

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede - Ecuador

Área de Derecho

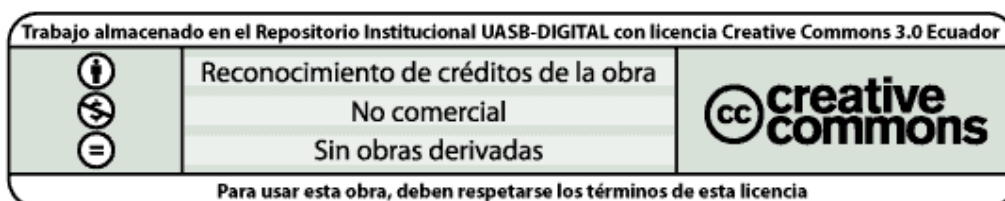
Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

La “última ratio” del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia

Daniel Enrique Serrano Cajamarca

2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Daniel Enrique Serrano Cajamarca, autor de la tesis intitulada “La *“última ratio”* del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito a 18 de marzo del año 2015

Firma:.....

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede - Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

La “*última ratio*” del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia

Daniel Enrique Serrano Cajamarca

2015

Tutor: Agustín Grijalva

Quito

RESUMEN

En el año 2008, Ecuador constitucionalizó el derecho a la resistencia, el cual, desde hace varias décadas se considera un tema agotado, o por lo menos, abandonado para la teoría constitucional por considerarlo como un derecho de imposible asimilación dentro de la estructura de los contemporáneos estados de Derecho basados en la primacía de la ley y en los que la sola vigencia de las normas son su parámetro de validez, sin reparar en la justicia o injusticia del resultado obtenido producto de su aplicación.

Por lo tanto, el propósito inicial del presente trabajo investigativo es brindar, desde la dogmática jurídica, una comprensión clara sobre la naturaleza del *derecho a la resistencia* y evidenciar su problemática y posibles alcances dentro de nuestro estado constitucional de derechos y justicia.

Un segundo propósito será constatar que la validez, vigencia y eficacia del derecho a la resistencia solo será posible si su contenido se adapta al nuevo paradigma constitucional que abandera el constitucionalismo de derechos, tarea en la que no se podrá desconocer los aportes de nuestra realidad jurídica, política y social.

Un propósito final, busca lograr que desde el ámbito constitucional se comprenda el postulado de la *última ratio* como un elemento importante y que configura el contenido esencial de este derecho que, a más de limitarlo y darle su validez, posibilita su efectiva vigencia como un recurso excepcional frente al Derecho positivo, permitiendo superar parte de la problemática que hoy le aqueja: interpretación y empleo discrecional y arbitrario, proscripción, e ineficacia.

Agradecimiento:

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, por haberme acogido en sus aulas, y mediante arduas jornadas de lectura e interacción con mis maestros y compañeros me hayan acercado críticamente al vasto mundo del conocimiento jurídico, proporcionándome valiosas y útiles enseñanzas para mi vida profesional.

Agradecimiento especial al doctor Agustín Grijalva, Aníbal Baldeón Quiroz y Jenny Romo Trujillo, guías fundamentales en la culminación exitosa del presente trabajo investigativo.

Dedicatoria:

A Dios.

A mi amada madre María Susana Cajamarca; te ofrendo la consecución de este importante logro profesional.

A mi familia; Segundo Isidro Ponce, Flavio Heriberto, Carlos Omar, Edison William, Dana Aylen y Cristian Johan Serrano.

A todos mis entrañables maestros y amigos.

Tabla de contenido

Introducción.....	9
1. CAPÍTULO I: DEBATE TEÓRICO EN TORNO AL DERECHO A LA RESISTENCIA	
1.1.- Definición del derecho a la resistencia.....	11
1.2.- Diferencias: derecho a la resistencia vs otras formas de resistencia.....	11
1.3.- Reseña histórica sobre el derecho a la resistencia.....	13
2. CAPÍTULO II: REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA RESISTENCIA EN EL ECUADOR	
2.1.- El derecho a la resistencia en el periodo pre-cons-posconstituyente.....	25
2.1.1.- Periodo preconstituyente.....	26
2.1.2.- Periodo constituyente.....	28
2.1.3.- Periodo posconstituyente: Análisis comparado del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia.....	30
I.- Fundamento del derecho constitucional a la resistencia	32
A.- El contenido de los derechos constitucionales.....	35
II.- Sujetos activos.....	39
III.- Sujetos pasivos.....	41
IV.- Bien jurídico protegido.....	42
V.- Funciones.....	43
VI.- Presupuestos para su ejercicio.....	47
VII.- Forma de ejercicio.....	57
A.- Hacia una dimensión pacífica e integradora sobre el derecho a la Resistencia.....	62

B.- La actitud del Estado frente a los actos amparados en el derecho	
a la resistencia.....	65
VIII.- Calificación.....	67
A.- Actos de resistencia que afectan a terceros.....	72
2.2.- Seguridad jurídica y principio de legalidad vs derecho constitucional	
a la resistencia.....	74
2.3.- Análisis de casos (2008-2014).....	75
2.3.1.- Proyecto de Ley de Minería.....	75
2.3.2.- Proyecto de Ley de Recursos Hídricos (Ley de Aguas).....	81
2.3.3.- Caso La Cocha.....	82
3. CAPÍTULO III: “LA “ÚLTIMA RATIO” DEL DERECHO A LA RESISTENCIA”	
3.1.- “La “última ratio” del derecho constitucional a la resistencia.....	84
3.2.- Identificación de la <i>última ratio</i>	85
3.3.- La calificación de la <i>última ratio</i> del derecho a la resistencia.....	89
3.4.- La Corte Constitucional: Último bastión jurídico de lucha por	
los derechos.....	90
Conclusiones y recomendaciones.....	92
Bibliografía.....	95

INTRODUCCIÓN

El *derecho a la resistencia* es un derecho novedoso para la legislación ecuatoriana, sólo así se explica que careza de antecedentes en nuestro Derecho constitucional. Pero no se trata de un derecho novedoso para la doctrina constitucional, misma que, por la influencia del positivismo jurídico se desentendió de su debate desde los inicios de la Edad Moderna; influencia positivista, a la que no escapa nuestra cultura jurídica y que explica su actual proscripción y falta de eficacia.

En cualquier caso, el derecho a la resistencia es un derecho antecesor del movimiento constitucionalista en tanto postula la necesidad de limitar al poder, lo que explica que el constitucionalismo clásico lo consagrara como un derecho garante de sus iniciales postulados; realidad garantista que se plasma en nuestro actual paradigma constitucional, en el que se justifica la existencia del derecho a la resistencia como un derecho garante de derechos, de la Constitución y del constitucionalismo de derechos.

Este nuevo paradigma constitucional, que en una visión dualista del fundamento de los derechos concilia al iusnaturalismo y al iuspositivismo, permite que el Derecho - vinculado a la moral - cambie en interpretación y aplicación, contexto en el que se explica la renovada vigencia del derecho a la resistencia en nuestro país.

Es innegable que actualmente el derecho a la resistencia encierra problemáticas, acrecentadas con el reconocimiento ambiguo realizado por el constituyente ecuatoriano en el artículo 98 de la actual Constitución; dando lugar a interpretaciones y empleos discrecionales y arbitrarios que repercuten en su actual ineficacia. Sin embargo, al constitucionalismo ecuatoriano le corresponde afrontar todas esas problemáticas y superarlas para lograr construir progresivamente un renovado y eficaz derecho a la resistencia. Tarea en la que le corresponderá rebatir innumerables concepciones tradicionales; sobre todo las vinculadas al principio de legalidad.

En la tarea de construcción de un renovado derecho a la resistencia acorde a nuestra realidad no debe dejarse de lado el conocimiento teórico que en torno a él se ha desarrollado a través del tiempo y que en la actualidad le ha impregnado de características propias que permiten limitarlo y diferenciarlo de otras formas de resistencia que recurren a medidas de hechos y con las cuales difiere en medios o en fines, diferencias que son mucho más notorias con el derecho de impugnación.

El derecho a la resistencia tiene un fin conservativo y restaurador del bien jurídico que protege; los derechos constitucionales en el caso del Ecuador. Se lo ejerce, a través de medios *extra legem*, generalmente violentos, lo que no excluye los medios pacíficos, acorde con las prácticas de común empleo en nuestra realidad y amparadas en el derecho de protesta; que puede ser considerado como el antecedente del derecho a la resistencia en nuestro país. Medios *extra legem* que sólo la configuración constitucional del derecho a la resistencia permite amparar y eximir de penalidad.

La *última ratio* del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia es la última razón de este derecho, identificable en el agotamiento de los recursos jurídicos eficientes y eficaces empleados en la defensa de los derechos constitucionales frente acciones y omisiones que amenacen, vulneren o nieguen el reconocimiento de nuevos derechos. *Última ratio*; parte del contenido esencial del derecho a la resistencia que permite configurar su ejercicio constitucional, en el que la justicia constitucional juega un papel importante.

Este estudio se divide en tres capítulos: El primero, evidencia la naturaleza y situación actual del derecho a la resistencia en el contexto internacional. El segundo, realiza un análisis comparativo de este derecho, solventando muchas de sus problemáticas. El capítulo final se refiere a la propuesta de la *última ratio* del derecho a la resistencia acorde a la realidad ecuatoriana

CAPÍTULO I

DEBATE TEÓRICO EN TORNO AL DERECHO A LA RESISTENCIA

1.1.- Definición del derecho a la resistencia.- aún la doctrina, no ha llegado a consensuar una definición única del derecho a la resistencia, “pues en su formulación concurren argumentos provenientes de varias disciplinas”, dígame “literatura política..., jurídica..., filosófica y teológico – moral...”,¹ sumándose a lo manifestado las realidades propias existentes en cada país.²

Se concluye entonces que “dar una definición única, inflexible y definitiva” es “una expectativa poco real”,³ de allí que el presente trabajo investigativo procure brindar elementos que permitan avanzar en la construcción de dicha definición.

1.2.- Diferencias: derecho a la resistencia vs otras formas de resistencia.- la doctrina, a efecto de evitar confusiones, siempre ha procurado diferenciar al derecho a la resistencia respecto de diversas formas *extra legem* de resistencia, dígame pacíficas y violentas.⁴ Lo que a su vez ha permitido diferenciarlo de los recursos jurídicos atribuibles al derecho de impugnación,⁵ debido a que el derecho a la resistencia recurre a actos *extra legem*,⁶ sancionados por el Derecho, mientras que los recursos inmersos en el derecho de impugnación al ser amparados por el Derecho están libres de sanción.⁷

¹ Patricio Carvajal, “Derecho de Resistencia, Derecho a la Revolución, Desobediencia Civil: Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna (I)”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época* (1992), 64, 68, 70, <http://www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/05062011/ndpderecho_resistencia_desobediencia.pdf>.

² José Flor Vásquez, *Los derechos humanos de personalidad* (Quito-Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2011), 621. “Quien deja de lado esta variedad, encerrándose en un monismo cultural y sociológico, y a base de una “moral interna”, ensalza las propias exigencias, mientras que califica de extraña, “bárbara”, la moral de otros; llega a unos presupuestos relativamente simples del derecho de resistencia”.

³ Óscar Mejía /Jiménez Carolina, *Democracia Radical, Desobediencia Civil y nuevas Subjetividades Políticas* (Bogotá: Universidad nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto de Investigaciones Jurídico-Sociales, 2006), 23.

⁴ Flor, *Los Derechos Humanos*, 612.

Mejía, *Democracia Radical*, 11, 30.

Carvajal, *Derecho de Resistencia*, 66. Para estos autores, muchas de estas formas de resistencia son conocidas como: “maneras de defensa de la colectividad frente a la injusticia de las leyes; “formas contestatarias...manifestaciones legítimas...”; “versiones de resistencia ciudadana [...]”; manifestaciones derivadas del derecho a la resistencia.

⁵ Ecuador, Asamblea Constituyente, *Constitución de la República*, en *Registro Oficial No. 449* (Quito, 20 de octubre, 2008), artículo 173.

⁶ “Fuera del Derecho”, es decir, fuera del amparo del derecho. Se trata de las vías de hecho o formas de protesta generalmente punibles por el Derecho.

Si bien el derecho a la resistencia emplea actos *extra legem*, la doctrina enseña que no todas las formas de resistencia *extra legem* pueden ser amparadas por el derecho a la resistencia, en consideración de los medios y fines que cada una de ellas emplean y persiguen respectivamente.

Acorde a esta diferenciación señalada, por citar algunos ejemplos, Salazar manifiesta que la *revolución* tiene como finalidad instaurar un orden nuevo; atacando “al poder legítimamente establecido y que ejerce legítimamente su derecho al servicio de la colectividad [...]”, que si bien no goza de una “perfección absoluta, pero si un esfuerzo leal en beneficio de todos”. La revolución, para la consecución de sus *fines* apela a los actos violentos.⁸ Mientras tanto, el derecho a la resistencia, “tiene como objetivo corregir, enmendar y restablecer el orden constituido que se ha alejado de sus principios, que ha desarrollado en su interior patologías degenerativas, pero que es considerado fundamental legítimo”.⁹ Este derecho, para la consecución de sus fines clásicamente se postula que ha de recurrir a medidas violentas.¹⁰

En la comparación realizada, la diferencia de *fines* entre el derecho a la resistencia – conservar y restaurar - y la revolución – instaurar un orden nuevo - es notoria, aunque ambas coinciden en sus *medios* violentos, de allí que con razón se sostenga que en el estudio del derecho a la resistencia, se tenga la precaución de no abarcar en él a todas las formas de resistencia *extra legem*.

Mejía sostiene que no puede excluirse el hecho de que la revolución también pueda valerse de medios pacíficos, siendo posible hablar de revolución pacífica¹¹ cuando esta acude a “... las llamadas técnicas de la no violencia [...]”, tal como aconteció en la

⁷ Marta Salazar Sánchez, “Positivización del derecho a la resistencia en el Derecho Constitucional Alemán”, *Revista Chilena de derecho*, vol. 20, 331, <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649797>>.

⁸ Mejía, *Democracia Radical*, 44.

⁹ Ermanno Vitale, *Defenderse del poder: Por una resistencia constitucional*, traducido por Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez (Madrid: Trotta, 2012), 25.

¹⁰ Flor, *Los derechos humanos*, 612, 615, 618–21, 695-7.

¹¹ Mejía, *Democracia Radical*, 44.

desobediencia civil pacífica empleada por Mahatma Gandhi en su lucha contra el imperio británico y al cual se encontraba sometido su país la India, medios con los cuales logró terminar con dicha dominación. Resultados solo posibles a través de técnicas violentas a las que tradicionalmente se concibe apela la revolución.¹² Accionar pacífico al que se suman otros grandes símbolos de la desobediencia civil en el mundo, por ejemplo, Henry David Thoreau,¹³ Martin Luther King, Rosa Louise Parks.¹⁴ Realidad que posibilita vislumbrar la reconceptualización pacífica de ciertas figuras de resistencia ligadas tradicionalmente a la violencia, al enfatizarse mucho más en sus fines que en sus medios.

Esta reconceptualización, acogiendo el criterio de Vitale - que prioriza los fines frente a los medios que emplean los actos *extra legem* -, aplicada a la teoría del derecho a la resistencia permite que en la actualidad, sea posible concebirlo como un derecho pacífico, que bien podría abarcar a muchas formas de resistencia pacífica, posibilitando la existencia de un derecho a la resistencia aglutinador de todas ellas, que para la consecución de sus fines acuda a figuras como la desobediencia civil,¹⁵ con la cual inclusive comparte similitud de fines en su defensa de los derechos constitucionales frente a la existencia de normas consideradas como injustas, superando de esta forma la clásica división del derecho a la resistencia vs otras formas de resistencia; considerando las respectivas excepciones realizadas respecto de figuras como la revolución.

1.3.- Reseña histórica sobre el derecho a la resistencia.- el término “derecho de resistencia... tiene un preciso significado en la historia del pensamiento jurídico: “la

¹² Vitale, *Defenderse del poder*, 26-7.

¹³ Conceptualizador estadounidense de las prácticas de desobediencia civil. En 1846 se negó a pagar impuestos por estar en desacuerdo con la guerra de los Estados Unidos de América en contra de México y por la esclavitud imperante en su país, siendo encarcelado, luego de lo cual publicó su ensayo “La desobediencia civil”, que influyó en Lev Tolstói y Gandhi.

¹⁴ Insignes luchadores por los derechos civiles de los afroamericanos en los Estados Unidos de América frente a la segregación racial a la que aquel grupo humano era sometido.

¹⁵ Vitale, *Defenderse del poder*, 28. Forma de protesta, individual y colectiva, de tendencia no violenta pero ilegal, que busca hacer presión a quien detenta el poder político con el fin de que modifique una o más decisiones o normas que se consideran injustas, bien porque son contrarias a las normas superiores de la conciencia, bien porque están en contradicción con los principios constitucionales del ordenamiento jurídico del que forma parte.

limitación del poder de la autoridad pública y del Estado y la custodia de la libertad de la comunidad”, en pro del bien común y la libertad de la sociedad,¹⁶ encontrando sus antecedentes remotos en la Edad Antigua y en inicios de la Edad Media en la *resistencia frente a las leyes terrenales injustas*, consideradas así al ser confrontadas con las leyes naturales siempre justas.

En la Edad Antigua, en China, una obra clásica conocida como el “Libro de Historia” expresa: “El cielo es misericordioso con el pueblo. Lo que el pueblo desea, el cielo lo otorga ... Cuando el soberano no gobierna ya para el bien del pueblo, este tiene derecho de rebelarse contra él y destronarlo”. Confucio diría que los actos del soberano y el Estado debían responder a la voluntad del pueblo a efecto de ser obedecidos.¹⁷

Nótese que en China, en estos tiempos ya se concebía como límite para los gobernantes el sometimiento a la voluntad del pueblo, del cual se entiende provenía el origen de su poder y al que podía volver cuando el soberano y toda la institucionalidad estatal que él representaba no procuraba el bienestar de su pueblo. Situaciones de hecho en las que seguramente los gobernados carecían de instancias estatales a las cuales recurrir en su defensa frente al monarca, y que pone de manifiesto la excepcionalidad del empleo del derecho de rebelión.

