



DOI: <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v8i3>

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Investigación

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

The unconstitutionality of violating the right to freedom based on the principle of demonstration and resistance

A inconstitucionalidade da violação do direito à liberdade com base no princípio da manifestação e resistência

Juan Carlos Aguiar Chávez ¹
juankach@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8231-5158>

Correspondencia: juankach@hotmail.com

***Recibido:** 29 de mayo del 2022 ***Aceptado:** 02 de junio de 2022 * **Publicado:** 14 de julio de 2022

I. Magíster Abogado, Investigador independiente, Guayaquil, Ecuador.

Resumen

El derecho a la Libertad, considerado como uno de los fundamentos de la Democracia, en sentido positivo; y, que forma parte esencial de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, en donde los derechos por imperativo constitucional están protegidos en calidad de bienes jurídicos por la Constitución del Ecuador y bajo el principio de Supremacía Constitucional, todo el ordenamiento jurídico legal, debe guardar relación y armonía con el texto constitucional. Por lo cual, una norma no puede menoscabar los derechos humanos que positivados en la Carta Magna son de carácter fundamental, de clausula abierta y de protección estatal.

Bajo este contexto, el derecho de libertad de asociarse y manifestarse se encuentra contemplado en el art. 66 numeral 13 de la Constitución de la República del Ecuador, incluso la norma constitucional, dispone que esta asociación y manifestación sea considerada de manera libre y voluntaria. También el texto garantista de la Constitución Ecuatoriana, protege el derecho a la resistencia en su art. 98 y dispone, bajo esta concepción, se estaría ejerciendo una Democracia enmarcada en el patrón Garantista del Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, que claramente estaríamos viviendo en una sociedad en donde la Democracia permite la Gobernabilidad y el efectivo goce de los derechos fundamentales.

Por lo cual, es importante, establecer que la norma penal adjetiva ecuatoriana, Código Orgánico Integral Penal, sanciona estas conductas permitidas por la Constitución, por lo cual, es necesario realizar un análisis pormenorizado y establecer si la norma penal no contradice los principios de manifestación y resistencia constitucional en la garantía de la Libertad, y si, esta norma no constituye un exceso al IUS PUNIENDI del estado.

Palabras Claves: democracia; derechos; manifestación; resistencia; violentar.

Abstract

The right to Freedom, considered as one of the foundations of Democracy, in a positive sense; and, which is an essential part of a Constitutional State of Rights and Social Justice, where rights by constitutional imperative are protected as legal goods by the Constitution of Ecuador and under the principle of Constitutional Supremacy, the entire legal system must keep relationship and harmony with the constitutional text. Therefore, a norm cannot undermine the human rights that positive in the Magna Carta are of a fundamental nature, with an open clause and state protection.

In this context, the right to freedom of association and demonstration is contemplated in art. 66 numeral 13 of the Constitution of the Republic of Ecuador, including the constitutional norm, provides that this association and manifestation be considered freely and voluntarily. Also the guarantee text of the Ecuadorian Constitution, protects the right to resistance in its art. 98 and provides, under this conception, a Democracy framed in the Guarantor pattern of the Constitutional State of Rights and Social Justice would be exercised, that clearly we would be living in a society where Democracy allows Governance and the effective enjoyment of fundamental rights.

Therefore, it is important to establish that the Ecuadorian adjective penal norm, Organic Comprehensive Penal Code, sanctions these conducts allowed by the Constitution, for which it is necessary to carry out a detailed analysis and establish if the penal norm does not contradict the principles of manifestation. and constitutional resistance in the guarantee of Freedom, and yes, this norm does not constitute an excess to the IUS PUNIENDI of the state.

Keywords: democracy; Rights; manifestation; endurance; force.

Resumo

O direito à Liberdade, considerado como um dos fundamentos da Democracia, em sentido positivo; e, que é parte essencial de um Estado Constitucional de Direitos e Justiça Social, onde os direitos por imperativo constitucional são protegidos como bens jurídicos pela Constituição do Equador e sob o princípio da Supremacia Constitucional, todo o ordenamento jurídico deve manter relação e harmonia com o texto constitucional. Portanto, uma norma não pode prejudicar os direitos humanos que positivados na Carta Magna são de natureza fundamental, com cláusula aberta e proteção estatal.

Nesse contexto, o direito à liberdade de associação e manifestação está contemplado no art. 66 o número 13 da Constituição da República do Equador, inclusive a norma constitucional, dispõe que esta associação e manifestação sejam consideradas livre e voluntariamente. Também o texto de garantia da Constituição equatoriana, protege o direito à resistência em seu art. 98 e prevê, sob essa concepção, que se exerceria uma Democracia enquadrada no padrão Garantidor do Estado Constitucional de Direitos e Justiça Social, que claramente estaríamos vivendo em uma sociedade onde a Democracia permite a Governança e o gozo efetivo dos direitos fundamentais.

