vehículos pasaran de inmediato en caso de emergencia. El juez ordenó su puesta bajo custodia en virtud de este nuevo cargo, y los tres acusados pagaron una fianza de 3.000 dólares estadounidenses para poder seguir en libertad.

En agosto de 2010, un juez declaró a Federico Guzmán, Efraín Arpi y Carlos Pérez inocentes del delito de obstrucción ilegal de vías. La fiscalía apeló contra esta decisión, y en agosto de 2011 los tres fueron declarados culpables. Aunque la condena inicial era de un año de prisión, el juez ordenó una pena más leve de ocho días de reclusión, *“por tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad, y que las motivaciones para su inconducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria de Portete, en defensa del agua que temen sea contaminada por actividad minera”*.

Los cargos efectuados por la Fiscalía en contra de los detenidos, no se confirmaron en la sentencia del Tribunal de Garantías Peales del Azuay, sin embargo la

apelación de la fiscalía ante la Corte Provincial del Azuay. La teoría del caso presentada por el Fiscal afirmaba que en los hechos del caso habían participado alrededor de 150 personas de las cuales según el parte policial se está juzgado a los que fungieron como dirigentes de las acciones colectivas.

La Sala resolvió la apelación el 10 de agosto de 2011, concluyendo que se da por probado que *“pobladores del sector, en un número aproximado de 150 personas, liderados por los procesados (...) con piedras, palos y troncos de árboles impiden el tránsito normal de vehículos (...) lanzaron piedras, palos e incluso causaron daño a los patrulleros y lesiones a miembros de la Policía Nacional”*.

La motivación de las acciones de este grupo de personas fue tomada en cuenta por los jueces a la hora de evaluar los hechos. Ellos concluyeron que los fundamentos de la protesta de los pobladores de Tarqui y Victoria del Portete, y de sus líderes, los procesados Pérez, Guzmán y Arpi, era principalmente la oposición a la aprobación de la Ley de Aguas, proyecto de ley al que consideran que contiene preceptos que van en contra de sus derechos al líquido vital, evitar la contaminación del agua por la actividad minera a la que también se oponen. Estas motivaciones y argumentos fueron aceptados, sostenidos y defendidos por los procesados en sus declaraciones en la audiencia de juicio.

La Sala considero que las motivaciones que llevaron a los procesados a obstaculizar la vía pública, fueron de carácter social, reivindicativo, en defensa de sus derechos sobre el agua, agua que temen sea contaminada por las actividades mineras, y a favor de los pobladores de Tarqui y Victoria del Portete.

Los jueces de la Sala dicen que las motivaciones y recursos de protesta a los que tienen derecho están garantizados en la propia Constitución, en sus artículos 56, 57 y 66, numeral 13.

Dentro de su argumentación señalan cual es el límite del ejercicio del derecho a la protesta: dicen que lo que no les garantiza la Constitución es realizar impedimentos contra el resto de la población para que siga su vida normal, esto es, afectar a los derechos de los demás ciudadanos, como es el derecho de transitar libremente por las carreteras de la Patria sin obstáculo alguno, derecho consagrado en el Art. 66, numeral 14 de la Constitución; conducta desarrollada por los procesados que está tipificada y sancionada en el Art. 129 del Código penal anterior.

Asimismo invocan el artículo 98 sobre el derecho a la resistencia. Y con ello advierte que el camino correcto de las personas para reclamar no es la obstaculización de vías sino el uso de la ciencia, del Derecho, del conocimiento. (...) En ese contexto declara la sala que el Juez del siglo XXI no puede concretarse únicamente a aplicar la ley en forma mecánica, sino de ser necesario, como en el presente caso (...) señalar también los caminos por donde deben recorrer las personas y los pueblos en la búsqueda de las soluciones a sus problemas de toda índole.

En la parte resolutive, la sentencia establece la responsabilidad de los acusados y los condena pero, en consideración a la motivación social de los autores, aplica en beneficio de ellos la figura del 'atenuante trascendental' y rebaja drásticamente la pena impuesta: (...) acepta el recurso de apelación presentado por la Fiscalía, revoca la sentencia subida en grado, e impone a los procesados (...), autores y responsables del delito de obstaculización de vías públicas, tipificado y sancionado en el Art. 129 del Código Penal, la pena de un año de prisión correccional para cada uno de ellos (...).