En la Grecia clásica, primaba la idea de que las leyes naturales dadas por los dioses, siendo superiores, siempre debían prevalecer por sobre las leyes humanas. Aristóteles decía que la validez de las leyes humanas debía ser confrontada con las leyes naturales divinas debido a que: “la voz de la naturaleza, que nunca cambia y permanece siempre, tendrá que ser la directiva del comportamiento humano y del criterio del juez”, sin embargo, advertía que entre los abusos cometidos por el Estado y el pueblo, los del Estado resultaban ser “menos perjudiciales para la colectividad que la desobediencia a

¹⁶ Carvajal, *Derecho de Resistencia*, 68.

¹⁷ Flor, *Los Derechos Humanos*, 672.

las leyes, convertida en sistema de vida de los súbditos de un Estado”.¹⁸ Criterio apoyado también por Platón,¹⁹ y que en su obra “La República”, citando a Trasímaco, manifiesta que lo justo es la “conveniencia del más fuerte”.²⁰ Postulados que en conclusión reforzarían la doctrina de la fuerza y razón del Estado en la imposición de su Derecho por injusta que este sea.

La discusión griega sobre la obediencia a las leyes naturales y a las leyes humanas se encuentra retratada en dos obras: “Antígona” de Sófocles y el “Diálogo “Gorgias” de Platón. En Antígona, el rey Creonte defiende, aún por sobre las leyes naturales, la legitimidad de sus decretos; a cuya obediencia no cabría eximirse, debido a que para él, la justicia no solo era la obediencia ciega a las leyes naturales sino también a las humanas por más injustas que sean, y a las cuales su sobrina Antígona se negó a obedecer, por considerarlas contrarias a las leyes naturales justas.

Al final, Antígona sería castigada por su desobediencia a los mandatos reales, suicidándose, hecho que motivó a que el hijo del rey, prometido de Antígona, también se suicide. La madre de este último, y esposa del rey, al conocer la noticia de la muerte de su hijo decide correr igual suerte y se suicida ocasionando el lamento del rey Creonte por considerarse culpable de ocasionar tales muertes, y con lo cual se ha pretendido retratar las consecuencias de la desobediencia a las leyes naturales. Contrario a Antígona, en el “Diálogo Gorgias” aparece un Sócrates ejemplo de obediencia ciega a las leyes humanas injustas, al aceptar su injusta condena de muerte y rehusar toda posibilidad de huir que se le ofrecía.²¹

¹⁸ *Ibíd.*, 672-3.

¹⁹ Ricardo D. Rabinovich, *Recorriendo la Historia del Derecho*, 2ª ed. (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2006), 142-5.

²⁰ Platón, *La República* (Lima – Perú: Grupo Editorial Megabyte, 2004), 56.

²¹ Rabinovich, *Recorriendo la Historia*, 142-5. En un fragmento de esta obra las “leyes vigentes” le previenen a Sócrates: ¿Qué te propones hacer? ¿Con éste acto intentas otra cosa que destruirnos a nosotros, las leyes y el Estado entero, en lo que a ti te toca? ¿O crees que puede subsistir y no arruinarse aquel Estado en el cual las sentencias pronunciadas no tengan fuerza, sino que sean desautorizadas y corrompidas por los particulares? [Sócrates simula ensayar una respuesta]: El Estado ha cometido injusticia contra nosotros y no ha dictado correctamente la sentencia. [Las leyes contestan airadas:] ¿Eso es lo que ha sido convenido entre ti y nosotras, o, más bien, que conservarán su

La influencia en Roma del estoicismo griego que propugnó la teoría de la resignación frente al destino individual inmutable, no dio cabida a teoría alguna de la resistencia frente a cualquier tipo de injusticia proveniente del poder estatal,²² resultado similar a la producida por la obediencia ciega a las leyes en Grecia y retratada en el Diálogo Gorgias. Sin embargo, para Cicerón, “ni el senado, ni el pueblo podían dispensarse de obedecer a la ley universal de la justicia”,²³ ya que lo contrario implicaba “huir de uno mismo, renegar de la propia naturaleza, y por ello padecer las penas más crueles, aunque se escape a los suplicios infligidos por los hombres”,²⁴ visión similar a lo acontecido en Antígona.

En la enseñanza cristiana, Jesucristo diría que “hay que dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”, dando a entender la existencia de límites entre los primeros y el segundo. A lo que el Apóstol Pedro puntualizaría que en primer lugar se debía obediencia a Dios y sus leyes en situaciones en las que las leyes humanas contradijeren sus mandatos, no debiendo ser obedecidas dado que “Dios estaba en un plano infinitamente superior al de los seres humanos que no tenían en modo alguno autoridad para imponer preceptos que contradijeran a la ley divina”.²⁵ De esta forma se irían sentando las primeras bases teóricas para la formación clara de un Derecho Natural de cuño religioso, y a la que, a inicios de la Edad Media, contribuirían Tertuliano; que influenciado por las ideas de Cicerón, señaló que, “no se debe tributar honor de ninguna clase a la ley injusta, porque es simplemente un atropello” –, y San Agustín de Hipona; para quien los decretos inmorales e injustos no merecían “el título de leyes porque no son otra cosa que asaltos y pillajes”.²⁶

validez las sentencias que el Estado dictase? [La respuesta es que sí, y en base a ella Sócrates convence al fiel Critón de que ha de aceptar la condena injusta, y beber el veneno letal].

²² *Ibíd.*, 149-50, 166-7.

²³ Flor, *Los Derechos Humanos*, 677.

²⁴ Rabinovich, *Recorriendo la Historia*, 156.

²⁵ Flor, *Los Derechos Humanos*, 677.

²⁶ *Ibíd.*

En plena Edad Media, con todo el desarrollo teórico generado por conflicto de la obediencia a las leyes consideradas injustas fue posible configurar una sólida teoría del Derecho Natural de origen divino, postulado como un ordenamiento justo y superior al Derecho positivo, contexto dentro del cual se explica el conflicto suscitado entre el poder político temporal de los emperadores (Estado) y el poder espiritual del papado (Iglesia), dando lugar al apareamiento de los argumentos que propugnaban la defensa de una u otra autoridad; lo que entre otras cosas, permitió sentar las bases para el desarrollo de la teoría del derecho a la resistencia, siendo uno de sus precursores Guillermo de Ockham, quien reconoció el ejercicio del “derecho de resistencia en contra de una autoridad que ha devenido en tiranía, sea esta eclesiástica o civil”,²⁷ postulado interesante por incluir la posibilidad de resistir también a la autoridad religiosa, y que solo volvería a evidenciarse tiempo después con la corriente protestante.

Finalmente, sería Tomas de Aquino, quien terminaría por postular la teoría del *ius resistendi o derecho justo*. Para él, los reyes se encontraban limitados por el respeto a la Ley Divina y la Ley Natural, ordenamiento suprapositivo justo que al ser contrariado por los actos de dichos gobernantes, ocasionaba que ellos perdiesen su legitimidad, y consecuentemente, que sus actos llegasen a considerarse injustos; contexto en el cual, resultaba justo resistirles por la fuerza – resistencia violenta que obviamente se supone es defensiva frente a la existencia previa de una fuerza considerada como injusta al pretender imponer los mandatos injustos - y con moderación; con lo cual se evidencia que desde entonces se postulaba un ejercicio limitado del derecho a la resistencia, en el que debía considerarse lo conculcado, los medios empleados para ello y las acciones empleadas por quienes resistían.

²⁷ Carvajal, *Derecho de Resistencia*, 71-2, 75.

La finalidad de esta resistencia debía ser la de restaurar y conservar el orden jurídico justo que proporcionaba la obediencia a las justas leyes divinas; con lo cual se descarta que el derecho a la resistencia sea un derecho revolucionario o sirva para cuestiones banales, tales como un simple cambio de gobernantes.²⁸ Obsérvese que este ordenamiento divino era considerado en aquel momento como el parámetro de validez de las leyes humanas²⁹ y era quien les brindaba “su fuerza y su carácter de verdadera ley”, de manera que no cabía eximirse de su cumplimiento obligatorio,³⁰ so pena de que una ley, por injusta, llegase a ser considerada como “una corrupción de la ley”, que al ser imperfecta, eliminaba “... el deber de obedecerla”,³¹ y consecuentemente, a los gobernantes que las creaban, quienes perdían su legitimidad.

Dada la conformación de los estados en aquel entonces, en el que el poder total se concentraba en el monarca – que era juez, legislador y gobernante –, es comprensible que Aquino considerase que la injusticia de las leyes, también suponía la ilegitimidad del monarca, y que por lo tanto, se careciese de instancia terrenal a la cual acudir en defensa del Derecho justo, solo así se explica su planteamiento de acudir directamente al derecho a la resistencia.

En la naciente Edad Moderna, aparecen las corrientes protestantes: el luteranismo y el calvinismo. Para Martín Lutero, la destrucción de la autoridad civil o religiosa, así como de sus bienes estaba justificada cuando se las llegaba a considerar como demoniacas, destrucción necesaria antes que perder almas para Dios. Bajo este postulado, carente de parámetros mínimos, se llegarían a realizar actos violentos y hasta arbitrarios por parte de los campesinos con el pretexto religioso de actuar con el celo de

²⁸ Tomas de Aquino, *Suma teológica, Parte II-IIae - cuestión 69*, <<http://hjjg.com.ar/sumat/c/c69.html>>.

²⁹ Parámetro de validez del Derecho positivo de aquel entonces y que ha sufrido diversas transiciones en el devenir del tiempo: de la conformidad de las leyes positivas a las leyes divinas a las leyes naturales derivadas de la razón, luego al derecho escrito en tanto fuente exclusiva del derecho y finalmente a los derechos humanos.

³⁰ Flor, *Los Derechos Humanos*, 684.

³¹ Aquino, “Summe der Theologie”, citado por Marco Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, 13ª ed. (Bogotá: Temis, 2003), 70.

los verdaderos hijos de Dios. Tal fue la violencia generada, que llevó a Lutero a legitimar la represión de la autoridad estatal en contra de toda forma de protesta social; no logrando aportar “principios sabios para remediar los males del abuso del poderoso, ya sea autoridad, ya sea turba desenfrenada”.³² Posición contraria a la de Juan Calvino, quien postuló “la justificación del derecho de resistencia y del tiranicidio como *ultima ratio* política frente a una autoridad tiránica”,³³ es decir, como recursos extremos – prefiriéndose en primera instancia el tiranicidio -, lo cual supone el agotamiento previo de otras instancias que ofrecía el Derecho positivo.

La Escuela Teológica – Jurídica de Salamanca, realizaría algunos aportes concluyentes para la teoría tomista del derecho a la resistencia, al postular que el hombre era una creación divina, que como ser racional estaba dotado de la libertad y autonomía suficiente para darse un orden social justo; el instaurado por Dios a través de sus leyes. Reconocimiento que le permitía escoger “el sistema político más adecuado para la realización de esa autonomía y libertad. Dotado el hombre de dichas cualidades, no estaba moralmente obligado a prestar obediencia a una normativa político – jurídica injusta y contraria al bien común”, ofensiva a Dios.³⁴

En Francia del siglo XVI, aquejada por las controversias entre católicos y protestantes y los cambios de religión de los monarcas, se produjo la disputa respecto a definir el principio de autoridad legítima en función de las conveniencias de cada bando religioso, llegando al punto de postularse que un monarca era ilegítimo cuando este se convertía al bando contrario, casos en los que se postulaba “la legitimidad de la invocación y ejercicio del derecho de resistencia” al haber incurrido el príncipe “en el ejercicio arbitrario y tiránico del poder”.³⁵ Jean Bodin, procuró zanjar dicha disputa

³² Flor, *Los Derechos Humanos*, 690-1.

³³ Carvajal, *Derecho de Resistencia*, 79.

³⁴ *Ibíd.*, 80-1.

³⁵ *Ibíd.*, 84-8.

planteando que “la materia religiosa...se debe regular de acuerdo al Derecho y no atendiendo a la opinión de los teólogos”. Controversia que como vemos, se tradujo en “la necesidad de formular un derecho de resistencia laico, indistintamente de las confesiones de los ciudadanos del reino”,³⁶ ideas que además posibilitarían sentar las bases de una futura subordinación del poder religioso al político.

Inglaterra del siglo XVII, estaba dividida en dos bandos: unos a favor del sistema absolutista; con Hobbes, y otro más afecto a la existencia de un sistema liberal y republicano; con Locke.³⁷ Para Hobbes, el hombre, al haber salido del *estado de naturaleza* y conformado el Estado, en aras de precautelararlo, se habría autoimpuesto tácita e incondicionalmente la obligación de obedecerle. Así se explicaría “el traspaso del Derecho natural de cada individuo en la persona del soberano”, al que se le debía obediencia ciega so pena de causar la anarquía.³⁸ Pensamiento que reforzaba la doctrina de la fuerza del Estado y de su Derecho en desmedro de la doctrina del Derecho Natural, y consecuentemente, el predominio del poder político sobre el religioso, resultando imposible una teoría del *ius resistendi*.

John Locke,³⁹ pensador importante en la formulación del derecho a la resistencia de cuño laico que venía forjándose desde siglos atrás, postuló que el hombre en el “*estado de naturaleza*” vivía en libertad e igualdad absoluta, gobernado, obligado y limitado por la “*ley natural*” y la “*recta norma de la razón*”, no pudiendo ninguno “dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones”. Ley natural que al

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*, 89, 90.

³⁸ Paolo Virno, *Virtuosismo y revolución: Notas sobre el concepto de acción política* (1993-4), <<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/285.pdf>>.

Jürgen Habermas, “Ensayos Políticos. Otoño de 1983 o la neutralización moral del derecho” (1997), 21, <<http://scholar.google.com.br/scholar?q=Derecho%20de%20resistencia,%20derecho%20de%20revoluci%C3%B3n,%20desobediencia%20civil:%20Una%20perspectiva%20hist%C3%B3rica>>. E. Kant, acogiendo éste criterio, llegaría a negar el derecho de resistencia, sin embargo, le “exigía al Estado de Derecho leyes justas”.

³⁹ John Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil: Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, traducido por Carlos Mellizo (Madrid: Alianza Editorial, 2010), 36-42, 46-50, 105, 108, 112, 124, 135, 138, 145, 156, 162, 165, 170-1, 200-2.

Hugo E. Biagini, *El Ius Resistendi en Locke*, 154-5, 157, <http://www.google.com.ec/#hl=es&source=hp&q=el+ius+resistendi&oq=el+ius+resis&aq=1v&aqi=gv2&aql=&gs_sm=c&gs_upl=3024110382138101103853411321271515171114821361111.4.6.3.111710&fp=1&biw=1262&bih=592>.

ser quebrantada daría lugar a la declaración de un “*estado de guerra*” – entendido como un “*estado de enemistad y destrucción*” - en el que el infractor “ha declarado la guerra a todo el género humano al haber cometido injusta violencia matando a uno de sus miembros”, pudiendo ser destruido tal como ocurre con “una de esas bestias salvajes entre las cuales los hombres no pueden vivir ni encontrar seguridad”.

Y es que así como “cada ofensa que puede ser cometida en el estado de naturaleza puede ser castigada en [la] misma medida en que puede serlo dentro de un Estado” debiendo tenerse en cuenta lo siguiente: En el *estado de naturaleza*, frente a un *estado de guerra*, cada hombre se convierte directamente en el juez de su propia causa a falta de una instancia terrenal de apelación a efecto de defender sus derechos naturales, esta situación se vería superada mediante la conformación del gobierno civil, en el cual existiría la posibilidad de acudir a la ley humana y a los jueces instituidos por ella, con lo cual, se impone parámetros a esta defensa: acudir previamente a la justicia instaurada por el Derecho, con lo que se reitera la naturaleza excepcional de dicha defensa.

Sin embargo, Locke aclara que no cabría acudir a instancia terrenal alguna cuando estas sean negadas “por culpa de una manifiesta perversión de la justicia y una obvia tergiversación de las leyes para proteger o dejar indemnes la violencia o las injurias cometidas” desde el Estado por quienes detentan autoridad alguna, contexto en el que “es difícil imaginar otro estado que no sea el de la guerra” respecto de aquellos,⁴⁰ criterio con el cual implícitamente se ha abordado la cuestión de la imparcialidad de la justicia y la eficacia de sus decisiones en la defensa de los derechos.

Falta de imparcialidad y eficacia de la justicia terrenal que configura un escenario excepcional de indefensión de los afectados en sus derechos naturales, no quedándoles más recurso que “apelar a los cielos”, con lo cual se evidencia que Locke

⁴⁰ *Ibíd.*, Dirá Locke que, “es el fin de las leyes proteger y restituir al inocente mediante una aplicación imparcial de las mismas, y tratando por igual a todos los que a ellas están sometidos”.

no abandona del todo la concepción acerca de la existencia de un orden jurídico superior determinado por la divinidad, al cual se subordina la razón, pese a ello se evidencia el apogeo de la teoría del Derecho Natural racionalista, que de a poco iría desvinculándose de la divinidad, hasta llegar a una concepción de fe ciega en la razón humana.

La apelación a los cielos de la que nos habla Locke no es más que el acudir al recurso extremo del derecho a la resistencia, que encontraría sus límites en la subjetiva creencia de los resistentes de actuar racionalmente, poniendo como único juez de su causa a Dios, predicamento similar a lo que aconteció con Martín Lutero, para quien el único límite para el ejercicio justo del derecho a la resistencia era el actuar tan solo con el celo de verdaderos hijos de Dios. Con lo cual, tampoco se llegó a realizar aportes claros sobre parámetros objetivos que posibiliten el ejercicio excepcional del derecho a la resistencia; calificación, límites a los medios empleados, etc.

