



RESOLUCIÓN Nro. DP-DPG-DAJ-2018-037

Dr. Ernesto Pazmiño Granizo
DEFENSOR PÚBLICO GENERAL

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador establece que no se podrá restringir los derechos constitucionales, que se debe realizar la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos y que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos manifestos en la Carta Magna;

Que, el Art. 66 de la Constitución establece los derechos de libertad y de manera particular el numeral 6 determina el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones; y que el numeral 13 establece el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria;

Que, el artículo 75 de la Constitución estipula que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, y que en ningún caso las personas, pueblos y colectivos quedarán en indefensión;

Que, el artículo 76 de la Constitución establece las garantías básicas del debido proceso donde se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, entre ellos el numeral 1 establece que toda autoridad judicial debe garantizar el cumplimiento de los derechos de las partes y el numeral 7, literal a), establece que "nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y, en el literal g) del mismo artículo garantiza a toda persona el derecho a ser asistida en los procedimientos judiciales por una abogada o abogado de su elección, o por defensora o defensor público;

Que, el artículo 71 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema;

Que, el artículo 83 numeral 6 de la Constitución de la República reconoce entre los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas, el respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible;

Que, el artículo 98 de la Constitución de la República reconoce que 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;



Que, las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ reconocen el papel fundamental que ejercen las defensoras y defensores, y recomiendan: -No tolerar ningún intento de parte de autoridades estatales por poner en duda la legitimidad del trabajo de las defensoras y defensores de derechos humanos y sus organizaciones, -asegurar que el poder punitivo del Estado y sus órganos de justicia eviten hostigar a defensoras y defensores de derechos humanos, el uso excesivo de la fuerza en manifestaciones públicas y abstenerse de incurrir en cualquier tipo de injerencia arbitraria o abusiva en el domicilio o sedes de organizaciones de derechos humanos, así como en la correspondencia y las comunicaciones telefónicas y electrónicas de éstos así como otras actividades de recolección de inteligencia (Rec. 14).

Que, el informe de Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en la parte de conclusiones y recomendaciones, señala que hay una tendencia preocupante en cuanto a la criminalización de las actividades que llevan a cabo las defensoras de los derechos humanos con formas de criminalización, como la realización de investigaciones penales, la presentación de cargos, el procesamiento y la imposición de penas que iban desde multas hasta detenciones administrativas o largos períodos de encarcelamiento.²

Que, en resolución 1671 de 7 de junio de 1999 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos tomando en cuenta los principios establecidos en la Declaración sobre Defensores, exhortó a los Estados miembros "a continuar sus esfuerzos tendientes a otorgar a los defensores de derechos humanos las garantías y facilidades necesarias a fin de seguir ejerciendo libremente sus tareas de promoción y protección de los derechos humanos, en el plano nacional y regional, de conformidad con los principios y acuerdos reconocidos internacionalmente";

Que, el mandato 1 de la Asamblea Constituyente determinó que diversos pueblos de nuestro país, se han visto en la necesidad de ejercer el derecho al reclamo en defensa de los recursos naturales y por alcanzar una vida digna dentro de un ambiente ecológicamente sano y libre de contaminación;

Que, el Código Orgánico Integral Penal establece varios delitos relacionados con el terrorismo, sabotaje, sedición que demandan de un cuidadoso tratamiento a fin de evitar que haya un uso abusivo de estos tipos penales: Art. 366 terrorismo, Art. 345.- Sabotaje Art. 336 Rebelión, Art 346.- Paralización de un servicio público, Art. 262.-Paralización del servicio de distribución de combustibles, Art. 204.- Daño a bien ajeno, Art. 283, Ataque o resistencia, Art. 393 Contravenciones de primer orden, Art. 394, Contravenciones de segundo orden;

¹ CIDH, OEA/Ser.L/V/II.124 INFORME DE LA SITUACION DE DEFENSORES Y DEFENSORAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMERICAS

² A/HRC/16/44. Informe de la Sra. Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos 20 de diciembre de 2010



Que, el artículo 191 de la Constitución determina que la Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

Que, de acuerdo con el numeral 3 del art. 288 del Código Orgánico de la Función Judicial, compete al Defensor Público General expedir - mediante resolución-, reglamentos internos, instructivos, circulares, manuales de organización y procedimientos y cuanto instrumento se requiera para funcionar eficientemente;y;