Portanto, é importante estabelecer que a norma penal adjetiva equatoriana, Código Penal Orgânico Integral, sanciona essas condutas permitidas pela Constituição, para as quais é necessário realizar uma análise detalhada e estabelecer se a norma penal não contraria os princípios da manifestação e

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

resistência constitucional na garantia da Liberdade, e sim, esta norma não constitui um excesso ao IUS PUNIENDI do Estado.

Palavras-chave: democracia; Direitos; manifestação; resistência; força.

Introducción

Estado de Arte

1.2.- Estado situacional del análisis:

Posterior a la promulgación de la constitución del año 2008, el Ecuador se estableció como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, bajo la doctrina del Neo constitucionalismo en donde los grupos minoritarios, que devengan su activa participación democrática, se ven impedidos legalmente, es decir, por vía legal, se sometió o se doblego a la minoría de sus derechos fundamentales.

Por esta razón, el legislativo, incorpora en la legislación en especial la penal, los delitos de ataque y resistencia; así, como el de rebelión, en sus artículos 283 y 336 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Con lo cual, se establece una serie de contradicciones que afectan al derecho de la libertad, y por ende, los mecanismos para recuperar en ultima ratio la Democracia como es el principio de manifestación y resistencia (impedidos por vía legal); para favorecer la colonización de los poderes del estado.

Por otro lado, el art. 424 de la Constitución del Ecuador, dispone por imperativo Constitucional la SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL; por lo cual, las disposiciones legales del COIP, son inconstitucionales. Además que existe una subjetividad en la norma penal, en el caso de ataque y resistencia que dispone "ataques contra bienes protegidos"; sin determinar qué tipo de ataques y cuáles son los bienes jurídicos protegidos.

De la misma manera el tipo penal de rebelión dispone afecte el legítimo derecho a la resistencia; es decir, se basa en subjetividades. Por estas razones las normas nos claras, y permiten bajo la subjetividad sancionar cualquier conducta que se enmarque en esta normativa lo que vulnera el derecho a la libertad en sentido positivo.

Entonces la esencia de análisis sería que si la aplicación del tipo penal de la rebelión y ataque y resistencia, violenta el derecho constitucional a libertad en el principio de la manifestación y resistencia.

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

1.3.- Definiciones fundamentales

Ataque.- Lesionar un derecho. El delito de resistencia es oponer fuerza, bien activa o bien pasiva, a la acción de la autoridad o sus agentes con el fin de impedir la efectividad de sus determinaciones.

Desobediencia Civil.- Rebelión pacífica o resistencia pasiva, que conducen a guerras civiles, en donde la autoridad aun sin derecho, no puede tolerar el desquiciamiento de los servicios públicos; siendo el objetivo principal de la desobediencia civil el cambiar el orden social o político.

Rebelión.- Alzamiento en armas cuya finalidad es cambiar la Constitución, deponer los poderes públicos del gobierno nacional, o impedir el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o legales.

Resistencia.- El derecho que tiene el pueblo a resistir, incluso por la insurrección por los actos de gobierno que atentan contra las libertades garantizadas constitucionalmente.

Como parte inicial, se va desarrollar los antecedentes de las principales instituciones derecho a la libertad y sus principios de manifestación, resistencia dispuesta en la Constitución de la República del Ecuador.

2.-1. Antecedentes del derecho a la libertad

De conformidad a la objeto de estudio debemos enmarcarnos en el derecho a la libertad individual, puesto que la manifestación y resistencia son principios propios introducidos de manera constitucional para que las personas puedan hacer uso de estos principios en favor de sus derechos; y, su limitación lesiona el derecho a la libertad personal.

El derecho a la libertad individual fue concebido como un valor sustantivo, conjuntamente con otros valores como la propiedad e igualdad. Estos valores nacieron por la constante lucha de poder y libertad entre la monarquía y el pueblo, que generaron una reacción que dio origen al primer evento jurídico político que es la carta magna de 1215, pasando por otros acontecimientos hasta concluir con las revoluciones Norteamericana y Francesa; que posteriormente se convertirían en derechos humanos, que fueron de carácter imperativo para los estados que conforman parte de la Convención de los Derechos Humanos, derechos políticos y derechos de la libertades del hombre.

Con este breve antecedente podemos, establecer que el nacimiento del derecho a la libertad es sentido negativo, y por su evolución en la actualidad es un derecho en sentido positivo. Para poder efectivizar estos derechos en especial en países Occidentales se estableció la Constitución, en donde reposa estos derechos humanos positivados y adquieren la calidad de derechos fundamentales, junto con los

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

principios constitucionales, que generan una serie de libertades, derechos y obligaciones entre el estado y la sociedad.