En la Edad Moderna, el pensamiento de Locke, impregnado por la teoría constitucionalista - que al igual que el derecho a la resistencia buscaba limitar al poder estatal -, y de las ideas racionalistas que propugnaban la existencia de un Derecho Natural desvinculado de la divinidad aparecería plasmado en documentos tales como: a) La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776;⁴¹ b) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789;⁴² c) Constitución francesa de 1793.⁴³ Posteriormente, a decir de Gargarella, en Latinoamérica, el derecho a la

⁴¹ *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América* (04 de Julio, 1776), "...todos los hombres...son dotados...de...derechos inalienables; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno...".

⁴² *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (26 de agosto, 1789), artículo II: "La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

⁴³ Francia, *Constitución de la República* (21 de junio, 1793), artículo 35: "Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es, para todo este y para cada porción, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes", <http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf>.

resistencia también habría encontrado reconocimiento expreso;⁴⁴ y finalmente, en d) La Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁴⁵

El posterior predominio del positivismo jurídico – que supone entre otras cuestiones, la obediencia ciega a las leyes, indiferentemente de su justicia o injusticia - posibilitaría la retirada de la teoría del Derecho Natural, y con él, de la teoría del derecho a la resistencia del debate de la teoría constitucionalista, quedando pendiente de resolución doctrinaria muchas cuestiones problemáticas que incluso provenían desde la Edad Media.

Este escenario de predominio positivista, y la falta de una consolidada base doctrinaria constitucional en torno al derecho a la resistencia, explica que sean pocos los textos constitucionales que en la actualidad lo reconocen – y en la mayoría de ellos como un recurso excepcional -, pues no faltan los criterios que erradamente expresan que el derecho a la resistencia y el constitucionalismo son temas excluyentes,⁴⁶ cuando en realidad es lo contrario: “la idea del derecho a la resistencia está íntimamente ligada al origen del constitucionalismo...”⁴⁷

En este contexto, el constitucionalista Antonello Tarzia expresa que en Italia, “pese a un gran debate sobre incluirlo o no en su Carta Magna [al derecho a la

⁴⁴ Roberto Gargarella, *La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal*, (2003), <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/24/>. A decir de este autor, en la Constitución de 1813 de la Banda Oriental, se habría hecho “referencia a la legitimidad del derecho de resistencia en caso de que el gobierno fuera incapaz de asegurar el bienestar general y los derechos fundamentales...”. La Constitución mexicana de Apatzingán del año 1814 en el artículo 4 habría reconocido el “‘innegable derecho’ popular de establecer... alterar, modificar, o abolir totalmente al gobierno, cuando quiera que ello sea necesario para su felicidad”.

⁴⁵ *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (10 de diciembre, 1948). En cuyo preámbulo se expresa: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

⁴⁶ Gargarella, *La última carta*. El constitucionalismo clásico, fundado en la idea de la igualdad de todos los individuos, llegó a consolidar cuatro principios: “a) existencia de derechos inalienables, b) legitimidad de la autoridad basado en el consenso de los gobernados, c) deber de todo gobierno de proteger los derechos inalienables y d) el ejercicio del derecho a la resistencia como así no sucediera”, con lo que se llega a una conclusión: “que el derecho a la resistencia, manifestado en la resistencia al poder, fue una noción primordial del constitucionalismo desde sus orígenes, una que no se veía como enemiga del mismo, sino como parte integral de él y del derecho de cada comunidad a autogobernarse”.

⁴⁷ Gargarella, *La última carta*, en Michael Chamberlin, “El Derecho a la Resistencia frente al Déficit Democrático en México”, *Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. FLACSO-México* (2008), 14, <<http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1298/1/01.%20El%20derecho%20a%20la%20resistencia%20frente...%20Michael%20William%20Chamberlin%20Ruiz.pdf>>.

resistencia] se decidió no hacerlo porque se pensaba en este derecho como un contenido difícilmente enmarcable bajo el perfil jurídico”,⁴⁸ temores que a decir de Salazar se explicarían cuando se enfoca su estudio desde la óptica del constitucionalismo clásico,⁴⁹ y frente al cual, acertadamente Bobbio, a decir de Vitale, considera que el problema de la resistencia al poder” ha vuelto a retomar sentido. Y es que en la actualidad, “las circunstancias de oposición y de <<resistencia>>, en vez de reducirse, se han multiplicado”, involucrando ya no solo al poder político, sino además a los poderes fácticos como el económico y el ideológico.⁵⁰

⁴⁸ “En América Latina resurge el derecho a la resistencia mientras que en Europa no es materia de discusión hace décadas”, *burodeanalysis.com*, 14 de abril, 2011, <<http://www.burodeanalysis.com/2011/04/14/en-america-latina-resurge-el-derecho-a-la-resistencia-mientras-que-en-europa-no-es-materia-de-discusion-hace-decadas/>>.

⁴⁹ Salazar, *Positivización del derecho a la resistencia*, 323. Según el cual, el derecho a la resistencia tenía sentido al ser ejercitado por una sola y única vez en contra de los gobiernos monárquicos y del orden instituido por ellos, cuya derrota devino en la instauración de los nuevos regímenes democráticos, escenario en el que su ejercicio pasó a ser impensable al descartarse la tiranía del pueblo en contra de sí mismo.

⁵⁰ Vitale, *Defenderse del poder*, 39, 65.

CAPÍTULO II

2.- REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA RESISTENCIA EN EL ECUADOR

2.1.- El derecho a la resistencia en el periodo pre-cons-posconstituyente.- por las delimitaciones que precisa tener este trabajo, se plantea que el periodo preconstituyente arranca en 1979 con el retorno a la democracia,⁵¹ culminando el 24 de abril del año 2007, fecha en la que se realizó la convocatoria para nombrar a los representantes a la *Asamblea Constituyente*.⁵² Desde el 24 de abril del año referido inició el periodo constituyente culminando el 25 de octubre del año 2008, fecha del cese oficial de funciones de la Asamblea.⁵³ Posterior a esta fecha se configura el periodo *posconstituyente*.

La necesidad de esta delimitación ha de servirnos para evidenciar, que antes de la vigencia constitucional del derecho a la resistencia en el Ecuador, el reconocimiento, defensa y exigencia de eficacia de los derechos constitucionales no siempre se ha realizado a través de los mecanismos que prevé el Derecho positivo, por el contrario, en nuestro país la lucha por ellos ha sido una constante a través de acciones *extra legem* – pacíficas como violentas – amparadas en el derecho de protesta, acciones que debiendo ser sancionadas por el Derecho, se han exceptuado de sanción. Contexto en el que el derecho a la resistencia ha venido a reforzar dicha lucha, constituyéndose las acciones amparadas en el derecho de protesta en un antecedente importante a considerar al momento de hablar de las acciones *extra legem* que han de ser amparadas por el derecho

⁵¹ Franklin Ramírez Gallegos, “Desencuentros, convergencias, polarización (y viceversa): El gobierno ecuatoriano y los movimientos sociales”, *Revista Nueva Sociedad* No. 227 (mayo-junio, 2010), <http://www.nuso.org/upload/articulos/3698_1.pdf>.

Juan J. Paz y Miño Cepeda, “El ciclo del proceso constituyente en Ecuador”, en *Varios, Constitución 2008. Entre el Quiebre y la Realidad* (Quito: Ediciones Abya Yala, 2008), <<http://the.pazymino.com/boletinAgoSet08-A.pdf>>.

⁵² Ecuador, Tribunal Supremo Electoral, *Convocatoria a Elecciones para Representantes a la Asamblea Constituyente* (Quito, 24 de abril, 2007).

⁵³ Ecuador, Pleno de la Asamblea Constituyente, *Mandato Constituyente No. 23 de Conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización* (Montecristi-Manabí, 25 de octubre, 2008).

a la resistencia, de su calificación, etc. De esta manera, se demuestra lo irreal que resultan ser los criterios que temerosamente consideran de que amparar por parte del Derecho acciones que se ejercen por fuera de él resultaría ser toda una novedad en nuestro medio.

2.1.1.- Periodo preconstituyente.- desde 1979, e incluso desde los inicios de la República en 1830, en los textos constitucionales ecuatorianos que antecedieron a la actual Constitución (2008), ni en la legislación y la jurisprudencia existe mención expresa o implícita del derecho a la resistencia. Doctrinariamente tampoco se conoce desarrollo alguno al respecto en nuestro país.

Sin embargo, en este periodo, e incluso mucho antes, en nuestra *praxis social* se evidencian numerosas acciones realizadas al amparo del derecho de protesta – pacíficas y violentas – en la lucha por los derechos, importantes de revisar para evidenciar la excepcionalidad del Derecho positivo punitivo frente a ellas, y contrariar el criterio de aquellos que hoy se escandalizan frente a la posibilidad de validar desde el Derecho positivo actos *extra legem* a través del derecho a la resistencia.

Valga mencionar que desde tiempos coloniales, hasta la actualidad, emblemática es la resistencia ejercida por los pueblos indígenas de toda América Latina por más de 500 años en contra de quienes, acorde a una visión monista del Derecho, la cultura, etc., han procurado su exterminio,⁵⁴ cuando menos, su exclusión o asimilación a los modelos hegemónicos occidentales;⁵⁵ que Boaventura ha denominado como el *paradigma dominante*.⁵⁶ Si históricamente su resistencia ha sido criminalizada en nuestro país, en los últimos años – desde 1990 -, el surgimiento del fortalecido movimiento indígena, les

⁵⁴ Carlos Pérez Guartambel, *Justicia Indígena* (Cuenca-Ecuador: Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales/Colegio de Abogados del Azuay, 2006), 91-2, 116 –7.

⁵⁵ Bernardo Tobar, “Monismo jurídico y diferencia cultural. Lo justo, el trabajo en común y la ética del don”, en *Representaciones legales de la alteridad indígena*, Herinaldy Gómez y Cristóbal Gnecco, editores, 1ª ed. (Colombia: Universidad del Cauca, 2008), 286.

⁵⁶ Boaventura de Sousa Santos, “Un discurso sobre las ciencias”, en *Una Epistemología del Sur: La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Boaventura de Sousa Santos (México: Siglo XXI Editores-Clacso, 2009), 21.

ha permitido colocarse en un sitio de importancia en nuestro escenario político,⁵⁷ atenuando mínimamente la criminalización histórica de la cual han sido objeto por su resistencia.

Ecuador, en el periodo comprendido entre 1996-2007, experimentó la aparición de multitudinarios actos de protesta – pacíficos como violentos –, ocasionando continuos periodos de inestabilidad política, lo que incluso dio lugar a la sucesión de ocho presidentes dentro de un periodo que abarca aproximadamente diez años,⁵⁸ actos pacíficos y violentos respecto de los cuales, al resultar victoriosos los manifestantes, no se conoce de judicialización alguna a sus actores. Y es que en la aparente lucha por los derechos, al mediar intereses de índole político, generalmente lo punible de los actos que consagran la victoria de determinados intereses – no precisamente de quienes protestan –, han sabido encontrar su justificación en la opinión pública, debiendo el Derecho positivo exceptuarse de sancionarlos so pena de ser acusado de criminalizar el derecho de protesta.

En la región amazónica, que pese a su riqueza, contradictoria e históricamente ha sido una región pobre, también han acontecido manifestaciones; inicialmente planteadas como pacíficas pero que generalmente degeneraron en violentas. Protestas frente a las cuales, como ha sido costumbre, lo político resultaba ser lo determinante para llegar a concertar acuerdos entre los involucrados, incluyendo la liberación de manifestantes pacíficos como violentos, tal como aconteció en uno de los paros biprovinciales que en el 2002 unió a las provincias de Orellana y Sucumbíos,⁵⁹ negociaciones políticas en las cuales el Derecho positivo debió reprimir su poder punitivo, evidenciando una vez lo

⁵⁷ Miguel Ángel Carlosama, “Movimiento indígena ecuatoriano: historia y consciencia política”, *Rimay, Boletín del Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI)*, 17 (2000), <http://icci.nativeweb.org/boletin/17/carlosama.html>

⁵⁸ Paz y Miño Cepeda, “El ciclo del proceso constituyente en Ecuador”.

⁵⁹ “Se aproxima solución al paro amazónico”, *La Hora*, 03 de marzo, 2002, <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000057713/-1/Se_aproxima_soluci%C3%B3n_al_paro_amaz%C3%B3nico.html#.VA6wdcJ5Pg8>. Y que dejó como saldo millones de dólares en pérdidas por la reducción de producción y exportación petrolera, daños a la propiedad pública y privada, muertos, detenidos, etc.

irreal que resulta una defensa romántica del principio de legalidad, que tiene su máxima clásica en la obediencia mecánica de las leyes.

La lista resultaría interminable y solo terminaría por confirmar que históricamente las diversas formas de protestas violentas y pacíficas suscitadas en este país se encuentran arraigadas en la *praxis social* al amparo del derecho de protesta, al punto de haber sido legitimadas como mecanismos justos y extremos del pueblo para lograr el diálogo con el poder político,⁶⁰ y a través de él, con el Derecho positivo; quien imposibilitado de responder por sí mismo a las exigencias de los grandes cambios, se ha visto forzado a realizarlos, más que por la voluntad del poder político, por la incesante lucha social, y a cuyas manifestaciones pacíficas y violentas, pese a ser de naturaleza *extra legem*, ha debido exceptuar de penalidad.

2.1.2.- Periodo constituyente.- por citar un solo caso de los muchos existentes, a finales del año 2007 aconteció uno de los últimos episodios de protestas violentas en la región amazónica, cuando los pobladores de la Parroquia Dayuma perteneciente a la Provincia de Orellana, por exigencias de vialidad y electricidad protagonizaron la obstaculización de la producción petrolera, bloqueo de vías, daños a la propiedad pública y privada, ingreso indebido a instalaciones petroleras estatales, e incluso mediante el empleo de explosivos.⁶¹ Lo que motivó que el gobierno ordenara la intervención de las fuerzas de seguridad al considerar a dichos actos como terroristas. El resultado final de las jornadas de protestas fue: decenas de detenidos⁶² y el inicio de

⁶⁰ Felipe Burbano de Lara, "Poder Ciudadano", *Hoy digital* (Quito), 13 de enero, 2007, <<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/poder-ciudadano-328307.html>>.

"Derroche Presupuestario", *Hoy digital* (Quito), 03 de marzo, 2006, <<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/derroche-presupuestario-228407.html>>.

⁶¹ "La protesta en Dayuma afecta a Petroproducción", 27 de noviembre, 2007, <<http://www.bittium-energy.com/cms/content/view/420/>>.

⁶² "Comisión de Derechos Humanos protesta por tratos a detenidos en Dayuma", *El Universo*, (Guayaquil), 04 de diciembre, 2007, <<http://www.eluniverso.com/2007/12/04/0001/12/572DA813E8074C4291027B0F4420E42A.html>>.

procesos penales por terrorismo y sabotaje.⁶³ Hasta este punto, más allá de lo justificado o no de las razones que han motivado las protestas, el Derecho positivo, a través de instaurar procesos penales, cumplía su papel: sancionar actos *extra legem* que inobjetablemente configuraban delitos e infracciones, siéndole indiferente lo justo de las reivindicaciones sociales.

Pero, el 15 de enero de 2008, el Presidente de la República, durante la presentación de su primer Informe a la Nación ante la Asamblea Constituyente, le solicitó a esta se otorgue la amnistía e indulto⁶⁴ - entre a otros - "... para las personas acusadas por la toma ilegal de los correos del Ecuador, por el bloqueo de las vías de Machachi y por el paro violento en Dayuma".⁶⁵ Pedido que se replicó por parte de las organizaciones defensoras de los derechos humanos y del ambiente a favor de luchadores sociales criminalizados por haber ejercido su derecho a protestar y resistir.

Según el Centro Carter, la Asamblea amnistió e indultó aproximadamente a dos mil personas, incluyendo a los detenidos en las manifestaciones en Dayuma.⁶⁶ Algunos documentos oficiales y sentencias, concretamente se refieren al otorgamiento de amnistías – lo cual es más acertado afirmar dado que el otorgamiento de indulto en aquel entonces y en la actualidad es una facultad del Presidente de la República -, concedidas bajo el argumento de tratarse de personas que habían "... sido perseguidas y acusadas de delitos comunes y que han ejercido el *derecho de resistencia y de protesta*

⁶³ "Liberan a seis detenidos en protestas de Dayuma", *Hoy digital* (Quito), 04 de enero, 2008, <<http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/liberan-a-seis-detenidos-en-protestas-de-dayuma-286087.html>>.

⁶⁴ Respecto al indulto, expresamente manifestó: Finalmente, le pido a la Asamblea el indulto para los cientos de hombres y mujeres, aquellos seres humanos conocidos como "mulas", absurdamente encarcelados por años en función de leyes impuestas desde el extranjero y donde el castigo no tiene ninguna relación con la infracción.

⁶⁵ Rafael Correa, "Informe ante la Asamblea Nacional Constituyente al cumplirse el primer año de gobierno" (Discurso, Presidencia de la República, 15 de enero, 2008), <<http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/10/2008-01-15-Mensaje-al-cumplirse-el-primer-a%C3%B1o-de-Gobierno.pdf>>. Cursivas añadidas.

⁶⁶ The Carter Center, *Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador* (Quito: 2008), <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Informe_Final_AC_-_Centro_Carter_distribuido.pdf>. "Asamblea Constituyente concede 362 amnistías en Ecuador", *El Universo* (Quito), 14 de marzo, 2008, <<http://www.eluniverso.com/2008/03/14/0001/8/0073444D01BA473A88375C541EBC7388.html>>.

(cursivas añadidas) ciudadana en defensa de sus comunidades y de la Naturaleza, frente a proyectos de explotación de los recursos naturales”.⁶⁷

Las resoluciones constituyentes de amnistías que hacen referencia expresa al derecho a la resistencia, aportan algunos elementos para su comprensión al considerar a los actos *extra legem*, pacíficos y violentos, como amparables por el derecho a la resistencia así como dentro del derecho de protesta, aunque no logran aportar criterios jurídicos que permitan diferenciarlos en función del momento en que han de ser ejercidos, etc. Tal aporte tampoco se constata en varias de las actas constituyentes revisadas.⁶⁸ Pero estas actas testimonian lo corto que les resultó el tiempo a los constituyentes en su tarea de debatir a profundidad las diversas propuestas de articulados, realidad que habría acontecido con el derecho a la resistencia; así se explicarían las falencias en su actual redacción.