Por estas consideraciones y en ejercicio de las competencias, funciones y atribuciones del Defensor Público;

RESUELVE

EXPEDIR EL INSTRUCTIVO PARA LA DEFENSA DE LAS PERSONAS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Artículo 1. Objeto.- Este instructivo tiene por objeto regular y orientar la actuación de los Defensores Públicos previo y durante las audiencias de flagrancia, en la fase de formulación de cargos, durante la revisión de medidas cautelares, y en general en todas las etapas del proceso penal con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, debido proceso, defensa y los demás derechos de las personas que han ejercido su derecho a protestar y resistir al proteger los derechos de la naturaleza, evitando la criminalización por manifestar disensos o enfrentarse con los poderes públicos o privados.

Artículo 2. Mecanismos para garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso.

- 2.1. La entrevista.** El defensor público deberá exigir entrevistarse con las personas sospechosas, denunciadas, procesadas por protestar.
- 2.2. La versión.** En cada momento procesal que sea posible, se deberá destacar la versión de la persona procesada en la que se enfatizará:
 - a. Las razones por las que protestaba;
 - b. El ejercicio de derechos, en particular de la resistencia;
 - c. La no intención de causar daños, cometer contravenciones o delitos.
- 2.3. Medios de comunicación.** Cuando las violaciones a derechos de las personas que protestan fueran reiteradas, graves, manifiestas, en coordinación con el Departamento de Comunicación, y con el conocimiento y autorización del Defensor Público Nacional, se recurrirá a realizar boletines de prensa o ruedas de prensa.



Artículo 3. Disposiciones generales.

Primera.- Sera obligación de los Defensores Públicos Provinciales y Defensores Públicos la aplicación de la presente resolución en sus ámbitos de competencia

Segunda. En los casos de litigio estratégico a que hace referencia la presente resolución, a más de las acciones detalladas en este instructivo, se aplicarán las disposiciones de la resolución N° DP-DPG-2016-044.

Tercera. Forma parte integrante de la presente resolución, el anexo de política de defensa de las personas que protegen los derechos de la naturaleza.

CÚMPLASE Y NOTIFIQUESE.-

Dada y firmada en la Defensoría Pública, en Quito, Distrito Metropolitano, el 8 de mayo de 2018.

Dr. Ernesto Pazmiño Granizo
DEFENSOR PÚBLICO GENERAL





ANEXO

NOTA EXPLICATIVA DE POLÍTICA DE DEFENSA DE LAS PERSONAS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

1. Parámetros para determinar la prioridad en estos casos.

La Defensoría Pública, cuando conozca de casos de criminalización de protesta, de oficio o a petición de parte, intervendrá en defensa de las personas sospechosas, detenidas, acusadas o procesadas por protestar. El Defensor tendrá en consideración al momento de iniciar el ejercicio de su defensa al procesado, los siguientes elementos que hubieren derivado en la protesta social, como antecedente de criminalización de las personas que participen en ella: a) Motivaciones de la participación de los involucrados reconociendo que el ejercicio de participación es derecho constitucional; b) valoración del carácter altruista de las expresiones de protesta; c) si la protesta responde a necesidades sociales, ambientales, o en general a aspectos protegidos por derechos ya sea humanos como de la naturaleza.

Con frecuencia y sistemáticamente los defensores de la naturaleza son sujetos a procesos penales con el objetivo de obstaculizar sus labores y desacreditar sus causas, haciéndoles más vulnerables de agresiones y ataques en su contra. Los procesos en mayor medida se siguen por tipos penales ambiguos y que revisten una mayor gravedad punitiva, por ejemplo, los tipos penales de "terrorismo", "sabotaje", "apología del delito" o en nuestro caso por el tipo penal de "ataque o resistencia a la autoridad", tipos que tienden a ser utilizados de forma arbitraria y direccionada.³ Esta situación va en contra del principio constitucional de la mínima intervención penal.

No es posible que se sancione por protestar y defender, por ejemplo, los derechos de la naturaleza, o por algún derecho en general. En el caso de que no exista una respuesta de ningún ente gubernamental ni una contestación estatal frente a lo que una persona considera necesario de defensa, el único mecanismo que queda es la protesta. Por el contrario, si una sociedad permite el silencio y el acallar toda organización y movimiento social, es una sociedad dominada, reprimida e inmovilizada. No es posible, ni debe ser posible, que no se permita la defensa de lo que se cree justo por el temor a ser procesado por un delito.