1.2. El principio constitucional a la manifestación.

Este principio constitucional, que está contenido en el derecho humano a la libertad, para algunos doctrinarios, el principio de manifestación adquiere la categoría de derecho, pero en todo caso, lo que se debe entender es que este derecho está derivado del derecho a la libertad individual en sentido positivo; por esta razón el Informe Anual, de la CIDH, del año 2005, en donde se realizó la ponencia de "*Mejores práctica de libertad de reunión pacífica*"; sustentado por Maina Kiai; y que explico que el derecho a la manifestación pacífica, si bien es un derecho humano contenido en las libertades de reunión y de expresión, merece ser tratado de manera especial debido a que representa un modo de acción cívica para la exigencia y la defensa de derechos, altamente sensible a reacciones de gobierno y a políticas de Estado incompatibles con los derechos humanos¹.

La manifestación es un principio con rango de derecho derivado del derecho a la libertad, y su finalidad es la reunión pacífica de personas (sociedad), para exigir al gobierno sus derechos y defensa de los mismos, esta manifestación siempre está acompañada de movilizaciones, concentraciones, consignas a favor de los derechos y la participación activa de toda la sociedad o de un grupo de ellas. La manifestación en otras legislaciones como en Perú y se encuentra normada como como el derecho de reunión, y que hace un alcance a este derecho el Dr. Carlos Mesía, que dice. "*Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentra debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho sólo se va restringido pro causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de los que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad)*"².

2.1.- La manifestación en el texto Constitucional

La Constitución de la República del Ecuador, garantiza este principio, que se encuentra en la capítulo sexto, que trata sobre los Derechos de Libertad, y el art. 66 en su numeral 13, dispone: "Art. 66.- Se

¹ <https://www.civilisac.org/nociones/derecho-a-la-protesta-pacifica>.

² MESÍA, Ramírez Carlos, "Mis decisiones básicas y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional"; Editores Jurista, Lima- Perú, 2010, pág. 702

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

reconoce y garantizará a las personas: 13.El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria”.

Como lo dispone el art. 66 numeral 13 de la Carta Magna, el principio (derecho) de manifestación forma parte de los derechos de libertad, es decir, se confirma la tesis constitutiva del derecho constitucional, que la manifestación se deriva del derecho de la libertad en sentido positivo, pero el texto constitucional bajo su fundamento garantista, protege este principio (derecho); al reconocer y garantizar, por lo cual, existe el reconocimiento tácito de la manifestación y se garantiza que este se efectivice por medio de su ejecución y que está asignado por mandato constitucional a las personas. Está manifestación se garantiza de manera libre y voluntaria, razón más que suficiente, para que el Estado, no pueda bajo el IUS PUNIENDI, limitar la ejecución de este principio con rango de derecho, ni tampoco pueda excederse en contra de las personas que manifiestan de manera pacífica sin existir violencia actúa e ilegítima. Por lo que se debe establecer los mecanismos idóneos para no limitar el derecho ni tampoco causar daño o lesiones a las personas, es decir, debe precautelar el orden público.

1.3. El principio constitucional a la resistencia.

Como preámbulo, para el análisis de este principio a la resistencia, debemos hacer referencia a lo que dispone el Dr. Bayardo Moreno-Piedrahita Tatés. Que dice:

"En las 20 Constituciones y sus Reformas que se han aprobado en la vida de la República, a excepción de la que se encuentra en vigencia, no aparecen en forma directa dos derechos necesarios e insustituibles para que el pueblo, en forma individual o colectiva, pueda ejercer su natural derecho de defensa, sobre todo de la arbitrariedad y el abuso de los poderes públicos; más aún, en la vida del Estado Constitucional Moderno, hoy conocido como Estado Social de Derecho, que predomina en la mayoría de países democráticos que han organizado a esta clase de Estado sobre la base de la libertad, convertido en algunos países en estado totalitario sin respeto a la Constitución y la Ley"³

El Ecuador bajo la Constitución del 2008, se proclama como un “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”; este carácter de Estado Constitucional de Derechos, establece un cambio de paradigmas frente al Estado de Derecho de la Constitución de 1998. En la Carta Magna de 1998 la ley imperaba por sobre los derechos humanos, muy por el contrario la Carta Fundamental del 2008, impone a la Constitución y los Derechos

³ <https://www.derechoecuador.com/el-derecho-de-resistencia-y-la-constitucion-del-2008>

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

Humanos por sobre la ley; por lo cual, el derecho a la libertad en sentido positivo se vincula a los demás principios con rango de derecho, como es de resistencia y que el Estado debe garantizar su eficaz desarrollo y establecer límites y su alcance, pero podemos definir, que el derecho a la resistencia es estar en abierta oposición a acciones u omisiones que atente los derechos fundamentales, y una herramienta jurisdiccional, sería la acción de protección.

Se vincula este principio con rango de derecho, a la Democracia participativa y su forma de organización del poder, como garantía del derecho a la libertad positiva de resistir a los actos u omisiones de personas naturales o jurídicas no gubernamentales, es decir, que no formen parte del estado.