2.1.3.- Periodo posconstituyente: Análisis comparado del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia.- una vez en vigencia la actual Constitución en el año 2008, hasta la actualidad, numerosos casos de acciones de hecho se han suscitado en el país, argumentando ampararse en el derecho a la resistencia, dando paso al debate teórico jurídico, político y social en torno a las problemáticas que este derecho plantea para nuestro ordenamiento jurídico, tanto por la insuficiencia y ambigüedad de su redacción, como de su abandono por parte de la teoría constitucionalista, que en nuestro país se refleja en la ausencia de desarrollo constitucional, legislativo o jurisprudencial; y que se replica internacionalmente.

⁶⁷ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Amnistía General”, citada por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, *Sentencia N.º 0004-09-SAN-CC, CASO N.º 0001-08-AN* (Quito, 24 de septiembre, 2009).

Ecuador, Asamblea Constituyente, “Acta No. 27, Amnistía No. 4. Derechos Humanos de 14 marzo de 2008”, citada por Asamblea Nacional, *Resolución* (Quito, 13 de abril, 2011).

⁶⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, *Acta No. 50* (Montecristi-Manabí, 15 de mayo, 2008), en Archivo de la Asamblea Nacional (Quito, visita realizada el 10 de septiembre, 2014. Adicionalmente se han analizado las siguientes Actas del Pleno Constituyente: No. 12, 22, 28, 35, 49-54, 58-9, 64-5, 73, 75, 77, 82, 86.7, 89, 95-6, 98, 104-5; Actas de la Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales No. 1-37. No fue posible acceder a las actas de la Mesa No. 2 de Organización y Participación Ciudadana.

Realidad ante la cual, y como afirma Piedrahita Tatés, siendo propositivos, lo importante es darnos a la tarea de solventar urgentemente los vacíos que la norma constitucional nos plantea, caso contrario su existencia en las actuales condiciones amenaza con convertirlo en "... el germen de una "lucha encarnizada" y en el comienzo de una confrontación de funestas consecuencias...".⁶⁹

Contexto en el que los criterios que reniegan de la existencia del derecho a la resistencia se explican a la luz de una visión radicalmente positivista del Derecho,⁷⁰ que no tiene cabida en el actual Estado ecuatoriano de derechos, que a decir de Ávila, "nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica que destierra a la ley como fuente exclusiva del Derecho y (2) la importancia de los derechos" constitucionales en la organización del Estado, cuya centralidad los convierte en el "eje transversal" de nuestro ordenamiento jurídico,⁷¹ y en el que el derecho a la resistencia, como otros, resulta plenamente exigible que hacerlo sin reconocimiento.⁷²

En esta parte del estudio se ha creído conveniente realizar un análisis comparado del derecho a la resistencia, abarcando las dimensiones constitucional, legal y jurisprudencial, confrontándolas con la doctrina internacional y nacional en función de temas como: I) fundamento, II) sujetos activos, III) sujetos pasivos, IV) bien jurídico protegido, V) función, VI) presupuestos para su ejercicio, VII) forma de ejercicio, VIII) calificación. En la parte final de este capítulo se abordará el análisis de algunos casos

⁶⁹ Bayardo Moreno - Piedrahita Tatés, "El Derecho de Resistencia y la Constitución del 2008", *La Hora. Derechoecuador.com* (Quito), 08 de abril, 2008, <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/04/08/el-derecho-de-resistencia-y-la-constitucion-del-2008>>.

⁷⁰ Carvajal, *Derecho de Resistencia*, 65. Que niega la existencia "... de una norma reguladora por encima de la legislación positiva del Estado... Sin embargo... una corriente teórica de esta naturaleza no tiene y no puede tener un fundamento en la historia del derecho o en la filosofía política, pues en ambas disciplinas se ha reconocido siempre la existencia de una instancia superior a la voluntad misma del legislador o cuerpo legislador.

⁷¹ Ramiro Ávila Santamaría, "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia", en *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Sociedad No.3 (Quito: 2008), 29, 37.

⁷² Ávila Santamaría, "El derecho de la naturaleza: fundamentos", en *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2011), 232.

que desde el año 2008, en el Ecuador se han argumentado al amparo del derecho a la resistencia.

I.- Fundamento del derecho constitucional a la resistencia.- el fundamento del derecho a la resistencia hace referencia a aquellas raíces teóricas iusnaturalistas que le brindan su razón de ser y fuera de la cual no sería posible concebir su existencia, tal como acontece con la teoría iuspositivista. Este enfrentamiento entre iusnaturalismo e iuspositivismo en torno al derecho a la resistencia, que no es nueva en la doctrina internacional, desde el año 2008,⁷³ tiene sus escasas manifestaciones en nuestro país.⁷⁴

La Constitución ecuatoriana, en el artículo 98 reconoce el derecho a la resistencia y de su lectura resulta imposible establecer el fundamento del cual está dotado dicho derecho. Tampoco existe desarrollo infra constitucional que permita dilucidar tal inquietud. Realidad de la cual también adolece la Acción de Protección No. 2009-1028;⁷⁵ única que se conoce respecto al análisis del derecho a la resistencia.

Por otra parte, en la doctrina nacional, el jurista Miguel Hernández, si bien no analiza el tema del fundamento del derecho a la resistencia, sus referencias recogen el criterio de que se trata de un derecho con un fundamento iusnaturalista.⁷⁶

La Ley Fundamental de Alemania (en adelante LFA) de 1949 reconoce el derecho a la resistencia en el artículo 20 numeral 4,⁷⁷ artículo que fue incorporado en

⁷³ Antes del año 2008, no existía en nuestro país discusión alguna en torno a la necesidad de constitucionalizar el derecho a la resistencia, tal como si aconteció en países como Alemania e Italia.

⁷⁴ Corral B., “Acerca de la resistencia”. El cuestionamiento se enfoca más a la forma en que está redactado el artículo 98 del texto constitucional que reconoce el derecho a la resistencia. Al respecto el constitucionalista Fabián Corral considera que tal redacción constituyente, que habría respondido más a la novelaría o al fundamentalismo, en la actualidad nos avocaría a diversos “problemas jurídicos, políticos y sociales”.

⁷⁵ Ecuador, Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, *Acción de protección No. 2009-1028* (Quito, 29 de septiembre, 2009). Como antecedentes consta que esta acción fue interpuesta por el abogado defensor de una de las partes intervinientes en un juicio arbitral conocido por el Árbitro Único del Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. Juicio dentro del cual ha dicho abogado se le impuso una sanción por desacato e intentos de retardo del proceso respecto de diligencias que competían cumplir a sus defendidos y no a él. Razón por la cual, consideró que al no ser parte procesal, la sanción impuesta, siendo inapelable, vulneraba sus derechos constitucionales, principalmente, su derecho a la defensa. Al final, el Juez constitucional le dio la razón a sus pretensiones de dejar sin efecto la sanción.

⁷⁶ Miguel Hernández Terán, *El derecho constitucional a la resistencia. ¿Realidad o Utopía?* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2012), 1-206.

1968 mediante una reforma constitucional.⁷⁸ Salazar, basándose en algunos doctrinarios que han realizado el análisis de la jurisprudencia alemana sobre el derecho a la resistencia, y que sería abundante por los casos de resistencia ejercidos por los miembros del Partido Comunista Alemán durante el régimen nazi, manifiesta que el derecho constitucional a la resistencia tiene su origen en el derecho a la resistencia originado en la teoría del Derecho Natural.

Ordenamiento al cual se encontraría subordinado el Derecho Positivo, debido a que el Derecho Natural estaría dotado de un contenido axiológico inmutable e imprescriptible, y de una existencia que escapa a la voluntad humana, por lo tanto, a la necesidad de su reconocimiento expreso, de allí que en igual forma sea concebido el derecho a la resistencia originado en su seno, y que se hable de un derecho suprapositivo a la resistencia en aquellos ordenamientos que no lo contemplan y más aún en aquellos que si realizan tal reconocimiento.

Según lo manifestado, el derecho constitucional a la resistencia contemplado en la LFA, encuentra su fundamento en el iusnaturalismo; concretamente en el derecho suprapositivo a la resistencia, aunque represente solo una parte del mismo al gozar de una autonomía e independencia que le brinda su reconocimiento por parte del Derecho positivo – podría ser eliminado de una Constitución pero ello no elimina la existencia del derecho suprapositivo a la resistencia -, lo cual no implica desnaturalizarlo en su contenido y ejercicio al punto de diferenciarlo en absoluto del derecho suprapositivo a la resistencia,⁷⁹ que dicho sea, han de gozar de límites que eviten su empleo arbitrario, lo que no implica hablar de una *regulación* exhaustiva, pues, concordando con Salazar,

⁷⁷ Alemania, *Ley Fundamental* (1949), artículo 20 numeral 4 inciso 4: “Todo alemán tendrá derecho de resistencia ... cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia”, <<http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>>.

⁷⁸ Salazar, *Positivización del derecho a la resistencia*, 324.

⁷⁹ *Ibíd.*, 325.

la misma escaparía a las posibilidades del Derecho positivo al tratarse de un derecho ejercido en situaciones extremas y por lo tanto de difícil predicción.⁸⁰

Resulta ser evidente que el derecho a la resistencia tiene su fundamento en el iusnaturalismo, no obstante ello no significa que para su fundamentación debamos reducirnos exclusivamente al iusnaturalismo,⁸¹ en desmedro del Derecho positivo.⁸² Tampoco cabe radicalizarnos en el iuspositivismo,⁸³ en perjuicio del Derecho natural, cuya negación implicaría al mismo tiempo la negación de la existencia del derecho a la resistencia.⁸⁴

Si hemos de hablar del fundamento del derecho a la resistencia, corresponde hacerlo extensivo respecto de todos los derechos humanos, los cuales resultarían imposibles de entender plenamente "... analizando sólo su contenido normativo sin referencia a su contenido valorativo, a las razones o fines de esas normas, a la idea de justicia que se pretende realizar. No puede entenderse Norma y Valor si no es una inescindible unidad dialéctica".⁸⁵ Lo manifestado plantea la necesidad de una "concepción dual" sobre el fundamento del derecho a la resistencia, por lo tanto de los derechos humanos.⁸⁶

Es entonces claro que el fundamento del derecho a la resistencia es de índole iusnaturalista; en tanto el derecho constitucional a la resistencia deriva del derecho suprapositivo a la resistencia, pero también iuspositivista; en tanto una parte de ese

⁸⁰ *Ibíd.*, 330.

⁸¹ Ávila Santamaría, "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia", 24.

⁸² Paulina Gómez Barboza, "Juricidad y fundamentación de los derechos humanos", *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV (1991-1992)*, 36, <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/243/224>>. Para el iusnaturalismo una norma es válida sólo si es justa, postulando la necesidad de un contenido axiológico de los derechos al pertenecer estos a un orden jurídico superior al derecho positivo, del cual no precisan para existir y ser tales.

⁸³ Ávila, "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia", 26.

⁸⁴ Gómez "Juricidad y fundamentación de los derechos humanos", 36. Para el positivismo jurídico toda norma vigente es válida negando la existencia de cualquier ordenamiento jurídico fuera de él, relativizando el contenido de los derechos al negarles todo contenido axiológico.

⁸⁵ *Ibíd.*, 40.

⁸⁶ *Ibíd.*, 37.

derecho natural consta reconocido dentro del Derecho Positivo, y por lo tanto sujeto a los condicionamientos que este le imponga.

A.- El contenido de los derechos constitucionales.- una vez determinado el fundamento dual del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia corresponde hablar de ese mínimo axiológico inmutable e imprescriptible que el Derecho Natural dota a los derechos nacidos en su seno, tal es el caso del derecho a la resistencia; y que en este trabajo se asimila como el contenido esencial del derecho a la resistencia.

La Constitución ecuatoriana en el artículo 11 numeral 4 se refiere en forma general al *contenido* de los derechos, sin hacer referencia al *contenido esencial*. La revisión de algunas actas constituyentes evidencia que los constituyentes si realizaron mención expresa al *contenido esencial* al momento de debatir el actual artículo constitucional 11 numeral 4.⁸⁷

En forma similar, la Corte Constitucional del Ecuador en algunas de sus sentencias también ha hecho referencia expresa al *contenido esencial* de los derechos.⁸⁸ Entonces, ¿debe entenderse que la Constitución en el artículo 11 numeral 4 reconoce la existencia del contenido esencial como parte de los derechos constitucionales? Para la jurista Claudia Storini el *contenido esencial* debe considerarse implícito dentro de dicha norma al ser una *garantía* que obliga al legislador – y por extensión también abarcaría a los jueces - a respetar un mínimo al momento de trabajar con derechos,⁸⁹ criterio que guarda concordancia con la práctica de la Corte Constitucional y la intención del

⁸⁷ Ecuador, Asamblea Constituyente, *Acta del Pleno No. 28* (Montecristi-Manabí, 19 de marzo, 2008). En el acta del Pleno No. 28 del 19 de marzo de 2008. Adicionalmente se lo mencionaba en el acta No. 33 del 28 de febrero de 2008 de la Mesa Constituyente No.1 y que fue excluida del acta No. 34 del 13 de marzo del año en referencia.

⁸⁸ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 043-10-SEP-CC. Caso No. 0174-09-EP*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 661* (Quito, 14 de marzo, 2012).

Ibíd., *Sentencia No. 012-09-SEP-CC. Caso 0048-08-EP*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 9*, 21 de agosto, 2009. “Si bien en un primer momento la garantía del *contenido esencial* se estableció para controlar al legislador, la regla que los derechos y garantías constitucionales no deben ser alterados, es una pauta interpretativa que debe ser respetada también por la sentencia judicial, así como por parte del ejecutivo” (Énfasis añadido).

⁸⁹ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, editores (Quito: Corporación Editora nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2009), 294.

constituyente, por lo tanto, hemos de concluir que el contenido esencial forma parte del derecho a la resistencia.

Pero entonces ¿Qué entender por contenido esencial de un derecho? La teoría del contenido esencial establece que cada derecho, tiene mínimos axiológicos inalterables, que configuran una esfera de lo indecible, y sin los cuales el legislador y los jueces tendrían arbitrio absoluto *sobre la totalidad* del contenido de los derechos, dando lugar a todo tipo de arbitrariedades validadas por la democracia representativa y plebiscitaria, con el consiguiente riesgo de terminar por relativizar el contenido y ejercicio de todos los derechos, contexto en el que el contenido esencial viene a constituirse en una garantía frente a tales arbitrariedades,⁹⁰ al tiempo de contribuir en la lucha de abogar por el ideal de que los derechos más que una pretensión de verdad universal, en verdad lo sean.⁹¹

Pero el contenido esencial es una parte del contenido de cada derecho, es decir, existe un contenido en los derechos que no es contenido esencial. Consecuentemente, lo que aquí se plantea es que la expresión general “contenido” que consta en la Constitución, abarca dos clases de contenidos: a) *contenido no esencial* y b) *contenido esencial*. Por consiguiente, el derecho a la resistencia contiene estos dos tipos de contenidos.

El contenido no esencial del derecho a la resistencia es aquel que podría ser modificado, por ejemplo a través de su regulación. El contenido esencial del derecho a la resistencia, que implica la existencia de un mínimo axiológico inalterable, ¿en realidad configura una esfera de lo indecible democráticamente? Si así fuese, se

⁹⁰ *Ibíd.*, 295. Storini afirma que la garantía del contenido esencial, si bien adolece de problemáticas, algo que no debe olvidarse al afrontar su estudio es que: “Determinar constitucionalmente la obligación del legislador o, lo que es lo mismo, de la mayoría de respetar un contenido mínimo en la regulación del ejercicio de los derechos es determinar también la obligación del legislador de respetar el pluralismo, de someterse a reglas en su acción política”.

⁹¹ “B1.6. Razones que legitiman la teoría del poder como presupuesto necesario de la teoría de los derechos humanos”, en *Curso Sistemático de Derechos Humanos*, <http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh26.htm>. Evitándose su relativización y que sean tan solo un reflejo de las cambiantes relaciones de poder.

configuraría una especie de “congelamiento” de dicho contenido en todos los derechos frente al debate político en desmedro del principio democrático, por lo que acorde a la evolución progresiva de los derechos humanos es más acertado concebir un contenido esencial – o dimensión sustancial como la denomina Ferrajoli⁹² - sujeta a lo decidible políticamente,⁹³ *solo* si tales decisiones favorecen a los derechos constitucionales en igual o mejor forma que los instrumentos internacionales de derechos humanos que los reconocen, respetando los principios constitucionales de no regresividad y no restricción de los derechos constitucionales, no se lo desnaturalice y se propenda a su mayor eficiencia y eficacia.

Acorde a lo expresado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha manifestado que: “En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad”, es decir, se requiere que las leyes respondan, *inter alia*, a la voluntad de una “democracia representativa”, que no solo implica el respeto de las mayorías, sino también de las minorías, todas ellas ordenadas hacia el “bien común”.⁹⁴

Hipóticamente supongamos que al derecho a la resistencia se le privará de acudir a los medios *extra legem* ¿se afectaría su contenido esencial? Sí, ya que con seguridad terminaría siendo asimilado dentro del derecho de impugnación. Si se le negará una finalidad conservadora y restauradora ¿se afectaría su contenido esencial? Sí, y con facilidad podría ser asimilado a la revolución, al terrorismo, etc. Si al derecho a la resistencia no se le reconociese como un recurso excepcional para la defensa de los derechos constitucionales ¿se afectaría su contenido esencial? Por supuesto que sí, y al ser así podría ser ejercido sin necesidad de acudir previamente a otros medios de

⁹² Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *Desde Otra Mirada*, Curtis Christian, compilador, (Buenos Aires: Eudeba, 2001).

