



DOI: <https://doi.org/10.23857/dc.v9i1>

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

Análisis jurídico del derecho a la libertad definido en la norma constitucional

Legal analysis of the right to freedom defined in the constitutional norm

Análise jurídica do direito à liberdade definido na norma constitucional

María Fernanda Intriago-García ^I
fernandaintriagog@outlook.com
<https://orcid.org/0000-0003-2088-9348>

Banny Ruben Molina-Barrezueta ^{II}
bannystelrooy@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-1276-4994>

Correspondencia: fernandaintriagog@outlook.com

***Recibido:** 29 de diciembre de 2022 ***Aceptado:** 12 de enero de 2023 * **Publicado:** 14 de febrero de 2023

- I. Doctoranda en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, Magíster en Derecho Procesal, Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Ayudante Judicial de la Unidad Penal de Manta, Investigadora Independiente, Ecuador.
- II. Doctorando en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, Magíster en Derecho Procesal, Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Juez de Garantías Penitenciarias de Portoviejo, Investigador Independiente, 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 cláusula abierta y de protección estatal.

Palabras Claves: Derecho; fundamentos; Resistencia; violación.

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 the rights by constitutional imperative are protected as legal assets by the Constitution of Ecuador and under the principle of Constitutional Supremacy, the entire legal system must be related and in harmony with the constitutional text. Therefore, a rule cannot undermine the human rights that positive in the Magna Carta are of a fundamental nature, open clause and state protection.

Keywords: Right; fundamentals; Endurance; rape.

Resumo

O direito à Liberdade, considerado como um dos pilares 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 ser relacionado e em harmonia com o texto constitucional. Portanto, uma norma não pode atentar contra os direitos humanos que positivados na Carta Magna são de natureza fundamental, cláusula aberta e proteção estatal.

Palavras-chave: Direito; fundamentos; Resistência; estupro.

Introducción

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 doblegó 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.

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.

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 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.

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"¹

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.

¹ <https://www.derechoecuador.com/el-derecho-de-resistencia-y-la-constitucion-del-2008>

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 Neoconstitucionalismo 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

Análisis jurídico del derecho a la libertad definido en la norma constitucional

lo cual, los derechos humanos dobligan 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"*²

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."*³

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.

² CASAL, Jesús María, "La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo, Universidad Andres Bello, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, pág. 213.

³ <https://www.derechoecuador.com/principio-de-supremacia-constitucional>

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 perfeccionó 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.

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 institucionalizó 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

Análisis jurídico del derecho a la libertad definido en la norma constitucional

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.

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.

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 los 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

Análisis jurídico del derecho a la libertad definido en la norma constitucional

en una movilización civil, su objetivo es pacífico, pero ante la represión policial se convierte en peligrosa, por lo cual, se debe analizar, en qué 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.

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 un cargo importante de autoridad en el sentido de que su transgresión, que es la violación de un precepto que ocasiona inevitablemente una sanción"*⁴

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..."*⁵

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

⁴ <https://conceptodefinicion.de/desobediencia-civil/>

⁵ <https://journals.openedition.org/polis/1022>

Análisis jurídico del derecho a la libertad definido en la norma constitucional

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.

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.

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 las 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"⁶

Por esta 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.

⁶ ZAMBRANO, Pasquel Alfonso, El Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, Editorial EDILEZ S.A., Perú, 2011.

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 se 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.

Conclusiones:

1. 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.
2. 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 otorga 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.