3.- La resistencia en el texto Constitucional

La Constitución de la República del Ecuador, también garantiza el principio a la resistencia, que se encuentra en TITULO IV; PARTICIPACION Y ORGANIZACION DEL PODER; Capítulo primero; Participación en democracia; Sección primera; Principios de la participación; Sección segunda; Organización colectiva; art. 98, que dispone: "*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*".

Este articulado de carácter constitucional, norma el alcance del principio de la resistencia, que se enmarca en la resistencia a que se vulnere o puedan vulnerar derechos constitucionales y además, demandar el reconocimiento de nuevos derechos, es decir, canaliza una vía rápida para establecer el bloque de constitucionalidad, pero no existe un límite, por lo cual, ante cualquier vulneración de un derecho constitucional se podría establecer el principio de la resistencia en sentido positivo. Por otro lado, establece contra quienes se puede ejercer la resistencia y establece que pueden ejercerlas los individuos y colectivos. Finalmente, contra quien se puede hacer adjetivar el derecho y establece tres categorías excluyentes entre sí:

- a) acciones u omisiones del poder público;
- b) acciones u omisiones de las personas naturales; y
- c) de las personas jurídicas no estatales.

Con este antecedente, se debe establecer un límite de garantía del principio a la resistencia (derecho); cual debería estar normado en una ley especial o en Código Orgánico Integral Penal.

4.- SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Para que se garantice el derecho a la libertad en sentido positivo, esta debe estar dotada de una potestad jerárquica superior, por ello, es necesario establecer que anteriormente en el Estado de Derecho, se basó en la Constitución Política del Ecuador, en el principio de la SUPRA-LEGALIDAD, es decir, la ley con su fuerza normativa era la que establecía el orden jurídico constitucional, la ley doblegaba a los derechos humanos, por el contrario, en la Constitución del 2008, se establece el Neo-constitucionalismo garantista y se introduce el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social donde se produce el cambio de paradigma, que es el la SUPREMACÍA de la Constitución, por lo cual, los derechos humanos doblegan a la ley, y se debe preservar el núcleo duro de los derechos y su carácter esencial.

Para el maestro del Derecho Constitucional Venezolano Dr. Jesús María Casal, ante este fin de supremacía explica:

“...Desde la primera corriente se propugna un replanteamiento de la bases históricas el control judicial de la constitucionalidad de la ley y se pone en entredicho la "supremacía judicial"; como noción acuñada en los Estados Unidos para referirse a la superioridad de los jueces, en especial de la Corte Suprema, en la interpretación de la Constitución”⁴

Para este fin, es necesario matizarlo con una constitución escrita, como efecto se lo ha venido haciendo a lo largo de las 21 constituciones de la vida Republicana del Ecuador, es por ello:

“El principio de supremacía constitucional establece que la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las disposiciones normativas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, ya que caso contrario carecerán de eficacia jurídica. Este principio es característico de un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual todos los poderes y autoridades públicas deben someterse a la Constitución, ya que esta le otorga validez jurídica a las disposiciones normativas que el operador jurídico aplica y es la razón por la cual se legitima su actuación; es más, dentro de un Estado constitucional, los derechos contenidos en la Constitución cumplen un doble papel, tanto como fundamento y límite de la actuación de los poderes públicos.”⁵

⁴ CASAL, Jesús María, "La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo, Universidad Andres Bello, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, pág. 213.

⁵ <https://www.derechoecuador.com/principio-de-supremacia-constitucional>

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

La supremacía de la Constitución, se encuentra normada en la Constitución en el art. 424, que dispone:

*"Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"*¹⁰.

La norma Constitucional, en relación a la SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, establece que la Constitución es la norma suprema, es decir, le da el carácter jerárquico de superioridad y además que predomina sobre el ordenamiento jurídico, es decir, la legislación interna del estado. Por otro lado, la SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, también advierte, que las normas (leyes, reglamentos, etc.) y los actos (administrativos y judiciales); deben tener coherencia material y formal con las disposiciones constitucionales, y su efecto contrario es que no tendrán eficacia jurídica.

Bajo este principio Universal si una norma del Código Orgánico Integral Penal, no se vincula a las disposiciones constitucionales, la normas carecen de eficacia jurídica, nos inaplicables, e incluso se podría solicitar una acción de inconstitucionalidad de la norma.

5.- ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE REBELIÓN, ATAQUE Y RESISTENCIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

En el tratamiento de este capítulo, desarrollaremos los tipos penales de rebelión y ataque y resistencia tipificados y sancionados en el Código Orgánico Integral Penal, y también abordaremos a la institución de la desobediencia civil, para enlazar el capítulo I, con el III, de esta investigación para efectivizar los objetivos planteados.