⁹³ Agustín Grijalva, “Nuevo Constitucionalismo, Democracia e Independencia Judicial” (2014). Artículo aún no publicado. En posesión del autor.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-6/86* (09 de mayo, 1986).

defensa que prevé el Derecho; dígase por ejemplo la Acción Extraordinaria de Protección, respecto de la cual incluso en la Ley procesal constitucional se la configura como una garantía excepcional al exigir que para ser interpuesta se hayan agotado “los recursos ordinarios y extraordinarios” (en adelante LOGJCC).⁹⁵

Por lo tanto, la teoría del contenido esencial nos permite sostener que la doctrina es la que a través del tiempo le ha dotado al derecho a la resistencia de dicho contenido, permitiéndole diferenciarse de otras formas de resistencia, al tiempo de limitarlo. ¿Por qué la doctrina? Porque ella es la fuente que subyace implícitamente en todas las demás fuentes del Derecho, y es que en la actualidad ninguna norma, sentencia o jurisprudencia para su formación prescinde de doctrina. Tal es así que el constituyente ecuatoriano tuvo la intención de postularla como la primera fuente para el desarrollo del contenido de los derechos.⁹⁶

Establecido que el derecho a la resistencia está dotado de un contenido esencial, corresponde saber si el contenido esencial es de índole moral, político, religioso, etc. Storini sostiene que aquel “puede estar ya definido en la propia Constitución o que puede, por el contrario, encontrarse de manera implícita en la misma”.⁹⁷ Así, Ramiro Ávila, al poner de manifiesto la existencia de la relación entre iusnaturalismo y iuspositivismo en el texto constitucional ecuatoriano,⁹⁸ se concluye que el contenido esencial del derecho a la resistencia – como de todos los derechos - es ante todo de

⁹⁵ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, en *Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 52* (Quito, 22 de octubre, 2009), artículo 61, numeral 3.

⁹⁶ Ecuador, Asamblea Constituyente, Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. *Acta No. 34* (Montecristi-Manabí, 13 de marzo, 2008). Lo cual se evidencia si se analiza el Acta No. 34 de la Mesa Constituyente No. 1, que en su propuesta de articulado referente al tema y remitido para consideración del Pleno originalmente expresaba: “El contenido de los derechos será desarrollado *doctrinaria*, normativa, jurisprudencialmente y a través de políticas públicas” (Énfasis añadido). Corroborado de igual forma en el Acta 35 del 01 de abril, 2008.

⁹⁷ Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, 295.

⁹⁸ Ávila, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, 35. Quién refiriéndose a la forma en que se manifiesta la pluralidad jurídica en el Ecuador, citando a García Figueroa, sostiene que las constituciones como la nuestras, al positivizar “principios y valores ... como los derechos humanos ...”, terminan por conjugar “el iusnaturalismo y el positivismo ... los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral” de forma que para comprender o ponderar el alcance de un derecho se requiere de argumentaciones jurídicas en las que lo moral es insalvable y es que “el derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable”, pero aclara, que tales argumentaciones deben tener como base los principios constitucionales.

índole moral; obviamente que no sería religioso - como si fue en la Edad Media -, pues el Ecuador se encuentra consagrado como un Estado laico.

II.- Sujetos activos.- en el Ecuador, se atribuye el ejercicio del derecho a la resistencia a favor de los “individuos” y los “colectivos”, términos cuya significación nos lleva a pensar que no se trata de un derecho atribuible solo a los ecuatorianos, más aún con el postulado constitucional de la ciudadanía universal (ConsE. Artículo 416 numeral 6), mediante el cual se reconceptualiza el significado tradicional de ciudadanía; que más que vinculada al lugar de nacimiento de las personas, la relaciona con los derechos humanos, de los cuales somos titulares todas las personas humanas, sùmese a ello que el artículo constitucional primero nos consagra como un estado de derechos y justicia, así, no resultaría tan descabellado postular que el derecho a la resistencia le corresponde también a los extranjeros. En cualquier caso, sobre la titularidad del derecho a la resistencia en nuestro país, no se conoce desarrollo normativo o jurisprudencial que pueda citarse.

En el caso de Alemania, según el artículo 20 numeral 4 de la LFA, los sujetos activos o titulares de este derecho, son “todos los alemanes”, que a decir Salazar se trata de un derecho individual ciudadano, lo que es el resultado de la aplicación del principio de soberanía popular, de la cual el pueblo alemán es el único titular.⁹⁹

Tratándose de un derecho individual, manifiesta Salazar, no le corresponde ejercerlo a las personas jurídicas; lo cual no impide que los individuos en aras de conseguir resultados eficaces con su resistencia - cosa muy difícil de lograr si se actúa individualmente - se “asocien colectivamente para ejercerlo en común”, lo que en forma alguna lo convierte en un derecho de asociación.¹⁰⁰ Frente a este criterio, en el Ecuador, el reconocimiento de los derechos colectivos permite trascender la concepción

⁹⁹ Salazar, *Positivización del derecho a la resistencia*, 329.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 330.

tradicional de concebir al derecho a la resistencia como un derecho individual, de allí que este derecho en nuestro país – adicional a ser un derecho individual - sí sea un derecho de asociación en tanto se trate de la defensa de los derechos colectivos.

Lógicamente, debe tenerse en cuenta el criterio de Salazar cuando manifiesta que un ejercicio colectivo del derecho a la resistencia garantiza resultados eficaces en la defensa de los derechos individuales, lo que en contraposición implica decir que una defensa aislada de los derechos individuales reduciría las posibilidades de éxito, con los consiguientes resultados de penalizar su ejercicio, posibilidad de la que incluso no escapa su débil ejercicio colectivo. Es preciso entonces tener conciencia de que la afectación de los derechos constitucionales de un solo individuo, o de un colectivo, lo es respecto de todos y cada uno de nosotros o de cada colectivo, solo entonces, se incrementarán las posibilidades de éxito del derecho a la resistencia en el Ecuador por parte de sus titulares.

Por otro lado, ciertamente que el derecho a la resistencia en Alemania no deja dudas de que su ejercicio concierne exclusivamente a los alemanes – tal como acontece en Grecia, en donde se concede este derecho a favor de “los griegos”¹⁰¹, pero no parece muy atinado vincular la titularidad del derecho en referencia con la ciudadanía – al menos el texto constitucional alemán se refiere a “todos los alemanes”- pues ello implicaría restringirlo a quienes poseen la mayoría de edad; en Argentina, en cambio, el texto constitucional sí es expreso al otorgar este derecho a favor de “todos los ciudadanos”¹⁰².

Lo cierto es que el derecho a la resistencia al ser concedido a favor de “todos los alemanes”, se ha prestado para interpretaciones variadas; igual cosa podría acontecer en

¹⁰¹ Grecia, *Constitución de la República* (1975), artículo 120 numeral 4. <<http://www.eft.com.ar/legislac/constit/grecia.htm>>.

¹⁰² Argentina, *Constitución de la Nación* (22 de agosto, 1994), artículo 36, <<http://www.cepal.org/oig/doc/argentinaconstitucionpolitica.pdf>>.

Portugal, país donde el derecho a la resistencia se concede en forma general a “todos”.¹⁰³ Así, no faltan quienes en Alemania consideran que este derecho también le compete al poder público, frente a lo cual, existen criterios que manifiestan que si bien, la defensa del orden fundamental alemán compete en primera instancia a los entes estatales, ello no significa que aquellos sean los titulares de tal derecho.¹⁰⁴ Afortunadamente, en el Ecuador, su titularidad no admite discusión.

III.- Sujetos pasivos.- nuestro texto constitucional es claro al manifestar que el derecho a la resistencia solo puede ser ejercido en contra del poder público, personas jurídicas naturales y jurídicas no estatales. Contexto en el que resulta incomprensible que personas jurídicas e integrantes del poder público lo hayan invocado, tal como aconteció en el litigio laboral que involucró a la Cervecería Nacional y sus extrabajadores tercerizados por supuestas utilidades impagas entre los años 1990 y 2005 - y que tiene como antecedente el mandato constituyente de eliminar la tercerización - ,¹⁰⁵ razón por la cual, el 9 de marzo del 2011 la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Guayas la condenó al pago de más de 90 millones de dólares, ante la cual a mediados de marzo (2011) la empresa cervecera invocó el derecho a la resistencia en contra de la sentencia emitida y a la que consideró como ilegal, inconstitucional, injusta e ilegítima.¹⁰⁶

¹⁰³ Portugal, *Constitución de la República* (25 de abril, 1976), artículo 21, <<http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>>.

¹⁰⁴ Salazar, *Positivización del derecho a la resistencia*, 328-9.

¹⁰⁵ Ecuador, Asamblea Constituyente, *Mandato Constituyente No. 8* (Montecristi-Manabí, 30 de abril, 2008). Como antecedentes, la *tercerización* era una forma de contratación legal en el país hasta el año 2008, que básicamente consistía en que los trabajadores de una determinada empresa tenían relación directa con otras empresas que eran quienes los subcontractaban. El 30 de abril del año 2008 la Asamblea Constituyente expidió el *Mandato Constituyente No. 8* por medio del cual se eliminó esta forma de contratación laboral: El artículo 1 de dicho mandato reza: “Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador”.

¹⁰⁶ “Cervecería Nacional deberá pagar más de \$ 90 millones a extrabajadores luego del dictamen de la Corte”, *Vistazo*, 09 de marzo, 2011, <<http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=14488>>.

Luis Sánchez Baquerizo, “La renuencia de cervecería a obedecer”, *Desde mi trinchera*, 25 de marzo, 2011, <<http://www.desdemitrinchera.com/articulos/la-renuencia-de-cerveceria-a-obedecer/>>.

En Alemania, el derecho a la resistencia se ejerce “contra quienquiera que se proponga eliminar el orden” de democracia y libertad expresado en el artículo constitucional 20, numerales 1-3;¹⁰⁷ lo que guarda similitud con el derecho a la resistencia de Argentina¹⁰⁸ y Grecia.¹⁰⁹ Es claro entonces “quienquiera”, puede ser el poder público, las personas naturales y jurídicas no estatales, lo que guarda semejanza con el caso ecuatoriano y que a su vez ha permitido diferenciar al contemporáneo derecho a la resistencia respecto de su antecesor clásico, el cual se ejercitaba solo frente al poder público.¹¹⁰

IV.- Bien jurídico protegido.- el derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia se ejerce frente a acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos constitucionales, o para exigir el reconocimiento de nuevos derechos. Por lo tanto, todos los derechos constitucionales individuales y colectivos en su conjunto constituyen el bien jurídico protegido por nuestro derecho a la resistencia, lo que adicionalmente lo convierte en una garantía; no jurisdiccional por cierto, dada la naturaleza *extra legem* de los medios que emplea para su ejercicio – según lo ha desarrollado la doctrina y que lo diferencia de aquellos recursos amparados por el Derecho -, pese a coincidir en sus fines con las garantías jurisdiccionales.

En la LFA, el bien jurídico protegido por el derecho a la resistencia alemán es “el orden fundamental de democracia y libertad” expresado en el artículo constitucional 20 numerales 1-3, que está constituido por los “principios estructurales” tales como: “República, Estado federal, Democracia Parlamentaria, Estado de Derecho, Estado Social, División de Poderes, primacía de la Constitución y cumplimiento de las

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 328.

¹⁰⁸ Argentina, *Constitución de la Nación*, artículo 36.

¹⁰⁹ Grecia, *Constitución de la República*, artículo 120 numeral 4.

¹¹⁰ Salazar, *Positivización del derecho a la resistencia*, 328-9.

resoluciones judiciales”.¹¹¹ En Grecia, lo es la Constitución;¹¹² en Portugal, los derechos, las libertades y las garantías instituidas,¹¹³ lo que es similar en Guatemala;¹¹⁴ en Argentina: el orden institucional y democrático consagrado por la Constitución.¹¹⁵

V.- Funciones.- el derecho a la resistencia ecuatoriano se ejerce para la defensa de los derechos constitucionales a efecto de hacer cesar las amenazas o vulneraciones existentes en contra de ellos, y para exigir el reconocimiento de nuevos derechos, lo que lo convierte en un derecho con una función conservadora, restauradora e innovadora. De allí que sus fines siempre deberán guardar concordancia con sus funciones, explicándose así sus diferencias con los fines que persiguen otras figuras y a las cuales no ampara, a) sea porque pese a que muchos de los *medios extra legem* que emplean, siendo similares a los que acude el derecho a la resistencia difieren con sus *fines* de conservación y restauración; como en el caso de la revolución, b) o porque coincidiendo con los *fines* del derecho a la resistencia no han configurado las condiciones que posibilitan su ejercicio, en cuyo caso, estas acciones *extra legem* pueden ser amparables por el derecho de protesta comúnmente invocado en nuestro medio.

En la LFA se faculta a los alemanes a ejercer el derecho a la resistencia contra cualquiera que se proponga eliminar el orden fundamental de democracia y libertad (artículo 20, numeral 4, incisos 1,2 y 3), lo que equivale a conservarlo o restaurarlo,¹¹⁶ de allí que su función sea en ambos sentidos similar al derecho a la resistencia ecuatoriano, diferenciándose en el hecho de que este último permite su ejercicio para lograr el reconocimiento de nuevos derechos, constituyendo esto último toda una

¹¹¹ *Ibíd.*, 325, 326.

¹¹² Grecia, *Constitución de la República*, 120 numeral 4.

¹¹³ Portugal, *Constitución de la República*, 21.

¹¹⁴ Guatemala, *Constitución de la República*, 45.

¹¹⁵ Argentina, *Constitución de la Nación*, 36.

¹¹⁶ Salazar, *Positivización del derecho a la resistencia*, 328.

novedad en la teoría del derecho a la resistencia y sobre la cual aún no existe precedente alguno.

La función conservadora y restauradora del derecho a la resistencia se encuentra en otros textos constitucionales tales como: Grecia: donde se posibilita su ejercicio a los griegos frente a quien intente abolir la Constitución;¹¹⁷ Portugal: que legitima su empleo frente a cualquier orden que ofenda los derechos, las libertades y las garantías instituidas;¹¹⁸ Argentina: que faculta la resistencia a favor del orden institucional y democrático consagrado por la Constitución;¹¹⁹ Guatemala: país donde se faculta el empleo del derecho en referencia en pro de la protección y defensa de los derechos y garantías constitucionales.¹²⁰

Vemos que en general, al igual que aconteció en los inicios del constitucionalismo, el bien jurídico protegido por el contemporáneo derecho a la resistencia es la defensa de los postulados constitucionalistas que irradian a los actuales estados; existencia de constituciones con un contenido material y formal, división de funciones, primacía de los derechos humanos, pluralismo jurídico, etc., escenario en el que el derecho a la resistencia se erige como una garantía de aquellos en tanto busca su conservación, restauración e innovación.

Si adicionalmente se ha de plantear al derecho a la resistencia como un derecho defensor de la Constitución y del nuevo constitucionalismo ecuatoriano, corresponde adentrarnos a un análisis en el que obligatoriamente debemos de considerar los criterios de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas. La constitución ecuatoriana prevé el ejercicio del derecho a la resistencia ante amenazas y vulneraciones a los derechos constitucionales. ¿Cuándo se produciría dicha amenaza o vulneración? Estas

¹¹⁷ Grecia, *Constitución de la República*, 120 numeral 4.

¹¹⁸ Portugal, *Constitución de la República*, 21.

¹¹⁹ Argentina, *Constitución de la Nación*, 36.

¹²⁰ Guatemala, *Constitución de la República*, 45.

se producirían en infinidad de formas. Tomando como ejemplo al legislador, este en su tarea de trabajar con derechos constitucionales, podría amenazarlos o vulnerarlos cuando infrinja los principios constitucionales de no restricción y no regresión. En estos contextos, podríamos decir que sus acciones y omisiones, son inválidas pese a que formalmente aparenten ser válidas.

Para entender lo manifestado se requiere aclarar el significado de los criterios de validez, vigencia y eficacia. Según Sferrazza,¹²¹ para Ferrajoli existen dos tipos de legitimaciones en el Derecho: **a.-** “*Legitimación externa o justificación*”, integrada por razones que van más allá del ámbito jurídico; díganse valoraciones morales y políticas. Esta se identifica con la *justicia* (Derecho que *debe ser*), de allí que las normas sean válidas en tanto se ajusten a dichas valoraciones. (Test de sustancialidad)¹²² **b.-** “*Legitimación interna o legitimación en sentido estricto*”, integrada por “pautas normativas cristalizadas dentro del marco del ordenamiento jurídico, como criterios jurídicos de valoración...” (Derecho que *es*) (Test de formalidad).¹²³ En consecuencia, la *norma válida* no solo debe responder al *test de formalidad*, sino además, al *test de sustancialidad*, así:

La norma vigente es la norma existente, es decir, producida por el órgano competente de acuerdo al procedimiento pertinentemente establecido para ello. *La norma válida* es aquella cuyo contenido no es contradictorio con el de las normas jerárquicas superiores del ordenamiento, específicamente, las constitucionales. *La norma efectiva* (Énfasis añadido), en general, es la que goza de un margen relativamente amplio de cumplimiento en la sociedad.¹²⁴

Según lo expresado, debe hacerse notar que el criterio Ferrajoliano de validez se explica en relación a la jerarquía de una norma inferior respecto de una superior, de allí

¹²¹ Pietro Sferrazza Taibi, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho. La Teoría Jurídica Crítica de Luigi Ferrajoli* (Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010), <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_juridica_critica.pdf>.