Pero en consideración de las condiciones humanas de los procesados, esto es, por tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad, y que las motivaciones para su inconducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria del Portete, en defensa del agua que para esta Sala constituye ATENUANTE TRASCENDENTAL, que consta en el art. 74 del Código Penal (...). En consecuencia, se aplica el Art. 73 del Código Penal, imponiéndoles la pena de ocho días de prisión únicamente, para cada uno de ellos.

2.1.5 El caso de Marco Guatemal

Este caso se dio en el marco de las protestas en contra de la ley de Aguas, en el año 2010, por una denuncia realizada por el Gobernador de Imbabura. En la denuncia se pedía a la fiscalía que se investigará a los dirigentes indígenas que habían participado en las manifestaciones en contra de la Ley de Aguas, manifestaciones que se centraron el bloqueo de tramos de la carretera Panamericana.

El 26 de octubre de 2010, un juez inició procedimientos contra varios dirigentes acusados de terrorismo y sabotaje. Proceso que se archivó porque la fiscalía no presentó las pruebas necesarias para comprobar que la conducta de los dirigentes indígenas correspondía a la conducta propia del sabotaje y terrorismo.

Estos acontecimientos ocurrieron en un primer momento, en que se amedrentó a los miembros de las comunidades indígenas, para que no realicen acciones colectivas,

porque según la fiscalía, aquellos eran actos que iban en contra de la seguridad del Estado. Como podemos observar, el segundo ángulo del triángulo del poder, actuó abiertamente para inhibir mediante investigaciones, la libre expresión de los ciudadanos a través de manifestaciones.

Un tiempo después sobre uno de los líderes indígena, Marco Guatemal, se inició un proceso penal pro del delito de obstrucción ilegal de vías, tipificado en el Código Penal anterior. Marco Guatemal, es un líder indígena, que se ha desempeñado como presidente de la Federación Indígena y Campesina de Imbabura (FICI).

En este proceso penal, se dictaron como medidas cautelares: presentarse ante las autoridades cada quince días. Con esta medida se inició el hostigamiento al líder indígena que defendía los derechos conculcados por la aprobación de la Ley de Aguas. Esta medida, repercutió en la vida social del líder indígena, por medio de ella se provocó un efecto inhibitor en los ciudadanos que no tenían la libertad de expresarse libremente.

Para una audiencia promovida por el juez de garantías penales, tanto Marco Guatemal como su abogado defensor no recibieron notificación, y no asistieron, razón por la cual, se ordena el orden de detención e se impuso la multa para su abogado defensor.

En ese sentido, la orden de detención se convirtió en la herramienta idónea para perseguir a los líderes y protagonistas de las protestas en los contextos de rechazo de la Ley de Aguas.

En efecto, Marco Guatemal fue detenido el 25 de octubre de 2011 y permaneció recluido 21 días, bajo el título de prisión preventiva, con la alusión de que su conducta estaba relacionada con uno de los delitos más graves, siendo que simplemente era el obstáculo ilegal de vías públicas, en este aspecto, se vulneró el principio de aplicar la prisión como una medida de ultima ratio, misma que debe ser dictada cuando se cumplan determinados requisitos.

Después de la actuación del Fiscal, el juez de garantías penales ordenó su libertad inmediata, y desestimó los cargos y la acusación por falta de pruebas. En este caso, nuevamente se vulneró el derecho del ciudadano a expresarse libremente, mediante los denominados por la doctrina como los cortes de ruta, que en el sentido de las ideas de la Corte IDH han sido concebidos como una de las herramientas que utilizan determinados grupos sociales para expresar su inconformidad y la conculcación de derechos, y que mediante este tipo de manifestaciones buscan que la realidad social

cambie, y las autoridades promuevan políticas públicas en aras de garantizar los derechos fundamentales.

2.1.6 El caso de Delfín Tenesaca y Marlon Santi

Este caso se dio en el contexto de búsqueda de comunicación por parte de los pueblos indígenas con las autoridades, en la cumbre de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América, en junio de 2010. En esta reunión se concentraron dirigentes y jefes de estado de toda Latinoamérica. Tuvo lugar en Otavalo.