5.1. Antecedente del tipo penal de rebelión

La historia de construcción de los derechos humanos, como se dijo tiene como base los valores sustantivos de la libertad en sentido negativo, la igualdad y la propiedad. Una de estos valores sustantivos de importancia es el valor sustantivo a la libertad, que influyó para que las personas que ante las formas de Gobierno como la Monarquía, Aristocracia, Tiranía, y demás; han violentado estos valores y han reprimido cuando una persona ha tratado de manifestarse, es por ello, que luego de un

proceso evolutivo de los valores sustantivos que se perfecciono con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano, en donde como derechos complementarios se garantizó el derecho a la rebelión y a la resistencia, para que los gobiernos sean responsables de sus actos ante los ciudadanos.

Este principio con rango de derecho, por su vinculación directa al derecho de libertad en sentido positivo; es el camino que garantiza a la población a manifestar en contra del exceso del poder por parte del Estado cuando este pretende violentar derechos fundamentales, implementar políticas públicas que afectan al interés económico social, imposiciones de impuestos, etc., y que el pueblo tiene como garantía contra estas políticas gubernamentales la rebelión inclusive por este medio derrocar al gobierno de turno en casos extremos y que nuestro país en varias ocasiones así, ha procedido.

5.1.1.- La rebelión como conducta penalmente relevante en el Ordenamiento Jurídico Penal Ecuatoriano.-

Como se examina, el Estado, debe salvaguardar su legitimidad como gobierno, es por ello, que frente a un exceso (justificación estatal) y bajo el principio de la Democracia, es necesario que esta conducta se encuentra normada bajo el principio de legalidad, es así, que este tipo penal existe en la mayoría de países Iberoamericanos, en el caso Ecuatoriano, este figura se encuentra en el CAPITULO SEXTO; DE LOS DELITOS CONTRA LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL; Sección Única; que trata de los delitos contra la seguridad pública, y que está tipificado y sancionado en el art. 336, que dispone:

Art. 336.- Rebelión.- La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

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

El tratamiento que tipifica la conducta de la Rebelión, en el Código Orgánico Integral Penal, está protegiendo el bien jurídico protegido contra la seguridad pública, precautelando la estructura del

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

Estado Constitucional, estableciendo la acción del acto al disponer la persona que se alce, es decir que haga uso de armas o realice acciones como la incitación (al pueblo); en donde se establece esta protección del estado ante el derecho (como dice la CRE), constitucional dispuesto en la Carta Magna, posiblemente se proteja el exceso o la extralimitación del derecho. Posterior, como una forma de maquillaje jurídico expone sin que afecte el legítimo derecho a la resistencia; siendo subjetivo, por cuanto, no existe un catálogo que destalle cuales son las formas de resistencia que pueden hacer efectivas los ciudadanos, por lo cual, se estaría criminalizando todas las formas de rebelión justificadas, necesarias, de orden social, y las que en verdad afecten al estabilidad del Gobierno.

Pero para mantener su estabilidad como Gobierno, muy hábilmente el poder ejecutivo por intermedio del legislativo, en el artículo que se analiza, impone una pena mayor cuando la persona además de la acción de manera individual, realice acciones accesorias y que se consideran en el derecho penal como agravantes, lo cual, se advierte el sobre proteccionismo del Estado en contra del derecho (como lo dice la CRE); humano positivado en la Constitución del Ecuador.

6.- ANTECEDENTE DEL TIPO PENAL DE ATAQUE O RESISTENCIA

El tipo penal de ataque y resistencia, fue una figura incorporada en el Código Orgánico Integral Penal, que la institucionalizo la Asamblea Nacional (poder legislativo); y que como objetivo real es de controlar las movilizaciones sociales en contra del gobierno; por cuanto, grupos de estudiantes, comunidades, periodistas, y políticos de oposición, empezaron a agrupar gente para reclamar sus derechos violentados en las calles y para mantener la hegemonía del poder se crea esta figura penal para encarcelar a los ciudadanos y proteger el accionar de la policía e incluso de los militares, de esta manera se generó un límite al principio de la resistencia encarcelando a estos grupos y que el gobierno por medio del poder judicial hizo (hace) efectivo este tipo penal para mantener la "paz social" (sometimiento del pueblo) a las políticas públicas, económicas, y demás. Un ejemplo claro es el caso de *"los de 10 de Luluncoto"*, *"las manifestaciones de noviembre de 2019"*.

Y como efecto a esta represión se afectó a la Democracia y el principio de libertad en su amplio espectro de cualidades y valores como son libertad de manifestación, de reunión, individual, integridad física, etc.

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

6.1.- El ataque o resistencia como conducta penalmente relevante en el Ordenamiento Jurídico Penal Ecuatoriano.-

Como se determinó up supra, este tipo penal se incorporó al catálogo de delitos del COIP, en el año 2008, y esta figura es la más utilizada por los servidores públicos policiales para cuando realizan detenciones que violan derechos constitucionales se protegen con esta figura para que los ciudadanos sean procesados en especial en las movilizaciones civiles.