¹²² *Ibíd.*, 2.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *Ibíd.*, 6,8.

que se insista en la necesidad de incorporación de tantos valores como sean posibles en el nivel superior.¹²⁵ Así, solo cabría hablarse de validez en una relación de norma superior vs norma inferior, norma superior que contendrá valoraciones de índole moral como política (Test de sustancialidad), criterio con el cual no cabría hablar de un parámetro de validez superior a la norma máxima; tal sería el caso de la Constitución.¹²⁶

En nuestro caso, el parámetro al que cabe confrontar nuestra Constitución, se encuentra plasmado en el ordenamiento de los derechos humanos; concretamente, en los instrumentos internacionales que los reconocen. Este parámetro de validez, es el que nos permite hablar de la validez de nuestra Constitución, que bien podría llegar a ser considerada como inválida - pese a gozar de validez formal - cuando sus preceptos reconozcan derechos en sentido menos favorable al de los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que por otro lado implicaría decir que – y acorde al criterio de jerarquía de Ferrajoli – en tanto la norma superior – la Constitución – goce de la mayor cantidad de valores morales y políticos favorables para el ser humano, ella no tendría parámetro de validez superior a ella. Y es en este contexto en que se entiende aplican los criterios que nos hablan de que los instrumentos internacionales de derechos humanos “no solo son parte del ordenamiento jurídico interno sino que la Constitución ... les otorga un lugar prevalente en el sistema de fuentes del Derecho” al posicionarlos en distintos niveles: supraconstitucional (ConsE. Artículo 424), constitucional (Ibíd., 3, 10) y supralegal (Ibíd., 425).¹²⁷

¹²⁵ Ibíd. Resulta pues que las normas superiores constitucionales juegan un papel trascendental dentro del examen de validez de las normas, siendo importante “la incorporación de valores en los niveles superiores del ordenamiento jurídico”, de forma que “cuanto más sean los valores incorporados en tales niveles en forma de imperativos negativos, menos serán los márgenes decisorios abandonados a los arbitrios potestativos de los niveles inferiores, por ejemplo, legislativo respecto del constitucional o jurisdiccional respecto del legislativo”.

¹²⁶ Debe considerarse que Ferrajoli escribe para el contexto italiano, de allí que se explique su posición de la validez de las normas en función del criterio de jerarquía.

¹²⁷ José Manuel Hermida, “Los profesionales del derecho, la justicia y la vigencia de los Derechos Humanos”, en *El uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, Luis Pasara/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos (Quito: 2008), 14. Luis Pasara, “El uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia”, en *El uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, 32-3.

De forma que, en tanto la Constitución goce de una validez, igual o superior al reconocido en los instrumentos de derechos humanos, el derecho a la resistencia, no solo implicará la defensa de los derechos constitucionales, sino también de la Constitución, lo que en última instancia también abarca la defensa del constitucionalismo de derechos.¹²⁸ Así, no siempre será posible defender determinados derechos o determinadas constituciones en tanto aquellos/as no se correspondan en igual o superior nivel al reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Reconociendo que mucho habría que analizarse al respecto, el derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia, adicional a ser un derecho, se constituye en una garantía – no en sentido jurisdiccional - tanto para la defensa de los derechos constitucionales al ser un *derecho defensor de derechos*, de la Constitución y de los postulados del nuevo constitucionalismo. También podría decirse, que el derecho a la resistencia ha venido a constituirse en una garantía que refuerza el principio de rigidez constitucional en tanto procura la defensa de un determinado contenido material de la Constitución.

VI.- Presupuestos para su ejercicio.- el derecho a la resistencia ecuatoriano se ejerce en contra de acciones y omisiones – provenientes del sujeto pasivo de este derecho – que amenacen o vulneren los derechos constitucionales y para demandar el reconocimiento de nuevos derechos. Consecuentemente, los presupuestos para su ejercicio son la existencia de acciones y omisiones que amenacen o vulneren los derechos constitucionales y que provengan de los sujetos pasivos del derecho a la resistencia.¹²⁹

¹²⁸ Gargarella, "La última carta". Ya en sus inicios el constitucionalismo consagró el derecho a la resistencia en defensa de sus principios rectores originarios. a) existencia de derechos inalienables, b) legitimidad de la autoridad, y c) deber de esta de proteger a los derechos.

¹²⁹ La forma en que las acciones y omisiones se materializan es de muy amplio espectro, sin embargo, para el caso de las vulneraciones, se plantea que se deberá preferir aquellas cuya vigencia produzcan efectos jurídicos, de esa manera podrán ser impugnables a través de los medios que prevé el Derecho y que en el transcurso del tiempo permitan agotarlos a efecto de configurar el derecho a la resistencia. Un ejemplo de la materialización de las acciones y

Para el caso de la demanda del reconocimiento de nuevos derechos, la cuestión es más complicada por ser novedosa en la teoría del derecho a la resistencia y desconocerse de desarrollo normativo, jurisprudencial o doctrinario nacional e internacional al respecto. Sin embargo, tal demanda de nuevos derechos no podría excluirse de materializarse en alguna acción u omisión, al igual que acontece con las amenazas y vulneraciones. Y es que dadas las razones que llevan a la configuración del derecho a la resistencia,¹³⁰ tal demanda debería tener como antecedente – por ejemplo -, una negativa en Derecho a la solicitud de reconocimiento de nuevos derechos, o del incumplimiento de una orden que los concede, etc.

Se concluye entonces que el presupuesto necesario respecto de las cuales se podría ejercer el derecho a la resistencia ecuatoriano sería la existencia de acciones u omisiones que amenacen o vulneren a los derechos constitucionales, o que nieguen el reconocimiento de nuevos derechos.

El derecho a la resistencia alemán, según su Ley Fundamental, se ejerce “cuando no existe otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden” fundamental de libertad y democracia (Artículo 20 numerales 1, 2 y 3). Según lo expresado, los presupuestos para su ejercicio son dos:

a) Cuando exista el propósito de eliminar el orden fundamental instituido por la LFA.- en este caso, la redacción alemana sobre el derecho a la resistencia no hace referencia expresa a las acciones u omisiones; tal como acontece en el caso del derecho a la resistencia ecuatoriano. Sin embargo, la doctrina, en aras de clarificar los alcances de la expresión; “propósito de eliminar el orden fundamental”, ha sido quien ha

omisiones provenientes del poder público se refleja en los instrumentos mencionados en el artículo 425 de la Constitución texto constitucional: “las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

¹³⁰ Que entre varias cuestiones, se configura porque se ha producido un agotamiento del Derecho positivo, por lo tanto, no tendría sentido que el mismo Derecho que es la razón de ocasionar la configuración del derecho a la resistencia sea el que deba conocer la demanda de reconocimiento de nuevos derechos que se realiza a través del derecho a la resistencia, de allí que se entiende no se trate de una demanda en sentido formal.

llegado a manifestar que no puede considerarse como “propósito” – para efectos de ejercitar el derecho a la resistencia alemán - acciones que representen una conspiración o simples preparativos o ataques aislados de eliminar el orden fundamental. Y es que este “propósito” – manifiesta Salazar - requiere estar dotado de acciones de tal *intensidad* “que realmente revista [n] un peligro para el orden” en referencia.¹³¹ Y a estas acciones adicionalmente se les exige se den en forma “pública o evidente”¹³² y objetiva, no bastando las opiniones subjetivas.¹³³

Este criterio de la *intensidad* de las afectaciones a los bienes jurídicos protegidos por el derecho a la resistencia, es compartido por otros teóricos contemporáneos, quienes justifican el ejercicio del derecho a la resistencia frente a la existencia de condiciones de *extrema afectación* a los derechos humanos; mismas que Gargarella ha denominado como situaciones de “alienación legal” o “carencia extrema”,¹³⁴ y Chamberlin, como “déficit democrático”.¹³⁵

A nuestro derecho en referencia no puede exigírsele que para su configuración, las acciones y omisiones que amenazan o vulneran derechos constitucionales deban gozar de una determinada intensidad. Su redacción nos indica que solo basta que existan acciones y omisiones que amenacen o vulneren derechos constitucionales para configurar el derecho a la resistencia, generalidad que exenta de condicionamiento

¹³¹ Bastando el ataque a uno solo de sus elementos y no a todos los que lo conforman, para activar el ejercicio del derecho a la resistencia.

¹³² Salazar, *Positivización del Derecho a la Resistencia*, 327.

¹³³ *Ibíd.*, 329.

¹³⁴ Gargarella, *La última carta*.

Gargarella, “El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema”, *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía No. 4* (2007), <<http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf>>. Que es una situación extrema en la que el Derecho “se presenta como un conjunto de normas ajeno a nuestros designios y control, que afecta a los intereses más básicos de la mayoría de la población, pero frente al cual la misma aparece sometida”. Situaciones en las que el Derecho debería flexibilizarse a efecto de no criminalizar las violaciones al mismo Derecho, caso contrario, se caería en un “extraordinario dogmatismo – una pura injusticia - que termina de poner al Derecho cabeza abajo”, así, en lugar de rescatar a las víctimas de tales injusticias, se seguiría condenándolos. Gargarella también considera que consensuadas las razones que justifiquen el ejercicio del derecho a la resistencia, en ellas se debería tener en cuenta presupuestos como: intensidad, gravedad, cantidad, etc.

¹³⁵ Chamberlin, “El Derecho a la Resistencia frente al Déficit Democrático”.

alguno aumenta los riesgos de ser ejercido en forma discrecional y arbitraria,¹³⁶ temores que tampoco son ajenos en Alemania, país en el que pese al desarrollo jurisprudencial y doctrinario en torno a este derecho, el TCFA ha considerado que su ejercicio podría llegar a ocasionar una guerra civil.¹³⁷

Situación similar acontece en Portugal, país donde los presupuestos para el ejercicio del derecho a la resistencia son sin más la sola existencia de “cualquier orden” ofensivo a los derechos, libertades y garantías y de agresiones. Aunque el derecho a la resistencia de Guatemala es mucho más crítico en su redacción, al no establecer explícitamente presupuesto alguno para su configuración.¹³⁸

Este presupuesto de la intensidad de la afectación¹³⁹ de los derechos no se expresa en el texto constitucional ecuatoriano – valga la redundancia – como presupuesto necesario para garantizar su protección jurisdiccional, sin embargo, la normativa procesal constitucional sí establece el requisito de la gravedad de la afectación de los derechos a efecto de ampararlos a través de las garantías jurisdiccionales, por lo que bien podría trasladarse este criterio de la intensidad a las acciones y omisiones que amenacen o vulneren derechos constitucionales a efecto de configurar el derecho a la resistencia.

Al criterio anterior debería ligarse el de la objetividad; para lo cual es indispensable cuando menos que las acciones y omisiones se materialicen en forma “pública o evidente”. Y es que Flor V., considera que las condiciones del derecho a la resistencia deben “tener características especiales, a fin de diferenciarla de la injusticia

¹³⁶ Fabián Corral B., “Acerca de la resistencia”, *EL Comercio* (Quito), 18 de noviembre, 2010, <<http://www.elcomercio.com.ec/opinion/acerca-resistencia.html>>.

¹³⁷ Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez A., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio* (Oviedo: octubre, 2007), <<http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/pdf/sentenciasbverfgeberrador.pdf>>.

¹³⁸ Guatemala, *Constitución de la República* (31 de mayo, 1985), artículo 45, <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf>.

¹³⁹ Cuando se emplea el término “afectación” en este trabajo, lo hacemos a efecto de englobar “amenaza” y “vulneración”.

“probable” y de la “grosera” con las que a menudo ha venido a confundirse. La ilegalidad debe ser real y objetivamente cierta, lo cual supone que no sea afirmación subjetiva de quien se crea perjudicado...”.¹⁴⁰ Salazar, apoyándose en los criterios de Herzog y Jarass, sostiene que este derecho se ejerce respecto de condiciones objetivas, provenientes tanto de su sujeto pasivo como del activo, no bastando las opiniones subjetivas.¹⁴¹

Tómese también en cuenta que la Corte Constitucional del Ecuador refiriéndose al término “amenaza” ha considerado que: “no se trata de la simple posibilidad de elección, sino de probabilidad de sufrir un mal irreparable de manera injustificada, la amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral”.¹⁴²

A los dos criterios antes mencionados, deberá incorporarse el análisis de los diversos matices que configuran las amenazas y vulneraciones. Al efecto, es preciso tener claro las diferencias entre amenazas y vulneraciones. Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana, citando a la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia N° 052-11-SEP-CC ha expresado que:

La violación lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se *vulnera* un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado: se *amenaza* un derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir en mengua. En el primer caso la persona afectada ya ha sido víctima de la realización ilícita. En el segundo, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño.¹⁴³

Dicho esto, la aprobación de una ley ¿produce una amenaza o una vulneración de derechos constitucionales? La sola aprobación de una ley no materializa la presunta

¹⁴⁰ Flor, *Los derechos humanos de personalidad*, 696.

¹⁴¹ Salazar, *Positivización del derecho a la resistencia*, 329.

¹⁴² Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-225* (Bogotá, 15 de julio, 1993), en Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 052-11-SEP-CC. CASO N° 0502-11-EP* (Quito, 15 de diciembre, 2011).

¹⁴³ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-225*, 11. Énfasis añadido.

violación a los derechos, por lo que dicha ley bien podría seguir configurando una amenaza, en tanto sus mandatos no se apliquen en los casos concretos. Consecuentemente, el criterio de la amenaza se amplía más allá de la sola aprobación de un cuerpo legal, llegando hasta antes de la aplicación de los mandatos del cuerpo legal cuestionado en casos concretos, y el de vulneración, desde el momento en que los mandatos del cuerpo normativo se implementen en los casos concretos. Este criterio permitiría que respecto de las amenazas se amplíe el abanico de medios de defensa jurídicos, prolongando el agotamiento del Derecho positivo y consecuente, la configuración del derecho a la resistencia.

Fiel ejemplo de que las amenazas a los derechos no siempre se materializan con la aprobación de las leyes se refleja en lo acontecido con la Ley de Comunicación. En este caso pese a haberse dispuesto por el constituyente de Montecristi (2007-2008) que el Legislativo debía aprobar esta ley en el plazo de 360 días a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional (20 de octubre 2008), no se lo hizo. Incluso en la Consulta Popular del año 2011 – más de dos años después –, en que triunfó el SÍ en todos sus contenidos, en la pregunta número 4 se volvió a insistir sobre que la Asamblea Nacional, sin dilaciones ... expida una Ley de Comunicación ...”.¹⁴⁴ Ley que sería finalmente aprobada en el año 2013.¹⁴⁵

Valga aclarar que debemos tener presente en todo momento lo complejo que siempre resultará teorizar sobre los presupuestos del derecho a la resistencia en situaciones de normalidad institucional.

b) Cuando respecto del propósito de eliminar el orden fundamental “no exista otro remedio”.- este segundo presupuesto exigido al derecho a la resistencia

¹⁴⁴ “Preguntas de la Consulta y del Referéndum con sus Anexos”, *El Universo* (Guayaquil), 16 de febrero, 2011, <<http://www.eluniverso.com/2011/02/16/1/1355/preguntas-consulta-referendum-sus-anexos.html>>.

¹⁴⁵ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Comunicación*, en *Registro Oficial, Tercer Suplemento No. 22* (Quito, 25 de junio, 2013).

alemán lo condiciona a ser un recurso excepcional frente a la tarea de defender el orden fundamental instituido en la LFA, condicionamiento que en la doctrina alemana se conoce como la “cláusula de subsidiariedad”, según la cual, esta defensa en primera instancia, está dada por el accionar de los órganos estatales, de quienes podría darse el caso de que no estén en condiciones, no quieran o no puedan mantener el orden fundamental, facultándosele solo entonces al pueblo alemán el acudir al derecho a la resistencia.¹⁴⁶ Esta excepcionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante TCFA) en la sentencia sobre Maastricht, de 12 de octubre de 1993 (BVerfGE 89, 155), donde manifestó que frente a presuntas afectaciones del orden fundamental alemán la existencia de otros remedios de defensa jurídicos evitaban el ejercicio del derecho de resistencia.¹⁴⁷

Este presupuesto exigido al derecho constitucional alemán a la resistencia se constata en forma similar en el texto constitucional de Portugal, que posibilita su ejercicio respecto de cualquier agresión a los derechos, libertades y garantías “cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública.”¹⁴⁸ Incluso la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, refiriéndose al “supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”, implícitamente considera que este recurso no cabe frente a la existencia de un régimen de Derecho que proteja los derechos humanos, inexistencia frente a la cual el hombre, sin más remedio, se vería compelido al empleo de dicho recurso.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Salazar, *Positivización del Derecho a la Resistencia*, 328. En una parte de su escrito se expresa: “Hay que dejar claro que se trata siempre de un derecho de excepción, aplicable solamente en una situación de extrema anormalidad...”

¹⁴⁷ Aláez Corral y Leonardo Álvarez A., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán*.

¹⁴⁸ Portugal, *Constitución de la República* (25 de abril, 1976), artículo 21, <<http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>>.

¹⁴⁹ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Esta excepcionalidad o subsidiariedad histórica del derecho a la resistencia frente al Derecho positivo, evidenciada en el presente análisis, es la que en este trabajo se postula como “la *última ratio* del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia.

Como una variante a lo expresado, la Constitución de Argentina establece como presupuesto para el ejercicio del derecho a la resistencia, la existencia previa de “actos de fuerza” que interrumpieren la observancia del “orden institucional y el sistema democrático”.¹⁵⁰ Algo similar se observa en el derecho a la resistencia griego, que tiene como presupuesto constitucional para su configuración los intentos de abolición de la Constitución mediante el empleo de la fuerza.¹⁵¹

Incluso en Portugal, el empleo de la fuerza por parte de los resistentes está autorizada en tanto sea para *repeler* las agresiones al bien jurídico protegido por el derecho a la resistencia, con lo cual, la existencia del elemento “fuerza”, como presupuesto para la configuración del derecho a la resistencia en estos textos constitucionales, evidencia dos cuestiones: a) la naturaleza *defensiva* de su ejercicio; antes que ofensiva; lo que también es muy claro cuando se analiza su función conservativa y restaurativa; b) que la sola existencia de afectación al bien jurídico protegido por el derecho a la resistencia, no lo configura – lo que si acontece en el caso ecuatoriano -, pues, condicionan que tal afectación esté acompañada de una fuerza, elemento a considerarse dentro de la configuración del derecho a la resistencia violento – pues dicha fuerza posibilita la existencia de otra fuerza; la de los resistentes -, y el cual no es materia de este estudio.

Todos estos presupuestos normativos mencionados, que terminan por configurar el derecho a la resistencia, al mismo tiempo lo limitan, debiendo ser considerados en el desarrollo de su contenido y ejercicio. Al respecto, en Ecuador hay quienes consideran

¹⁵⁰ Argentina, *Constitución de la Nación*, artículo 36.