Por esas mismas fechas se celebraron, en la misma comunidad de Otavalo, las fiestas del inti Rymi, la conocida festividad del sol, y que has dio reconocida por su tradición milenaria, llevada a cabo por los indígenas. Con su numerosa población indígena, Otavalo era uno de los centros de celebración, y miles de personas, pertrechadas con símbolos indígenas tradicionales, como lanzas y animales, se congregaron allí para participar en las festividades.

Los pueblos indígenas que celebraban las fiestas del Sol, aprovecharon que se estaba realizando en esas mismas fechas la cumbre del ALBA para levantar su voz en señal de reafirmación de las demandas indígenas, cuyo fin era buscar espacios de participación en todas las decisiones en las que se esté reglamentando o afectando el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Aprovechando la ocasión, las organizaciones indígenas redactaron una carta en la que manifestaban su preocupación por la falta de participación indígena en la cumbre de ALBA y pidieron que les permitieran entregársela al presidente de Bolivia, Evo Morales, primer presidente indígena de América, sin embargo se les negó el acceso, por medio de un cordón policial que impedía que la gente se acercase al lugar en que se realizaba la reunión de las autoridades.

Los informes que dieron cuenta de los hechos ocurridos, mostraron que los policías intentaron dispersar a la multitud utilizando gas lacrimógeno, además determinaron que en estos actos violentos, resultaron heridos dos caballos de la policía nacional y se perdieron unas esposas de los policías. Dentro de ellos, se alegaba que el grupo de personas reunidos, grupos de indígenas, habían interrumpido gravemente la reunión, gritando consignas que alteraban el orden público.

Estos informes, redactados por la policía nacional, describían como fue la intervención de la policía cuando la gente intento ingresar en el lugar de la reunión de las autoridades, la represión dio lugar a que los individuos se vienen impedidos de entregar la carta al presidente de Bolivia, Evo Morales. Con estos hechos, se vuelve nuevamente utilizando el poder de la policía nacional, a reprimir las acciones colectivas que tiene un fin pacífico.

Entre uno de los líderes indígenas, que estuvieron presentes para la presentación de la Carta de los pueblos indígenas ecuatorianos a la cumbre del ALBA, esta Marlon Santi, quien se ha destacado como presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), y Delfín Tenesaca, que en ese entonces era presidente de la Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichua del Ecuador (ECUARUNARI), a quienes, meses después, se los acuso de terrorismo, y se abrió una investigación contra ellos por parte de la Fiscalía.

Los informes emitidos luego, daban cuenta que la concentración tenía fines pacíficos. Además la única prueba expuesta por la Fiscalía en la acusación en contra de Delfín Tenesaca y Marlon Santi eran las esposas robadas, siendo que la policía informo que se perdieron, y que no identificaban a persona alguna que fuera responsable de ello.

En este caso, la lógica de la policía fue actuar con el fin de amedrentar a los pueblos indígenas para que no llegaran con sus propuestas a las autoridades que presidian el ALBA, además se hostigo a los líderes indígenas que propiciaban la defensa de los derechos de estos pueblos y nacionalidades. La institución de la policía, en coordinación con la fiscalía se convirtió en canales que permitieron la represión el derecho a la reunión y con ello ejercer libremente el derecho a la protesta social.

2.2 Investigación aplicada

Para sustentar las ideas desarrolladas a lo largo del trabajo de investigación se procedió a realizar una entrevista, técnica de investigación cualitativa. Se elaboró un material de cinco preguntas que fueron realizadas a algunas personas que han ejercido como dirigentes de sectores indígenas y que han sido promotores de la defensa de los derechos humanos, y que tienen relación con los hechos estudiados.

Busca demostrar los diferentes hechos conceptuales en relación a la protesta social, desde la óptica de los sectores involucrados, en este caso, a través de líderes y autoridades.

2.2.1 Métodos

El método usado es el cualitativo. A través de este método de estudio “no se busca generalizar los hallazgos a toda la población de casos similares, simplemente estudia cuán plausible es la lógica del análisis para desarrollar su base, una teoría nueva”⁸ en el sentido de que la relevancia de un caso y generalización no proviene del resultado estadístico, sino del lado lógico del análisis. Para esto se utilizó la observación, para describir la situación de la protesta, explicarla, e identificar las consideraciones que permiten verificarla.

La entrevista nos dio cuestiones valorativas sobre el concepto sociológico de la protesta social, entendida directamente desde los actores que han palpado la conflictividad social por la vulneración de sus derechos por parte de las acciones del Estado, dentro de sus territorios. La investigación social desarrollada pretende utilizar un método para obtener nuevos conocimientos basados en la realidad social, y en el diagnóstico de necesidades y problemas, para aplicar conocimientos con fines prácticos.