El orden jurídico reconoce la dignidad de la persona y la libertad de expresión a la cual tiene derecho. De nada serviría, por lo tanto, que se le reconozca esa dignidad, si no se le permite expresar su libertad de conciencia. Para ello se posibilita el derecho a unirse con otras personas que compartan sus posiciones y lo expresen públicamente, y es lamentable que se pretenda rastrillar los códigos penales a través de la aplicación de tipos penales que tienen otro objeto de protección, para sancionar estas conductas que pertenecen al ámbito de la libertad ciudadana.

³ CIDH, OEA/Ser.L/V/II.124 INFORME DE LA SITUACION DE DEFENSORES Y DEFENSORAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMERICAS, 2015.



2. Elementos jurídicos para el patrocinio judicial y extrajudicial en estos casos

2.1. Impedir la prisión preventiva como medida cautelar.

Al iniciar un proceso penal, el primer objetivo en la defensa debe ser la posibilidad de que no se dicten medidas cautelares, o que en el caso de que se soliciten, éstas sean alternativas a la prisión preventiva. Para eso necesariamente la defensa debe centrarse en que la Fiscalía demuestre, no simplemente que enumere, sino que demuestre que se cumplen los cuatro requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, es decir: - Que existan elementos de convicción sobre la existencia de un delito; - elementos de convicción sobre que el procesado es autor o cómplice; - indicios sobre que las demás medidas no privativas no son suficientes y que es necesario privar de la libertad; y, - que se trate de una infracción con pena superior a 1 año.

Hay que tomar en cuenta que, en el tercer requisito es donde se producen una serie de arbitrariedades, la prisión preventiva como medida más fuerte dentro del proceso penal tiene que ser excepcional, ser aplicada únicamente para los delitos más graves. Además, en cada caso se tendría que probar que las demás medidas no privativas de libertad no son suficientes para garantizar la inmediación del procesado al juicio.

Es en este presupuesto subjetivo donde recae la irresponsabilidad del abuso de la prisión preventiva, debido a que en la generalidad no existe una debida justificación de parte de la Fiscalía para sustentar la necesidad de la privación de libertad del procesado o a su vez la motivación del por qué las demás medidas no privativas no son suficientes.

Estos requisitos se han vuelto parte de una mera declaración en la solicitud fiscal, sin el fundamento respectivo para que proceda la interposición de la medida cautelar más severa, con lo cual dicha solicitud se vuelve infundada y no debería ser tomada en cuenta por parte del juez de garantías penales, que como su cargo lo denota, está encargado de garantizar el debido proceso y el respeto absoluto a los derechos de las partes procesales.

2.2. Falta de conducta típica.

Los defensores deberán partir del hecho de que las personas ejercen sus derechos a asociarse, expresarse, manifestar su opinión en espacios públicos, petición y a resistir, derechos todos amparados por la Constitución. Las personas que, individual o colectivamente, protestan no tienen la intención positiva de cometer delitos.

Por ejemplo, en el caso que se procese por el delito de ataque o resistencia. El tipo penal está establecido en el artículo 283 del Código Orgánico Integral Penal, el cual tiene una pena privativa de libertad de 6 meses a 2 años, con el

MR
AS



agravante de que si es cometida por muchas personas la pena se eleva de 1 a 3 años de privación de libertad.

Este tipo penal fue creado y pensado para ciertas circunstancias específicas, para aquellos operativos para atacar el contrabando, en los cuales comúnmente se producen situaciones de violencia entre los policías y contrabandistas, o a aquellas situaciones que por orden de autoridad competente se debe secuestrar un bien, produciéndose situaciones de alta conflictividad entre los poseedores del bien con los acreedores y policías, es decir, circunstancias de otra magnitud y consideración.

Cuando defensoras y defensores de derechos de la naturaleza inician una protesta o paralización, obviamente lo hacen sin la intención de provocar daños a terceros o de atacar a miembros policiales.

Los defensores de los derechos de la naturaleza se están resistiendo a políticas públicas o al poder de las grandes corporaciones, por lo tanto, cuando existan circunstancias donde se producen situaciones de conflictividad entre los manifestantes y los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, no se debería abrir una investigación o iniciar un proceso penal por un delito cuya pena es mayor y que pretende enfrentar otras circunstancias.