Esta figura se encuentra en la SECCION TERCERA; de los Delitos contra la eficiencia de la administración pública; y que está tipificado y sancionado en el art. 283, que dispone:

"Art. 283.- Ataque o resistencia.- La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública, serán sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si la conducta prevista en el inciso anterior ha sido cometida por muchas personas y a consecuencia de un concierto previo, serán sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En los casos de los incisos anteriores, si las personas, además, están armadas, serán sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona que incite a la Fuerza Pública a ejecutar las conductas anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad establecida para cada caso incrementada en un tercio. Si como consecuencia de la incitativa resulta un conflicto en el cual se producen lesiones, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años y si se produce la muerte, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años".

El tipo penal de ataque o resistencia como se encuentra normado en el COIP, tipifica dos conductas que se encuentran en conjunción como es el ataque y la resistencia ante lo cual se norma dos conductas en un mismo tipo penal, esta dualidad penal fue realizada por la Asamblea Nacional del Ecuador (poder legislativo); para normar las conductas extra limitantes de las personas que se encuentran reunidas planificando y ejecutando una movilización civil para proteger la eficiencia de la administración pública, esta fue la idea con la que el gobierno de turno, establezca un régimen de represión a las personas que manifestaban para la reivindicación de sus derechos en especial contra políticas públicas, económicas y sociales.

Desde otra perspectiva, podemos advertir que ese tipo penal tiene una influencia inquisitiva, puesto, que permite procesar a una o varias personas por los verbos rectores constitutivos del tipo penal de atacar o resistir a un empleado público por lo cual, al realizar esta conducta el fin es procesarlo sea por realizar la conducta de acción u omisión de atacar o de resistirse hacer detenido.

Dentro del tipo penal podemos establecer dos circunstancias de la adecuación penal al tipo como es la violencia y la amenaza, determinando una subjetividad de estas condiciones de conducta, puesto, que no describe el tipo de violencia ni amenaza. Pues como violencia, puede ser física o psicológica; y, como amenaza directa o indirecta, con lo cual, la persona o personas que realicen estas conductas subjetivas de carácter general serán procesadas sin ninguna objeción jurídica válida.

Por otro lado, este tipo penal, considera como agravante para aumentar la pena es cuando existe un concierto previo, esta figura propia de la participación de las personas dentro de un proceso penal, es la voluntad (dolo) que tienen las personas de acordar entre ellas sus conductas positivas para realizar una conducta lesiva, es decir, que planifican su accionar, lo cual, también es subjetivo, puesto, que en una movilización civil, su objetivo es pacífico, pero ante la represión policial se convierte en peligrosa, por lo cual, se debe analizar, en que momento planificar atacar o resistir a la autoridad y en qué grado la fuerza policial realizando actos hostiles por su acción es responsable en generar e incitar violencia.

Este tipo penal, está orientado a proteger a los empleados públicos como regla general, pero también contiene inmersa la regla específica a la fuerza pública, para mantener el orden de subordinación al poder y encubrir los excesos policiales, en donde por esta subjetividad de la norma la persona que proteste y existe una posible legítima defensa la misma no puede ser considerada por la conducta de ataque o resistencia.

7.- LA INSTITUCIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

La institución de la desobediencia civil debe y tiene que ser diferenciada de las figuras de rebelión y de ataque o resistencia, puesto que son (las tres) instituciones muy diferentes y que tienen circunstancias constitutivas especiales. Se entiende por "*...desobediencia civil es una forma de desacuerdo político consistente y se define como el acto de no cumplir una norma de la que se tiene la obligación de cumplirse. Las normas que deberían cumplirse, por lo general, podría ser una norma jurídica o cualquier norma que el grupo considere investida, que significa conferir una dignidad o*

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

*un cargo importante de autoridad en el sentido de que su transgresión, que es la violación de un precepto que ocasiona inevitablemente una sanción"*⁶

Otra definición también es la que se enmarca en que *"los actos de desobediencia civil son parte de un estado de derecho democrático y se desarrollan en sociedades maduras que logran procesar sus conflictos aceptando que las leyes e instituciones legalmente establecidas pueden "fallar", admitiendo un espacio para la construcción de interpretaciones distintas a las predominantes que, sin embargo, pretenden ser consideradas justas. La opinión generalizada de que todo acto contrario a la ley es siempre un acto ilegal que merece tanto el castigo positivamente definido como la condena social, admite otro análisis desde la perspectiva de la desobediencia civil..."*⁷

Con esta conceptualización, podemos establecer que la desobediencia civil es la organización de toda la sociedad de un grupo de ella, sino de la totalidad en contra de normas jurídicas que afecta a toda la población razón más que suficiente para que se desconozca de manera sistemática el orden público y el poder constituido, es una generalización de no acatar la legitimación de Gobierno que incluso puede ser de carácter pacífico o violento, en donde tanto el pueblo como la fuerza pública puede generar lesiones o delitos de lesa humanidad, que determinaría un desconocimiento de la estructura del estado y de la eficiente administración pública, en todo caso, se concluye que la desobediencia civil, es una forma avanzada de desconocimiento del poder.