Obtuvimos la visión social de los postulados constitucionales sobre los derechos a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de reunión y asociación, y el derecho a la resistencia, en ámbitos donde la protesta social se ha convertido en una herramienta para oponerse a las acciones u omisiones de las instituciones estatales, que deben velar por la promoción de los derechos. Nos dieron pautas para considerar

⁸ Véase. Ander-Egg, Exequiel. Técnicas de Investigación Social. Ídem

a la protesta como un mecanismo para conseguir que el poder se democratice, de manera que pueda tomar decisiones en base a un debate deliberativo y amplio.

2.2.2 Técnicas

La técnica utilizada fue la entrevista. El modelo desarrollado consta en el Anexo I. Las preguntas que se plantearon guardan relación con el concepto de protesta social desde las siguientes líneas de investigación.

- La protesta social como el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, derecho a la libertad de reunión y asociación, y el derecho a la resistencia.
- La protesta social en escenarios en donde existen la constante vulneración de derechos, se convierte en el último recurso para levantar la voz de inconformidad, y con ello generar un aporte a la construcción de las sociedades democráticas.
- La visión de actores sociales sobre la criminalización del derecho a la protesta social, y la judicialización de personas que han ejercido legítimamente este derecho en escenarios de conflictividad.

2.2.3 Resultados

Los resultados obtenidos de la entrevista, provienen de actores sociales del sector en la paz Cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe. Se realizó la entrevista a cinco personas, de las cuales 4 son autoridades de junta parroquial, y una de ellas pertenece a organizaciones indígenas como el ACOKSY

Las respuestas se clasificaran según las ideas y patrones generales, de esa manera, se podrá mostrar los criterios relevantes del pensamiento de los entrevistados, en concordancia con los contenidos de la investigación realizada.

La edad de los entrevistados oscila entre 32 y 47 años. La edad de los entrevistados permite apreciar un criterio directo sobre la aplicación de los preceptos normativos en la realidad social, así como las consecuencias sociales de tal aplicación, y la interpretación de las normas jurídicas a la luz de hechos sociales concretos.

Presentamos a continuación las ideas generales de la apreciación de los profesionales sobre los temas indagados

PREGUNTA 1

Pregunta efectuada al señor Pablo Chalán, presidente de la Junta Parroquial de la Paz, cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe, el día lunes, 10 de junio de 2015 a las 10h00 AM.

¿Si entendemos a la protesta social como un derecho que nos permite reclamar el reconocimiento de otros derechos, cree usted que sería aceptable que se proteja a las personas que protestan?

El entrevistado respondió en base al siguiente criterio:

La protesta social es un derecho que permite a los ciudadanos poder alzar su voz en contra de decisiones de las autoridades que vulneren sus derechos. Es un derecho que se lo puede ejercer legítimamente, sin que por ello se deba tener miedo a represalias. Este derecho esta contenido en la constitución y en tratados internacionales de derechos humanos, no es posible que en el siglo XXI, no se proteja a los ciudadanos que ejercen sus derechos, y más bien se los persiga y se los atemorice con amenazas de penas o sanciones.

Los ciudadanos que se encuentran en vulnerabilidad son los más débiles, y los que más necesitan de este derecho y de la protección por parte del Estado. La vulnerabilidad puede ser dada por la propia omisión del Estado de brindar a tención a determinados grupos, por la invisibilización en que han estado siempre.

PREGUNTA 2

Pregunta efectuada al señor Walter Ovidio Vicente Salazar, vocal de la Junta Parroquial de la Paz, cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe, el día lunes, 10 de junio de 2015 a las 10h30 AM.

¿Considera que las manifestaciones colectivas realizadas en determinados lugares, como marchas, cortes de ruta, pueden ser consideradas como la libre expresión de ideas y pensamientos?