¹⁵¹ Grecia, *Constitución de la República*, artículo 120 numeral 4.

que el texto constitucional contiene disposiciones que harían imposible la delimitación del derecho a la resistencia, concretamente el artículo 11 numeral 3-5, los cuales se refieren a que los derechos y las garantías constitucionales son de: a) directa e inmediata aplicación, b) sin exigencias de formalidades, salvo las previstas por la Constitución o la ley, c) justiciables incluso ante la inexistencia de un desarrollo normativo, d) no restringibles en su contenido por norma jurídica alguna.¹⁵²

Cierto que los derechos son de directa e inmediata aplicación, aun cuando ni la Constitución ni la ley les ha exigido formalidad alguna, y justiciables pese a carecer de desarrollo normativo alguno, tal como acontece en la actualidad con el derecho a la resistencia,¹⁵³ estado frente al cual, cualquier intención de dotarle de contenido o regulación suele ser vista como imposible al presuntamente restringirlo.

Pero los derechos no son absolutos, de allí que siendo interdependientes, creen límites entre sí que posibilitan la efectiva vigencia de cada uno de ellos, lo que desdice toda posibilidad de que sean ilimitados. En tal sentido, cuando el texto constitucional en su artículo 11 numeral 3 expresa que: “Para el *ejercicio* de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución *o la ley* (cursivas añadidas)”, lo que nos está diciendo es que al *ejercicio* de los derechos solo se le podrá exigir las condiciones y requisitos que estén establecidas en la Constitución o en la ley; delegación que configura lo que se conoce como *reserva de ley*.¹⁵⁴

Mediante la reserva de ley, el legislador está facultado para imponerle condiciones o requisitos al *ejercicio* del derecho a la resistencia – y en general a todos

¹⁵² Corral B., “Acerca de la resistencia”.

¹⁵³ Lo que incluso alcanzaría al artículo constitucional 99, eso sí considerásemos que para su ejercicio se debiera recurrir “ante autoridad competente de acuerdo con la ley”, en virtud de que el marco normativo aún no se encuentra desarrollado.

¹⁵⁴ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 006-13-SIN-CC. Caso 0036-10-IN*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 56* (Quito, 13 de agosto, 2013). Reserva de ley que a decir de la Corte Constitucional es un subprincipio del principio de legalidad, que según los nuevos criterios que marcan al nuevo paradigma constitucional terminan por reconceptualizarse.

los derechos -, lo que equivale a limitarlo a través de su *regulación* (ConsE. Artículo 132-3), la cual tiene sus límites, so pena de ser inconstitucionales; no deberá disminuirlo, menoscabarlo o anularlo injustificadamente (Ibíd., artículo 11 numeral 8). Esta regulación, en el caso del derecho a la resistencia, al tratarse de un derecho que acontece en circunstancias de extremas de anormalidad institucional, si bien es necesaria, no podría ser en forma exhaustiva,¹⁵⁵ según lo establecido la doctrina; al escapar tal intención a las posibilidades del Derecho. De igual forma, vía reserva de ley, junto con la jurisprudencia y las políticas públicas, la Constitución ecuatoriana posibilita otra forma de limitación del derecho a la resistencia; a través del *desarrollo progresivo* del *contenido* de los derechos, pero siempre que no sea en sentido restrictivo (Ibíd., numeral 5, 8).

Esta tarea de *regular el ejercicio* de los derechos, y *desarrollar su contenido*, siempre encerrará el riesgo de coartar el principio de aplicación directa e inmediata y justiciabilidad de los derechos constitucionales, de allí que en ambas tareas – regulación del ejercicio y desarrollo de contenido – han de observarse los principios constitucionales de no restricción y no regresividad de los derechos.

Ejemplos de este coartamiento del principio de aplicación directa y justiciabilidad de los derechos constitucionales - riesgos a los que no escapa el derecho a la resistencia¹⁵⁶ -, pueden observarse desde el año 2008 en lo que ha sido la práctica de la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional: a) La Asamblea promulgando la cuestionada LOGJCC, que en muchas de sus normas establece formalidades para el

¹⁵⁵ Aquellas podrían ser aquellas relacionadas con cuestiones tales como la proporcionalidad de las acciones de resistencia empleadas frente a las amenazas o vulneraciones, objetivización de las acciones de las acciones y omisiones que configuran las amenazas y las vulneraciones, justificaciones para empleo de la fuerza, afectación a terceros y sus bienes y posibles indemnizaciones, atenuantes y agravantes, procedimiento de la calificación judicial posterior a la resistencia, entre otras.

¹⁵⁶ “Derecho a resistencia no tiene normativa”, *El Universo* (Guayaquil), 21 de mayo, 2009, <<http://www.eluniverso.com/2009/05/21/1/1355/D378D92022DA4AF3A7C8D6527BA3D250.html>>.

acceso a las garantías jurisdiccionales,¹⁵⁷ las cuales no se encuentran previstas en la Constitución; por ejemplo para la interposición de la Acción ordinaria de Protección se exige que las acciones y omisiones provoquen “daño grave” a los derechos. En forma similar ocurre en la Acción Extraordinaria de Protección;¹⁵⁸ b) Por otro lado la Corte, unas veces definiendo este principio constitucional de aplicación directa de los derechos; derecho de *Consulta Previa legislativa* en la *Ley de Minería*,¹⁵⁹ y en otras restringiéndolo; derecho a la *revocatoria del mandato*,¹⁶⁰ y lo acontecido en el caso *La Cocha* con la aplicación de la justicia indígena en los casos de delitos contra la vida.¹⁶¹

VII.- Forma de ejercicio.- la Constitución ecuatoriana en su artículo 98, dada la ambigüedad de la que adolece dicho precepto, no establece la forma en que se ha de ejercitar el derecho a la resistencia. Tal omisión sobre la forma de ejercicio del derecho a la resistencia, no solo es patente del constitucionalismo ecuatoriano, lo que también se evidencia en las constituciones de Alemania, Guatemala y Argentina. Contrario a lo expuesto, la Constitución de Portugal autoriza a los titulares del derecho a la resistencia a ejercerlo “por la fuerza”.¹⁶² De igual forma, la Constitución de Grecia considera que el derecho a la resistencia a de ejercerse “por todos los medios”.¹⁶³

¹⁵⁷ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 41, numeral 4, párrafo c; 62, numeral 8.

¹⁵⁹ Ecuador, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, *Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos Acumulados No. 0008-09-IN y 0011-09-IN*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 176* (Quito, 21 de abril, 2010); *Ibíd.*, *Ley de Minería*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 517* (29 de enero, 2009). Cuya falta de aplicación se demandó, a lo cual la Corte Constitucional argumentó que tal derecho si se había aplicado en forma directa por parte de la Asamblea Nacional. Acto seguido dictaría adicionalmente el procedimiento para futuras consultas.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, *Sentencia No.001-11-SIO-CC*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 378* (Quito, 04 de febrero, 2011). Derecho al cual, contrariando a su sentencia anterior, inconstitucionalmente se le exigió la existencia previa de un desarrollo normativo, suspendiendo los procesos de revocatoria en marcha

¹⁶¹ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 113-14-SEP-CC. Caso No. 0731-10-EP* (Quito, 30 de julio, 2014). Caso en el que la Corte Constitucional estableció que la justicia indígena no era competente para conocer los delitos contra la vida.

¹⁶² Portugal, *Constitución de la República*, artículo 21.

¹⁶³ Grecia, *Constitución de la República*, artículo 120 numeral 4.

En Alemania, pese a la omisión constitucional, el TCFA ha considerado que su ejercicio podría llegar a ocasionar una guerra civil,¹⁶⁴ con lo cual se colige que el ejercicio del derecho a la resistencia alemán podría realizarse de forma violenta.

Adicionalmente, Salazar manifiesta que el ejercicio del derecho a la resistencia alemán “tiene ciertas restricciones o pautas de acción formuladas por la doctrina para evitar caer en arbitrariedades. Únicamente si se respetan ciertas normas de actuar, la acción es considerada jurídica y protegida por el Derecho”. Estas normas de actuación exigen que el derecho a la resistencia alemán sea ejercido mediante actos que sean apropiados, necesarios y que guarden relación con las circunstancias que ocasionan su empleo, procurándose “los medios más suaves ... en tanto estos sean efectivos”,¹⁶⁵ características que Salazar reconoce resultan difíciles “de determinar en la práctica”, no siendo pertinente “teorizar mucho al respecto” por correrse el riesgo de “tratar de resolver desde un escritorio, en la pasividad de una situación de normalidad institucional, cuestiones prácticas impredecibles y que se desarrollarán en una situación de extrema anormalidad”.¹⁶⁶

En todo caso, las normas de actuación citadas – y que constituyen límites para la forma en la que se ha de ejercer el derecho a la resistencia -, deberían considerarse en el estudio del derecho a la resistencia ecuatoriano, mismas que se enmarcan dentro de aquellos tópicos que incumben al Derecho Penal y que por lo tanto no pueden ser materia de mayor análisis en este estudio.

En nuestro país, no existe desarrollo constitucional,¹⁶⁷ procesal constitucional¹⁶⁸ o jurisprudencial¹⁶⁹ que permita aclarar la forma en que se ha de ejercer el derecho a la

¹⁶⁴ Aláez Corral y Leonardo Álvarez A., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán*.

¹⁶⁵ Salazar, *Positivización del Derecho a la Resistencia*, 330.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ Ecuador, Constitución de la República, 98.

¹⁶⁸ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

¹⁶⁹ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-10-PJO-CC. Caso 0999-09-JP (INDULAC)*, *Jurisprudencia Vinculante*, en *Registro Oficial, Suplemento Segundo No. 351* (Quito, 29 de diciembre, 2010). En esta, la única

resistencia. El Código Integral Penal (en adelante COIP) sí menciona al derecho a la resistencia dentro del delito de rebelión, concretamente el artículo 336 estipula que los actos violentos que configuran el delito de rebelión, y que se ejercen con el objeto de “desconocer la Constitución ... o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido...” son punibles, “*sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia*” (Énfasis añadido).¹⁷⁰ Según lo expresado por la norma penal en cuestión, respecto a la forma de ejercer el derecho a la resistencia, podría ser entendida en dos sentidos: a) los actos imputables al delito de rebelión no serán punibles cuando se amparen en el derecho a la resistencia, o b) el ejercicio del derecho a la resistencia implica el empleo de actos distintos a los que configuran el delito de rebelión.

En cualquier caso, al no especificarse que actos comprenden el delito de rebelión, ninguna de las dos opciones de interpretación de la norma penal referida permite tener claridad sobre la forma de ejercitar el derecho a la resistencia.

En la acción ordinaria de protección No. 2009 – 1028,¹⁷¹ el Juez que la conoció trató el tema del derecho a la resistencia, reconociendo que se trataba de un derecho de cuya naturaleza le permitía ser ejercido mediante actos *extra legem* en forma violenta (en tanto ejercicio colectivo) como pacífica (para el caso del ejercicio individual), aunque al final, terminaría por asimilarlo dentro del derecho de impugnación (ConsE. Artículo 173) al concluir que la interposición de la acción de protección referida implicaba el ejercicio constitucional del derecho a la resistencia.¹⁷²

Este escenario constitucional, legal y jurisprudencial insuficiente y ambiguo que ha dado lugar a una pluralidad de interpretaciones discrecionales y arbitrarias sobre el

jurisprudencia constitucional vinculante vía proceso de selección que se conoce a la fecha nada se dice sobre el derecho a la resistencia.

¹⁷⁰ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial Suplemento No. 180* (Quito, 10 de febrero, 2014), 336.

¹⁷¹ Ecuador, Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, *Acción de protección No. 2009-1028*.

¹⁷² Cabía que en aplicación del principio *iura novit curia*, se deseché el argumento del derecho a la resistencia, no impidiéndole con ello amparar los otros derechos del accionante presuntamente afectados, tal como efectivamente ocurrió.

derecho a la resistencia – que explican su actual ineficacia -, contraría expresamente el derecho constitucional a la seguridad jurídica que contempla la “*existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*” (ConsE. Artículo 82), y frente a cuya inexistencia resulta cuando menos ser inconstitucional la sanción de acciones que afirman ampararse en el derecho a la resistencia, pues ¿si no se sabe mediante qué actos ha de ejercitarse el derecho a la resistencia como podría sancionarse a ciertos actos como no amparables en él?

La doctrina nacional, es concordante respecto a que el derecho a la resistencia se ejerce mediante actos *extra legem*, tal es así que el constitucionalista ecuatoriano Fabián Corral deja entrever esta forma de ejercicio cuando se pregunta si ¿La constitucionalización del derecho a la resistencia equivale a “convertir en posibilidad jurídica un acto” que al estar en contra de norma legal resulta ser ilegal? Incluso más adelante da a entender cuales serían los actos *extra legem* amparados por el derecho a la resistencia; las “numerosas disposiciones administrativas, laborales, penales, etc., que “sancionan” actos de resistencia a la autoridad”.¹⁷³ Criterio con el cual en forma adicional se apoyaría la configuración de un derecho a la resistencia pacífico como violento.

Sin embargo, su análisis iuspositivista del derecho a la resistencia le lleva a enfocar erradamente la existencia de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico cuando lo plantea como “una contradicción con el derecho a la seguridad jurídica” al tener que recurrir a actos sancionados por las leyes, los cuales, a efecto de posibilitar la existencia de este derecho, quedarían “... en situación de inconstitucionalidad,¹⁷⁴ debiendo ser derogados, criterio iuspositivista que implicaría decir que en tanto los actos que posibilitan el ejercicio del derecho a la resistencia se encuentren sancionados

¹⁷³ Corral B., “Acerca de la resistencia”.

¹⁷⁴ Corral B., “Acerca de la resistencia”.

en la Constitución y en las leyes,¹⁷⁵ este derecho resultaría ser cuando menos ineficaz, postura que es contraria a los principios constitucionales de aplicación directa y justiciabilidad de los derechos constitucionales así como doctrinarios – debemos recordar que tratándose de un derecho que acude a actos *extra legem*, su ejercicio constituye una excepcionalidad frente a la aplicación de la normativa punitiva -, a la luz de los cuales resulta innecesario hablar de dicha declaratoria de inconstitucionalidad.¹⁷⁶

El jurista Miguel Hernández, plantea un ejercicio pacífico del derecho a la resistencia, sin dejar claro cuales serían aquellas formas de ejercicio pacífico. Que al parecer no implicaría el cerrar vías según se deduce de sus propias afirmaciones,¹⁷⁷ criterio muy similar al expuesto por el Presidente de la República,¹⁷⁸ y con los cuales se pretende ignorar que los actos *extra legem* – pacíficos como violentos -, adicional a ser comunes en nuestra *praxis social*,¹⁷⁹ son propios de la naturaleza del derecho a la resistencia.

¹⁷⁵ Ecuador, Asamblea Constituyente, *Constitución de la República*, 326 numeral 15.

Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Educación Superior*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 298* (Quito, 12 de octubre, 2010), 207.

Ibíd., *Ley Orgánica de Educación Intercultural y Bilingüe*, en *Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 417* (Quito, 31 de marzo, 2011), 132, 4.

Ibíd., *Código Orgánico Integral Penal*, 346, etc.

“Ecuador; Nuevo escenario para la criminalización a los defensores y defensoras de los derechos humanos”, *LibreRed*, 12 de enero, 2011, <<http://www.librered.net/?p=3318>>.

¹⁷⁶ Ciertamente, por coherencia con el derecho a la seguridad jurídica, hubiese sido pertinente que el constituyente o el legislador hubiesen explicitado los actos *extra legem* amparados por el derecho a la resistencia; tarea en la debiera superarse las ambigüedades existentes en determinados tipos penales con la finalidad de evitar encasillar los actos de resistencia en figuras que no pueden ser amparables por el derecho en referencia – terrorismo y sabotaje -, tarea que compete al Derecho penal antes que al constitucional.

¹⁷⁷ Hernández Terán, *El derecho constitucional a la resistencia. ¿Realidad o Utopía?*, 10-3, 22, 48, 57, 61, 69, 125, 127, 129, 130, 135.182-3, 185, 199.

¹⁷⁸ “Correa tilda de irracional y terrible protesta contra Ley Minera en Ecuador”, *La Hora* (Quito), 17 de enero, 2009, <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/827048/1/Correa_tilda_de_%27irracional_y_terrible%27_protesta_contra_Ley_Minera_en_Ecuador.html>.

“Presidente pide sanciones para responsables de paro minero”, *La Hora* (Quito), 19 de enero, 2009, <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/827499/1/Presidente_pide_sanciones_para_responsables_de_par_o_minero.html>.

Michael Foucault, “Frente a los gobiernos, los derechos humanos”, en *Los Derechos Humanos*, Mahatma Gandhi, Norberto Bobbio, Aldous Huxley, Teilhard de Chardin, Fernando Savater, E.H. Carr, Michael Foucault y otros (México: Ediciones Milenio, 2000), 101-2. En cualquier caso, lo expresado por el Presidente se encuadra en la línea de lo que expresa Foucault: “Es verdad que a los buenos gobiernos les gusta la santa indignación de los gobernados con tal de que se quede en algo lírico”.

¹⁷⁹ “Salvoconductos”, *La Hora*, 11 de mayo, 2010, <<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1032678/1/Salvoconductos.html>>.

“Protestar no es lo mismo que robar vacas y torturar”, *Burodeanalysis.com*, 18 de octubre, 2010, <<http://www.burodeanalysis.com/2010/10/18/protestar-es-lo-mismo-que-robar-vacas-y-torturar/>>.