8.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL DE REBELIÓN CON EL PRINCIPIO DE MANIFESTACIÓN

Como se analiza la rebelión es un principio con rango de derecho, que debería instaurarse como un bien jurídico protegido en la legislación vigente, en el caso del Ecuador, el Código Orgánico integral penal, pero el Estado a través de su poder legislativo y ejecutivo, no lo miran como un principio, derecho o garantía sino como una amenaza para el estado, es por ello que existe esta contradicción constitucional, pero en todo caso debería ejecutarse para proteger la Democracia del Estado y no como un mecanismo de auto protección del estado a través de ius puniendi; para crear una norma inconstitucional y deslegitimar, limitar, y vulnerar su esencia como norma constitucional.

Como se analizó up supra, la norma del COIP; determinada en el art. 336, como referencia resguarda el "legítimo derecho a la resistencia"; pero esta aseveración de manera muy subjetiva, no determina

⁶ <https://conceptodefinicion.de/desobediencia-civil/>

⁷ <https://journals.openedition.org/polis/1022>

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

cuales son las condiciones, cuales son las conductas no lesivas y permitidas por la ley, simplemente es enunciativa, por lo tanto, es inaplicable esta norma, puesto que cualquier conducta será calificada como rebelión y no como legítimo derecho a la resistencia; por lo cual, esta norma, no protege el bien jurídico protegido como es la resistencia, es decir, va en contra de lo que dispone el art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador, que claramente dispone que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica; por lo cual, la norma del COIP, que restringe la manifestación, la resistencia es contraria a las disposiciones constitucionales, por lo cual, carece de eficacia jurídica; y adquiere su fundamento propio en la Constitución, al disponer el art. 426, inciso segundo:

"Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".-

En razón, de esta disposición constitucional se establece que tipo penal del art. 336 del COIP, vulnera derechos reconocidos en la Constitución, por lo tanto, es una norma inconstitucional.

9.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL DE ATAQUE O RESISTENCIA CON EL PRINCIPIO DE RESISTENCIA

Las normas en general y en especial las normas penales, deben estar en vinculación y armonía con los derechos humanos positivados en la Constitución, que es un requisito sine qua non para la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que este precepto se contrapone con lo normado en el art. 283; porque en lugar de proteger el derecho a la libertad en sentido positivo en el principio a la resistencia y que la Carta Magna Ecuatoriana, la considera como un derecho, en donde establece la garantía de la población (elemento fundamental de un Estado); para activar su resistencia por el contrario en lugar de proteger este bien jurídico, lo penaliza para evitar las movilizaciones sociales y someter a la población sin que pueda ejercer su derecho de resistencia y crea un blindaje al incorporar la conjunción de ataque, por lo cual, como se dijo en el análisis de este tipo penal, cualquier persona que dentro de movilización civil pacífica y que a decir de la fuerza pública, esta con su conducta se resista o ataque, sea procesada por este tipo penal.

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

El profesor Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, analiza que el derecho a la resistencia es una utopía, pues manifiesta que:

"El Derecho a la resistencia aparece consagrado como un derecho político constitucionalizado y el mismo se puede reclamar acudiendo a la vías de hecho, y además reclamando judicialmente por el restablecimiento del derecho violado. Pero si se aplica el código penal se estaría penalizando el ejercicio legítimo de un derecho que es causa de exclusión del juicio de antijuricidad o de reproche al acto"⁸

Esta irracionalización de utilización de este tipo penal, ha causado graves daños a la Democracia del Ecuador desde que entró en vigencia el COIP, y con la utilización de varios tipos penales se han desmantelado partidos públicos, han procesado y sentenciado a personas culpables y no por medio del sistema de justicia que estaba a órdenes del ejecutivo.

Por estas razón, el tipo penal del art. 283; no guarda armonía con el art. 424 Constitucional, por lo cual, esta norma también carece de eficacia jurídica, y la Corte Constitucional del Ecuador, podría declarar la inconstitucionalidad de la misma y expulsarla del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

10.- Contradicción del derecho a la libertad con la subjetividad de la norma del Código Orgánico Integral Penal

Con el análisis de inconstitucionalidad de los arts. 336 y 283 del COIP, existe una grave contradicción de las normas penales con el derecho a la libertad en sentido positivo en relación al accionar del Estado en penalizar principios constitucionales tutelados por la misma Constitución, por lo cual, el Estado está limitando el contenido esencial de estos principios, está vulnerando la seguridad jurídica, el debido proceso y la tutela judicial efectiva que son derechos constitucionales esenciales del Estado Constitucional de Derechos y justicia social, y que sirven de guía para que la población pueda tener la garantía del goce de los derechos humanos, en especial el derecho a la libertad en sentido positivo y que la Carta Magna bajo su proteccionismo debe tutelar los principios de resistencia y manifestación y que la Carta Suprema ecuatoriana les otorga la jerarquía de Derechos, con lo cual, la vulneración es una grave violación a los derechos humanos de nivel Internacional, puesto, que los mismos han sido ratificados por el Ecuador y forman parte del catálogo de derechos.