La respuesta del entrevistado se basó en el siguiente criterio:

Los ciudadanos tienen la libertad de expresar sus ideas y pensamientos libremente, esto lo hacen ejerciendo su derecho a la libertad de expresión reconocido

en la constitución, sin embargo este derecho tiene varias dimensiones, una de ellas es que la expresión puede canalizarse a través de varios procedimientos, uno de ellos es la palabra, en ese sentido, las manifestaciones públicas pueden ser consideradas como expresiones, en el entendido de que son acciones simbólicas que tienen como fin dar a conocer una idea o pensamiento, en este caso, la protesta social busca dar a conocer el desacuerdo y la inconformidad con la que se acoge una decisión o la falta de actuación de algún autoridad o institución del Estado, o como es en alguno de los casos, en contra de empresas nacionales e internacionales mineras que socavan los derechos de las comunidades indígenas.

PREGUNTA 3

Pregunta efectuada a la Srta. Lida Ortega Maldonado, vicepresidenta de la Junta Parroquial de la Paz, cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe, el día lunes, 10 de junio de 2015 a las 11:15 AM.

¿Si la protesta social nos sirve para hacer llegar nuestros reclamos a las autoridades, ello puede ser visto como un aporte a la democracia?

La respuesta de la entrevistada se basó en el siguiente criterio:

Es necesario realizar un análisis valorativo de la protesta, exclusivamente, en el continente americano con énfasis en Latinoamérica, de esa forma determinar cuáles son los elementos que permiten visibilizarla como una manifestación de un conflicto, mediante la evaluación de los mecanismos democráticos y de la democracia en su conjunto a la que da lugar la protesta. Estos conflictos manifestados determinan una reacción de los gobiernos de turno e incluso de los medios de comunicación.

PREGUNTA 4

Pregunta efectuada al señor Wilson Cartuche, vocal de la Junta Parroquial de la Paz, cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe, el día lunes, 10 de junio de 2015 a las 12:00 AM.

¿Cree usted qué la mejor forma de limitar un derecho que no es absoluto, es mediante el Derecho Penal?

La respuesta del entrevistado se basó en el siguiente criterio:

El uso del derecho penal puede ser un causante para criminalizar derechos. Ello se ve cuando se usa de forma errónea los presupuestos de la política penal, aduciendo que se resolverán problemas cuando se tenga prevista la consecuencia de una sanción privativa de libertad. Algunos penalistas han manifestado que el uso del Derecho Penal para resolver un problema de índole social, debe ser la última opción en la lista, para no dañar gravemente bienes jurídicos contenidos en los derechos. Se podrían usar el Derecho Civil o el Derecho Administrativo como soluciones jurídicas a los problemas que no se resuelven en el campo de la política.

Además cuando se usa el Derecho Penal para limitar derechos y no dañar otros derechos, se llega a criminalizar a través de tipos penales, que hasta un cierto punto permiten que se sentencie a penas a personas cuyo único afán era la defensa de los derechos.

En el tema de la protesta social. La criminalización de acciones que se dan en el curso de las protestas sociales es una tendencia que está de moda, y se lo realiza a través de delitos sumamente gravosos que apenas tienen correspondencia con las conductas objeto de represión.

PREGUNTA 5

Pregunta efectuada al Abg. Ángel Polivio Morocho Paqui, asesor jurídico de la gobernación de la provincia de Zamora Chinchipe, el día lunes, 10 de junio de 2015 a las 15:00 PM.

¿Cuál cree que es el pensamiento de las autoridades (policía, ministerio público, jueces) cuando tienen que tratar con ciudadanos, que están o han estado, en ejercicio de su derecho a protestar, a expresar sus ideas libremente, a reunirse y realizar manifestaciones?

La respuesta del entrevistado se basó en el siguiente criterio:

Normalmente, cualquiera de ellos, la policía, el ministerio público o los jueces, se comportan con la autoridad y sobre todo el poder que se les ha concedido, ejercen su poder de una manera "déspota". No tiene en cuenta si la manifestación es pacífica o no, lo único que saben es que tienen que solucionar el problema y ejercen su poder, provocando en numerosos de los casos que la manifestación cambie de carácter, y se

convierta en enfrentamientos, o a su vez que se generen controversias legales que traen consigo varias consecuencias jurídicas y personales.

2.3 Discusión

2.3.1 Verificación de objetivos

En el presente trabajo de investigación se ha llegado a determinar cuál es el alcance del derecho a la protesta social reconocido en el sistema interamericano, y que en el orden nacional se materializa a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y el derecho a la libertad de reunión ya asociación, y en los casos extremos por el derecho a la resistencia, consagrado constitucionalmente.