Estas circunstancias bien podrían estar contempladas dentro una contravención de segunda clase establecida en el artículo 394 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere exactamente a la persona que maltrate o agrede a agentes encargados de precautelar el orden público en el ejercicio de sus funciones y que tiene una pena privativa de libertad de 5 a 10 días. La tipicidad de la conducta se encasilla de mejor manera en la contravención, que en un delito que tiene como bien jurídico proteger la administración pública, a la cual no se la está afectando de ningún modo.

En las diferentes etapas procesales, el pedido concreto debe estar direccionado a que existe otro tipo penal cuya consecuencia jurídica es más leve y que se adecúa de mejor manera a las circunstancias del hecho, por lo tanto, en estricto cumplimiento del principio *in dubio pro reo*, el tipo penal a aplicarse debe necesariamente ser el que más beneficie a la persona encausada.

El principio constitucional de *in dubio pro reo* no se agota simplemente en cuestiones adjetivas o procesales referentes a la prueba, sino cuando existan dudas sobre cualquier circunstancia jurídicamente relevante, en la que la decisión debe ser la más favorable para el procesado.

2.3. Ausencia de antijuridicidad.

No existe conducta punible cuando la persona ejerce derechos. Por lo mismo, no se podrá sancionar a una persona que realiza actos que están permitidos y amparados por la Constitución. En este sentido, si se producen infracciones tipificadas en la ley penal, el defensor deberá argumentar que el máximo deber



del Estado es garantizar los derechos y que éstos prevalecen frente a otras conductas.

Según la doctrina, en Derecho, existen causas de justificación para el cometimiento de un ilícito, entre éstas está el ejercicio de un derecho, lo cual provoca que la antijuridicidad quede desvirtuada y por lo tanto la conducta deja de ser punible, impidiendo que al autor del hecho se le pueda imponer una sanción penal.

El ámbito de las causas de justificación se extiende hasta donde llegue la protección del bien que, por renuncia del titular o por mayor importancia de otro, se permite atacar o vulnerar. El ejercicio legítimo de un derecho es quizás la que más claramente tiene el carácter de causa de justificación y, hasta cierto punto, es una declaración superflua, pues igualmente tendría valor justificante, aunque no se mencionara expresamente en el catálogo de las eximentes.”⁴

El artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, no considera como causa de justificación al ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, esa no puede ser una condición para que no se pueda alegar, ni tampoco para que jueces probos no apliquen una causa, quizá la más importante, de exclusión de antijuridicidad.

Conforme el artículo 29 del COIP, la conducta es jurídica por tratarse del ejercicio del derecho a la resistencia y la protesta, sino que en aquellos casos en los que los defensores de la naturaleza defienden sus hábitats afectados, sus tierras y su entorno, su accionar además se justifica a través de la legítima defensa como causal que excluye la antijuridicidad.

La legítima defensa se basa en el principio que por regla general nadie está obligado a soportar lo injusto⁵. Necesariamente en estos casos, en los que obviamente la conducta de los manifestantes no sea excesiva, la represión de las fuerzas de seguridad del Estado para repeler la protesta social podría entenderse como ilegítima, situación en la que es necesaria la defensa a través de un medio racional, y, por último que la protesta no se debe entender como un mecanismo de provocación suficiente para que los miembros policiales hagan uso de manera violenta de la dotación que les proporciona el Estado justamente para la seguridad ciudadana. Es en estos casos, donde se criminaliza a los defensores de la naturaleza, donde puede existir una legítima defensa, como circunstancia que excluya la antijuridicidad de su conducta.

Finalmente, dentro de la antijuridicidad material, hay que mencionar al principio de lesividad, contemplado en el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal, el cual establece que para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código. Consecuentemente, se establece la exigencia de

⁴ Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 2012, pág. 111

⁵ Eugenio Zaffaroni, *Estructura básica del Derecho Penal*, Editorial Ediar, 2011, pág. 193.



que para que una conducta sea antijurídica, debe necesariamente lesionar o provocar un daño de una magnitud tal que merezca la intervención del Derecho Penal.