⁸ ZAMBRANO, Pasquel Alfonso, El Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, Editorial EDILEZ S.A., Perú, 2011.

La inconstitucionalidad de violentar el derecho a la libertad basado en el principio de manifestación y resistencia

Para entender mejor la problemática y el valor igualitario de los derechos el Dr. Jesús María Casal, analiza este contexto y dice:

"El análisis de la estructura normativa de los derechos sociales ha ayudado a comprender mejor la estructura de los derechos en general y ha permitido visualizar con mayor agudeza los elementos y problemas comunes a todos ellos...[...]. Esta carga que de derechos clásicos de libertad emanan cargas prestacionales para el Estado, como ha quedado evidenciado en los sistemas que han eludido la consagración expresa de derechos sociales o han querido dar a estos un tratamiento marginal o secundario desde la óptica de su garantía jurídico-institucional, pero que ha terminado admitiendo la plena eficacia, incluso subjetiva, de importantes contenidos prestacionales del derecho a la vida o de la dignidad humana. De igual forma, de los derechos principalmente prestacionales nacen obligaciones de respeto o abstención semejantes a las de los derechos de libertad típicos"⁹.

El derecho a libertad en sentido positivo también es una garantía para el funcionamiento del Estado Social de Derechos y Justicia, en relación a la Democracia que al aplicar sus límites al no poder asociarse, manifestarse o resistir, porque muchos casos de movilizaciones civiles se dan por la concentración de líderes políticos que con su ideología influyen en los ciudadanos para reclamar sus derechos y coartar estas formas de manifestación es desactivar el sentido de Democracia.

Conclusiones

1. Se analizó la inconstitucionalidad del tipo penal de la rebelión y ataque y resistencia, mediante doctrina y jurisprudencia que determinan que estos tipos penales están en contra de la supremacía constitucional por lo cual, en lugar de proteger bienes jurídicos protegidos, a estos bienes lo somete a poder punitivo del estado, para evitar su libre ejercicio y desarrollo, y por lo tanto, violan el derecho a la libertad en el principio de manifestación y resistencia, y que la Constitución les otorga el carácter de derechos, lo cual, su vulneración le convierte un problema de grave violación al derecho internacional.
2. Determinamos que el derecho a la libertad en el principio de manifestación y resistencia, esta precautelado por la Carta Magna, pero esta protección es en favor del estado y no de la población lo que podría definirse como una protección en sentido restrictivo negativo y que además utiliza el poder judicial para procesar las conductas permitidas por la misma

⁹ CASAL, Jesús María, "La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo, Universidad Andres Bello, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, pág. 213.

Constitución, bajo el concepto de regulación y mantenimiento de la paz social, lo cual, produce un exceso de poder por parte del poder policial y de esta forma mantener un estado de absolutismo maquillado de Democrático

3. Se establecieron las diferencias entre manifestación, resistencia con la desobediencia civil, por lo cual, cada una de estas manifestaciones tiene su propio concepto y característica específicas, pero todas con un fin común, encaminadas a la movilización civil, para reclamar de manera pacífica derechos o la incorporación de los que no constan en el catálogo de la Constitución, con respeto al orden constitucional constituido y la protección de las garantías de la estructura del estado.

Examinamos la contradicción entre el derecho a la libertad en sentido positivo, y que la Constitución del Ecuador, incorpora al principio de manifestación y resistencia como derechos, es decir, les otorgar un carácter de derechos fundamentales por lo cual, la norma penal del Código Orgánico Integral Penal, vulnera el derecho a la libertad en sentido positivo lo que ocasiona que esta norma inconstitucional y su aplicación en lo posterior genere graves violaciones a los derechos humanos y que la CIDH, puede sancionar al Ecuador, con indemnizaciones que protejan el derecho vulnerado y su reparación integral.

Referencias

1. CASAL, Jesús María, "La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo, Universidad Andres Bello, Fundación Konrad Adenauer, Caracas.
2. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR; Decreto Legislativo 0; Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008; Ultima modificación: 30-ene.-2012; Estado: Vigente
3. MESÍA, Ramírez Carlos, "Mis decisiones básicas y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional"; Editores Jurista, Lima- Perú, 2010.
4. ZAMBRANO, Pasquel Alfonso, El Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, Editorial EDILEZ S.A., Perú, 2011.
5. ZAVALA Egas, Jorge, "Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional"; Edilex S.A., Perú, 2012.