Si bien existen estos derechos constitucionalmente consagrados y mencionados anteriormente; se verifica que el uso del Derecho Penal en el Ecuador se muestra como figura atemorizante que motiva al objetivo de acallar a quienes plantean acciones colectivas en búsqueda de ser escuchados.

Se llegó a determinar que en el Ecuador, tras la creación y durante el proceso de aprobación de la Ley de Aguas y la ley de Minería, se iniciaron procesos penales en contra de líderes indígenas que propiciaban marchas ya acciones de protesta con el fin de no permitir que sus derechos fundamentales fueran conculcados.

Para determinar cuál es el margen de discrecionalidad presente al momento de judicializar la protesta social, se revisó los informes de Amnistía Internacional y de la Defensoría del Pueblo que relatan algunos casos en los que es plausible como las autoridades, la policía nacional, el ministerio público y los jueces, interpretan las acciones colectivas de protesta como actos que dan lugar a tipos penal graves como el sabotaje y terrorismo.

Para determinar si en los casos estudiados existió la restricción de derechos, se buscó analizar los hechos de los casos en concreto a la luz de los postulados sobre la materialización de la protesta y el tratamiento de esta como un mecanismo para alcanzar sociedades democráticas, así se pudo desarrollar los contenidos de los derechos contenidos en el derecho a la protesta a la luz de los hechos en concreto.

Finalmente para dar con uno de los objetivos específicos de identificar los procesos judiciales en los cuales se intente juzgar a defensores de derechos humanos y líderes de comunidades indígenas por el ejercicio del derecho a la resistencia, se tomó como referencia el caso de Pérez Guartembel, en cuya sentencia se establece como atenuante el sentido altruista de la acción, y en la que los jueces expresan su argumento, pobre, a favor de la protesta social.

CAPITULO III
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.1 Conclusiones

La investigación realizada sobre la protesta social en los escenarios del Ecuador, nos permite concluir que:

La protesta social es un derecho que está protegido por el sistema interamericano de derechos humanos, a través de las sentencias de la Corte IDH, en las que declara que el derecho a la protesta es un derecho que tienen las personas, el cual se puede materializar a través del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, libertad de reunión y asociación, Así también se encuentra protegido por la Constitución ecuatoriana, por la redacción de los derechos por los que se materializa.

El derecho a la libertad de expresión entendido desde la perspectiva de la materialización del derecho a la protesta social, debe ser entendido como aquel que permite la libertad de manifestarse a través de cualquier medio, para ello no solo debe ser analizado desde una dimensión individual, sino desde una dimensión social, colectiva, en la que pueden participar grupos sociales amplios que expresan su inconformidad con algunas acciones u omisiones del poder público o de empresas multinacionales mineras, en ese sentido, la Corte IDH ha declarado la existencia, dentro del contenido del derecho a la libertad de expresión, el derecho a criticar a las autoridades.

En cambio, el derecho a la libertad de reunión, debe ser utilizado para dar lectura a las acciones colectivas de protesta social, mediante las cuales, los ciudadanos libremente se reúnen para de forma colectiva levantar su voz de rechazo a políticas públicas determinadas por el Estado.

Los fenómenos de criminalización y judicialización de la protesta son mecanismos utilizados por las autoridades o Gobierno de turno para reprimir las acciones colectivas, y dejar sin efecto los reclamos de los grupos vulnerables que no tienen otro medio para reclamar, o que los que tienen no ha sido eficientes. La criminalización se da a través tipos penales que encierran en su redacción las conductas propias del ejercicio del derecho a la protesta social, ya sea porque las contienen directamente, o que por su naturaleza abierta, imprecisa pueden permitir ajustar entre su conducta típica las propias del ejercicio del derecho. La judicialización, en cambio, es el mecanismo a través del cual se siguen procesos judiciales a los líderes de protestas, por delitos graves, y se imponen sanciones privativas de libertad, con el único afana de reprimir su accionar en defensa de los derechos humanos.

Del estudio de casos se concluyó que en el Ecuador, existe el derecho a la protesta social, y que se ha utilizado la criminalización y judicialización, en ese sentido, por las protestas en contra de la Ley de Aguas y la ley de Minería, se siguieron procesos penales en contra de líderes de organizaciones indígenas y líderes de las protestas, estos procesos se centraban en explicar el accionar de los procesados como actos de terrorismo y sabotaje, para dañar el orden público constituido. Los tipos penales que se usaron para judicializar fueron, terrorismo, sabotaje, homicidio, obstrucción ilegal de vías públicas, paralización de servicios públicos. En ese mismo sentido, en el caso estudiado, la mayoría de ellos terminaban porque la fiscalía carecía de motivos suficientes para pedir acusar, por falta de prueba o por falta de nexos causales.