No cabe responsabilidad penal sin la afectación seria a un bien jurídico penalmente tutelado. La paralización de una vía pública, ni un daño menor a un bien ajeno, puede posibilitar a que se criminalice la protesta social y a los defensores de la naturaleza. No existe daño grave a ningún bien jurídico, y por tal razón, al no cumplirse con la antijuridicidad material, la conducta no debe ser punible.

2.4. Derecho penal mínimo y oportunidad.

Si existen elementos para considerar que la Fiscalía y el juzgador aplicarán medidas o penas privativas de libertad, de acuerdo al mandato del derecho penal mínimo, se exigirán penas proporcionales basadas en la premisa de que las personas no protestan para delinquir sino para exigir derechos.

El sistema procesal penal vigente en el Ecuador es el sistema acusatorio oral, en el que la Fiscalía tiene la exclusividad del ejercicio de la acción penal, el cual tiene varios principios, pero son dos los que el constituyente estableció en el Art. 195 como los más importantes que rigen el sistema penal. Estos son el principio de mínima intervención penal y el principio de oportunidad.

Según el principio de mínima intervención, el Derecho Penal es el último recurso legal a utilizar a falta de otros medios menos lesivos y represivos, por lo tanto, el poder punitivo del Estado, únicamente se aplicará para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir.

El Derecho Penal no se debe aplicar frente a cualquier circunstancia que creamos que es delito, sino únicamente frente a las conductas que producen mayores daños, y esta intervención se debe realizar cuando sea necesaria como una respuesta a los delitos que afecten bienes jurídicos de mayor importancia y cuando esa afectación sea de una gravedad tal, que no pueda ser regulada o sancionada bajo otras formas legales en las que no entre el Derecho Penal.

Por otra parte, el principio de oportunidad se refiere principalmente a que en función de la inmensa cantidad de trabajo que tiene la Fiscalía y la función judicial, los esfuerzos y recursos que invierta la fiscalía en la persecución de los delitos, sea estratégico. Es decir, la Fiscalía debe actuar con mayor conciencia sobre el uso de los recursos del Estado, ya que debería concentrarse en los delitos que afecten gravemente bienes jurídicos individuales, colectivos o generales.

Por ejemplo, en un caso que se procese por paralización de un servicio público al haberse cerrado una vía o carretera, por el principio de oportunidad ese es un caso que no debería movilizar a todo el sistema de administración de justicia.

2.5. Casos en los que invoque el delito de terrorismo.

En todo caso en que se investigue o acuse a una persona de haber cometido terrorismo, de conformidad con el tipo penal establecido en el Art. 366 del COIP, la persona defensora deberá establecer que la conducta realizada no se adecúa a los elementos objetivos del tipo penal.

Para que se pueda procesar por el tipo penal de terrorismo son necesarios los siguientes elementos: (i) formar asociaciones armadas, (ii) mantener en estado de terror a la comunidad, (iii) actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o actos que pongan en peligro edificaciones o medios de comunicación, (iv) valerse de medios capaces de causar estragos. Estos elementos deben ser comunes, es decir, no vale con que se haya cumplido uno de ellos, sino que todos los elementos anteriormente señalados deben verificarse, y en el caso de que se cumplan, además se tiene que establecer la existencia del dolo como elemento fundamental del tipo, el tener la intención de generar terror en la comunidad a través de medios capaces para hacerlo que pongan en peligro vidas, edificaciones, medios de comunicación o transporte.

La importancia de que las tipificaciones y definiciones a nivel interno relativas al terrorismo sean formuladas de manera precisa ha sido destacada por varios órganos y expertos de las Naciones Unidas, quienes han expresado que la imprecisión facilita que los operadores de justicia realicen interpretaciones amplias, lo que trae como consecuencia que se sancionen conductas que no corresponden con la gravedad y naturaleza del delito de terrorismo.

Por lo tanto, un conflicto con las fuerzas de seguridad a causa de una protesta social no puede derivarse en un proceso por terrorismo, puesto que no se tiene ni los medios ni los fines propuestos del tipo penal señalado. Las personas o colectivos que protestan buscan reclamar derechos no provocar terror. La finalidad de la conducta es vital en casos de protesta, además de que la carga probatoria la tiene el órgano persecutor del Estado, consecuentemente, es a la institución titular de la acción penal, la que debe probar el terror generado en un sector de la población, así como los medios utilizados para generarlo, sino se demuestra estos dos factores el caso no debería llegar a una etapa de juzgamiento.

1413
A