3.2 Recomendaciones

A manera de garantía normativa, que se desarrolle el contenido de la protesta social, a través de una norma de derecho secundario, en la que se prohíba la criminalización y judicialización de este derecho, y en las que regule el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de reunión y asociación en contextos de acciones colectivas llevadas a cabo por grupos de personas que reclaman la reivindicación o reconocimiento de sus derechos.

Que se capacite a los miembros de la policía nacional, a los fiscales, y a los jueces, sobre el tema del ejercicio del derecho a la protesta social, y sus derechos contenidos en él. Con la capacitación se debe buscar que los hechos ocurridos en los casos analizados no vuelvan a ocurrir y que en vez de reprimir a las acciones de protesta se busque canales de comunicación entre los grupos que protestan y las autoridades que están en encargo del poder público, para que tomen las medidas respectivas, para que no se sigan vulnerando los derechos vulnerados reconocidos en el bloque constitucional ecuatoriano.

Que se inste a la investigación a los estudiantes de la titulación de Derecho de la UTPL, en temas afines, con el fin de subsanar los vacíos conceptuales en temas de trascendencia en los que se involucra bienes fundamentales de ciudadanos de la patria ecuatoriana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Chicaiza Aguilar, Gloria. *Extractivismo minero: motivo de violación a los derechos humanos y de la naturaleza*. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4117/1/Chicaiza-Extractivismo.pdf>
- Defensoría del Pueblo de Ecuador. Coordinación de Políticas Públicas. *Informe temático. Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un estado constitucional de derechos*. Disponible en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf
- Gargarella, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno*. CEDEC. Quito. 2012
- Gargarella, Roberto. *Carta Abierta sobre la Intolerancia. Apuntes sobre Derecho y Protesta*. Editores Argentina. Buenos Aires. 2006
- Gargarella, Roberto. *El Derecho a la Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema*. 2007. Disponible en: www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf
- Hernández, Miguel. *El Derecho Constitucional a la Resistencia*. CEP. Quito. 2012
- INREDH. Mendoza Guaranda, Wilton. *La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia*. Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano. 2009. Disponible en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf
- INREDH. *Criminalización de los Defensores y Defensores de Derechos Humanos en Ecuador*. 2012. Disponible en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/criminalizacion2_defensores_instrumentos.pdf
- Ramos, María. *Imprecisiones respecto al Derecho a la Resistencia en el Ecuador*. Law Review de la Universidad San Francisco de Quito. Disponible en: http://issuu.com/idea-usfq/docs/lawreview_vol1_no1
- Resumen Ejecutivo. *Intervención minera a gran escala en Ecuador y vulneración de derechos humanos*. Caso Corriente Resources Inc. Disponible en: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/Resumen-Ejecutivo-Intervencion-Minera.pdf>
- CEDHU, Acción Ecológica, INREDH. *Criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza*. Septiembre 2011. Disponible en: <file:///C:/Users/DELL/Downloads/criminalizacion-a-defensores.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. 2008
- Ley de Minería. Quito. 2009

1. ANEXOS

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

TITULACIÓN DE DERECHO

ENTREVISTA

1. ¿Si entendemos a la protesta social como un derecho que nos permite reclamar el reconocimiento de otros derechos, cree usted que sería aceptable que se proteja a las personas que protestan?

2. ¿Considera que las manifestaciones colectivas realizadas en determinados lugares, como marchas, cortes de ruta, pueden ser consideradas como la libre expresión de ideas y pensamientos?

3. ¿Si la protesta social nos sirve para hacer llegar nuestros reclamos a las autoridades, ello puede ser visto como un aporte a la democracia?

4. ¿Cree usted qué la mejor forma de limitar un derecho que no es absoluto, es mediante el Derecho Penal?

5. ¿Cuál cree que es el pensamiento de las autoridades (policía, ministerio público, jueces) cuando se topan con ciudadanos en ejercicio de su derecho a protestar, a expresar sus ideas libremente, a reunirse y realizar manifestaciones?