El criterio de Hernández, si bien reconoce la existencia de un derecho a la resistencia pacífico y la imposibilidad de una regulación exhaustiva al mismo por parte del Derecho positivo, pone de manifiesto su tendencia iuspositivista en el análisis de este derecho cuando en toda su obra no deja de expresar sus temores en torno a su vigencia, argumentando en extenso la *ventajas* que ofrece para una sociedad la obediencia al Derecho, la defensa de la seguridad jurídica y el principio de legalidad.¹⁸⁰

Ahora bien, si el derecho a la resistencia se ejerce mediante actos *extra legem*, pacíficos y violentos, y el derecho de protesta también, ¿en qué se diferencian ambas? Partamos por aclarar que resulta errado asimilar el derecho a la resistencia en el derecho de impugnación, excluyéndose de su amparo las huelgas o paros, por ya estar garantizados en “... el derecho de libertad de reunión y asociación” (ConsE. Artículo 165),¹⁸¹ libertad de expresión, etc.

Por otro lado, el derecho a la resistencia no ampara actos *extra legem* cuando no se han configurado las condiciones doctrinarias que posibilitan su ejercicio excepcional frente al agotamiento del Derecho positivo, sin embargo, ello no impide que aquellos actos *extra legem* puedan ser garantizados a la luz del derecho de protesta comúnmente invocado y justificado en nuestra *praxis social*, que es en definitiva la diferencia entre ambos derechos; destacándose que la importancia del derecho de protesta radica en que bien podría ser considerado como el antecesor del derecho a la resistencia en el Ecuador en la lucha por los derechos.

A.- Hacia una dimensión pacífica e integradora sobre el derecho a la resistencia.- el artículo 98 del texto constitucional ecuatoriano establece que el derecho a la resistencia se ha de ejercer para la defensa de los derechos constitucionales frente

¹⁸⁰ Ecuador, Asamblea Constituyente, *Acta del Pleno No. 28* (Montecristi-Manabí, 19 de marzo, 2008). La regulación a los derechos se llegó a proponer cuando se trató el principio de no restricción de los derechos, manifestándose que debía contemplar un párrafo que diga: “Sin embargo, *podrán regularlo* (Énfasis añadido) respetando su contenido esencial ...”. Incluso el texto constitucional en sus artículos 132 y 133 numerales primeros establece tal posibilidad.

¹⁸¹ Marco A. Elizalde Jalil, “El derecho a la resistencia”, *El Universo* (Guayaquil), 04 de febrero, 2010, <<http://www.eluniverso.com/2010/02/04/1/1363/derecho-resistencia.html>>.

acciones y omisiones provenientes del poder público, personas naturales y jurídicas no estatales y para exigir el reconocimiento de nuevos derechos.¹⁸² Esta defensa de los derechos implica que necesariamente el derecho a la resistencia ecuatoriano sea adaptado a los nuevos tiempos en vista de su abandono por parte de la teoría constitucionalista desde los inicios de la Edad Moderna, en tal contexto, lo analizado en los párrafos anteriores permite avanzar en este propósito: de un clásico derecho a la resistencia violento a uno pacífico, de aislado a integrador de otras formas de resistencia, postulado que se explica mejor al citar a Flor Vásconez.

Flor V., sostiene que las diversas formas de resistencia que se ejercen en la lucha por los derechos humanos se clasifican en dos grandes grupos: a) Formas de resistencia pacíficas, dentro de las cuales se encuentran a su vez dos formas de resistencia: 1.- resistencia activa legal, conformada por todos aquellos recursos inmersos dentro del derecho de impugnación, y 2.- resistencia pasiva, que abarca a las diversas formas de protesta social pacíficas, y formas de resistencia violentas, que incluye al tiranicidio (magnicidio), revolución y resistencia activa armada; esta última abarcando al derecho a la resistencia.¹⁸³ Esta clasificación es acorde a la concepción tradicional de diferenciar al derecho a la resistencia de otras formas de resistencia, posición que valga aclarar no se comparte.

De esta clasificación, habiendo evidenciado que el derecho a la resistencia no puede ser inmerso dentro del derecho de impugnación,¹⁸⁴ solo cabe tomarse en consideración la segunda clasificación, esto es, la resistencia pasiva, a efecto de que en

¹⁸² Ecuador, Asamblea Constituyente, *Constitución de la República*.

¹⁸³ Flor, *Los derechos humanos*, 5, 612, 615, 618-21, 695-7.

¹⁸⁴ Como tampoco podrían serlo aquellas acciones inmersas en el derecho de asociación, que al estar amparadas por el Derecho, en tanto se rijan a las reglas establecidas por él, se eximen de sanción, tal es el caso de los paros patronales, huelgas, renunciaciones, manifestaciones atribuibles a la libertad de expresión, etc. Se podría incluir a la objeción de conciencia y otras tantas figuras amparadas por el Derecho.

base a ella se pueda construir una visión renovada del derecho a la resistencia en Ecuador.

A esta resistencia pasiva, por la protección del que goza el derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico y de los fines que persigue el derecho a la resistencia, se excluye el magnicidio y la revolución, con lo cual, la resistencia pasiva ha de servirnos de aporte para la construcción de un derecho a la resistencia ecuatoriano que comprende dos dimensiones:

I) Dimensión pacífica.- incluye a todas las formas de resistencia pacíficas *extra legem*; tales como la desobediencia civil, el derecho de protesta, etc., manifestadas a través del cierre de vías, marchas de silencio, paralización de servicios públicos, manifestaciones, cacerolazos, negativa a cumplir decisiones o leyes consideradas como injustas, etc.; todas de común empleo en nuestro medio pese a ser punibles, pero que al amparo del derecho a la resistencia se eximen de sanción. Esta es la dimensión que se defenderá en todo este estudio, y a ella habremos de remitirnos cada vez que se mencione al derecho a la resistencia pacífico.

II) Dimensión violenta.- abarca las formas de resistencia violentas, debiendo excluirse figuras cuestionables como el terrorismo, sabotaje y similares que merecen estudiarse a detalle por el Derecho Penal. Por lo tanto, estamos frente a una dimensión que pese a ser mencionada, no es objeto de análisis en este trabajo.

La concepción de las dos dimensiones, que configura un derecho a la resistencia violento y pacífico e integrador – antes que excluyente - de las variadas formas de resistencia responde a la necesidad de reconocer: a) la visión tradicional que asume al derecho a la resistencia como un derecho que se ejerce mediante actos violentos, b) la visión que apoya la tendencia del empleo de las técnicas no violentas, y c) que ambas

tanto pacíficas como violentas, han sido empleadas en la defensa de los derechos humanos en Ecuador y el mundo.

Si de por sí sería una posición indefendible negarle al derecho a la resistencia una dimensión pacífica, otro tanto sería la intención de privarle a su ejercicio el acudir a los actos *extra legem*, pacíficos o violentos, lo que sin duda ocasionaría su desnaturalización al afectarse parte de su contenido desarrollado por la doctrina a través del tiempo, en cuyo caso hipotético, con seguridad ya no estaríamos hablando del derecho a la resistencia.

Adicionarle una dimensión pacífica al derecho a la resistencia ecuatoriano no contraviene en forma alguna a nuestra Constitución, pues esta contempla la posibilidad de dotar de contenido a los derechos en tanto se procure su efectiva vigencia (ConsE. Artículo 11 numerales 5, 8) y que justamente se logra con la incorporación de la dimensión pacífica, adicional de que en forma alguna tal propuesta no afecta los principios constitucionales de no restringibilidad y regresividad de los derechos constitucionales (ConsE. Art. 11 numerales 4 y 8).

B.- La actitud del Estado frente a los actos amparados en el derecho a la resistencia.- complementando lo dicho, frente a las formas en que ha de ejercerse el derecho a la resistencia es necesario considerar cual ha de ser la actitud del Estado ante las conductas amparadas en el derecho a la resistencia. Históricamente el Estado y su Derecho positivo, ha sido renuente a los desafíos de grandes cambios, si estos se han dado ha sido por las diversas y exitosas acciones de resistencia; que al fracasar han debido someterse a severas sanciones. A decir de Gargarella, para Thomas Jefferson el Estado debía ser tolerante y benigno frente a las acciones de resistencia, restringiendo frente a ellas el uso de su poder coercitivo, al ser aquellas acciones necesarias, incluso saludables, para la república al mantener dentro de sus límites al gobierno, “y a la

ciudadanía implicada en la decisión de los asuntos que le eran propios”. Lo contrario – que en el caso del Ecuador implicaría no tolerar las acciones de resistencia pacíficas -, constituiría una verdadera equivocación al “suprimir la única salvaguarda de la libertad pública”,¹⁸⁵ y la posibilidad de una resistencia pacífica, ocasionando por el contrario que los resistentes se vean forzados a recurrir a las acciones violentas de resistencia.

La tolerancia que Jefferson asocia a la consolidación de un buen gobierno – activismo ciudadano, diálogo, consensos -, requiere basarse en el reconocimiento de que el Derecho vigente no siempre es un Derecho válido, de allí que J. Rawls considere que pretender sancionar toda acción que cuestione la validez del Derecho vigente sería incurrir en un acto de ceguera moral al omitirse diferenciar entre quien actúa frente a leyes dudosas, respecto de quien comete un crimen por un interés personalísimo.¹⁸⁶

Lo dicho, no solo es por rechazar el dogmatismo y positivismo ideológico, sino porque además debemos tener presente que dadas nuestras falencias, es necesario poner a prueba al Derecho en todo momento, lo que se logra dando apertura a todos los cuestionamientos por más radicales que sean, pues, a través de ellos nos veremos obligados “a repensar el sentido y valor de nuestro Derecho”.¹⁸⁷ Y es que si bien en la actualidad se cuenta con diversos mecanismos jurídicos de defensa de los derechos, resultaría una insensatez pensar que siempre se debería insistir en su defensa a través del Derecho positivo ante un escenario en el que el agotamiento del Derecho mismo viene a constituirse en uno de los presupuestos” que tornan posible el derecho a la resistencia,¹⁸⁸ contexto en el que este “aparece entonces como la *última carta* posible, a jugarse por la ciudadanía”.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Gargarella, “El derecho frente a la resistencia”, en Gargarella, *La última carta*.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, “La vida presente de un pariente cercano: el derecho a la desobediencia civil”, en Gargarella, *La última carta*.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ *Ibíd.*, “La resistencia constitucional como última carta”, en Gargarella, *La última carta*.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

Acertadamente, la CIDH, en el caso *Kimel versus Argentina*, al referirse al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, llegaría a manifestar que la tolerancia es un elemento esencial de todo estado que se precie de democrático. De manera que el nivel de tolerancia estatal determina el grado de democracia imperante en un país.¹⁹⁰

VIII.- Calificación.- en los textos constitucionales que en la actualidad reconocen el derecho a la resistencia, nada se dice sobre quien ha de ser la autoridad que ha de calificar los presupuestos para el ejercicio del derecho a la resistencia. Esta omisión encuentra su explicación en el hecho de que en la defensa del bien jurídico protegido por el derecho a la resistencia, se ha posibilitado una defensa previa por parte del Derecho positivo a través de toda la institucionalidad estatal, agotamiento frente al cual – sea porque el Derecho se encuentre incapacitado de realizar dicha defensa, se niegue a realizarla, o sea quien ocasione la afectación¹⁹¹-, se posibilita el recurrir al derecho a la resistencia, lo que configura su excepcionalidad o subsidiariedad frente al Derecho positivo.

Es decir, es el mismo Derecho positivo quien posibilita la configuración del derecho a la resistencia, de allí que resulte absurdo que sea el mismo Derecho quien califique los presupuestos necesarios para su ejercicio. Contexto en el que no sin razón, Salazar ha manifestado que no existe “instancia que pueda decidir con autoridad el cumplimiento” de las condiciones que lo tornan posible.¹⁹²

El TCFA, con ocasión de las *acciones de amparo interpuestas con el argumento del derecho de resistencia* en contra de la ley que autoriza la ratificación del Tratado de la Unión por atentar contra el Orden Fundamental Democrático del Estado alemán al afectarse el principio democrático y el derecho al sufragio de todos los alemanes respecto de actos que implicarían una reforma al núcleo esencial de la LFA, en la

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel vs. Argentina* (2 de mayo, 2008).

¹⁹¹ Salazar, *Positivización del Derecho a la Resistencia*, 328.

¹⁹² *Ibíd.*, 327.

sentencia sobre Maastricht, de 12 de octubre de 1993 (BVerfGE 89, 155) se pronunció sobre la *calificación* de los presupuestos que facultan el ejercicio constitucional del derecho a la resistencia, manifestando que frente a la presunta afectación invocada, “no significa únicamente que el derecho de resistencia deba ser “exigido judicialmente”, lo que prácticamente carecería de sentido, sino que antes bien, abre el recurso de amparo como posibilidad de “otro remedio” que evita el ejercicio del derecho de resistencia...”.¹⁹³

Con dicho pronunciamiento el TCFA dejó claro que: a) el ejercicio del derecho a la resistencia *no puede ser exigido judicialmente* por intermedio de una acción jurisdiccional, lo cual es acertado si se considera que se trata de un derecho que acude a medios *extra legem* y que por lo tanto no puede ser asimilado dentro del derecho de impugnación, y consecuentemente, b) los presupuestos que lo configuran, tampoco pueden estar sujetos a calificación judicial alguna.

Para Gargarella,¹⁹⁴ el derecho a la resistencia en forma alguna debería ser visto como una carta blanca para cometer toda clase de arbitrariedades, invocando un derecho de resistencia inexistente, de allí que se precise la calificación de los presupuestos que lo tornan posible;¹⁹⁵ no deja claro el momento en que ha de realizarse tal calificación ni a quien le ha de corresponder. Reconoce sin embargo, que tal calificación, ha resultado ser una tarea muy compleja para el constitucionalismo al haberse desentendido de su reflexión desde el siglo XVIII, con el consiguiente riesgo de terminar penalizando “a quienes son, en buena medida al menos, meras víctimas del Derecho, sujetos necesitados de amparo y reparación, en lugar de castigo”, lo que obliga a buscar respuestas en las reflexiones teóricas contemporáneas sobre situaciones análogas de

¹⁹³ Aláez Corral y Leonardo Álvarez A., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán*.

¹⁹⁴ Gargarella, “Introducción”, en Gargarella, *La última carta*.

Gargarella, “El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema”.

¹⁹⁵ Gargarella, “Resistencia constitucional y otros conceptos afines”, en Gargarella, *La última carta*.

violaciones al Derecho, sin dejar de lado la riqueza teórica desarrollada siglos atrás respecto a las acciones de resistencia contra la autoridad.¹⁹⁶

Un análisis histórico sobre el derecho a la resistencia, lleva a Gargarella a evidenciar que en función de las razones que justificaban ejercerlo en contra de los gobernantes, su ejercicio se daba en circunstancias extremas, excepcionalidad que generó la necesidad de sujetarlo a “límites estrictos”¹⁹⁷ que requerían ser calificados según se tratase de usurpadores o gobernantes legítimos que se tornaban en ilegítimos. Ante los primeros no cabía calificación alguna, es decir, el derecho a la resistencia podía ejercerse sin más criterio que la de los resistentes y a quienes debía bastarles saber se trate de un gobernante usurpador. En cambio, frente a los segundos, manifiesta que sí se planteaba la existencia previa de un proceso de calificación de la necesidad de la resistencia en su contra, calificación que competía a un grupo de magistrados.¹⁹⁸

En lo expresado por Gargarella sobre la calificación de los presupuestos que configuraban el derecho a la resistencia de cuño religioso en la Edad Media, debe considerarse la subordinación del poder político al religioso que por entonces configuraba una sociedad muy moralista y religiosa, en la cual, frente al agotamiento del Derecho estatal, las autoridades religiosas se constituían en instancias “justas” - al ser las intérpretes y voceras del derecho divino - a las que se podía acudir en aras de lograr una calificación de los presupuestos del derecho a la resistencia.

Realidad muy diferente acontecería con la configuración del derecho a la resistencia de tinte laico en los nacientes estados subordinados al Derecho positivo - ya no a ninguna instancia suprapositiva con vocería terrenal -, derecho respecto del cual, Locke y luego Jefferson, expresarían que la calificación de sus presupuestos dentro de

¹⁹⁶ *Ibíd.*, “Introducción”, en Gargarella, *La última carta*.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, “Las primeras fundamentaciones del derecho de resistencia: ¿cuándo se justifica resistir?”, en Gargarella, *La última carta*.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

un país determinado solo correspondía ser realizada por un único juez: el pueblo, titular del derecho en referencia, sin tener que acudir a instancia terrenal alguna contemplada por el Derecho positivo,¹⁹⁹ al ser este último, la razón que ocasionaba la configuración del derecho a la resistencia, por lo tanto, incapaz o carente de autoridad para realizar la calificación de la existencia de sus presupuestos.

Este criterio al final no posibilita una calificación judicial o constitucional previa ni posterior del derecho a la resistencia, y sí una calificación previa por parte de quienes han de resistir, y que parecería ser el que Gargarella apoya cuando se refiere a la necesidad de la calificación de los presupuestos para su ejercicio, y que en cualquier caso, por todo lo analizado respecto a la naturaleza de este derecho, es el tipo de calificación que se apoya en este estudio para el ejercicio pacífico del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia.

Entonces, se concluye que resultaría toda una incoherencia postular toda forma de calificación de los presupuestos del derecho a la resistencia por parte del Derecho positivo cuando se ha destruido “la premisa de la virtuosidad de la ley, de la justicia de su contenido, de su protección del interés general”.²⁰⁰ Por peligroso que nos parezca – aquello debió tenerse presente al momento de su constitucionalización -, no sería de otra forma que el derecho a la resistencia podría gozar de eficacia. En este estado de cosas, se observa que el artículo 98 de nuestro texto constitucional no contempla expresamente la posibilidad de calificación constitucional o legal para ejercer el derecho a la resistencia. Tampoco la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional tampoco hace referencia alguna al respecto. Sin embargo, parecería que el artículo 99 (ConsE.), complementaría al artículo 98 *Ibíd.*, al establecer la posibilidad de sujetarlo a la formalidad de que sea presentado ante “autoridad competente de

¹⁹⁹ Gargarella, “La resistencia constitucional como última carta”, en Gargarella, *La última carta*.

²⁰⁰ Hernández, *El derecho constitucional a la resistencia*, 64.

acuerdo con la ley”, es decir, subordinaría su ejercicio a la aprobación del Derecho positivo, lo que de ser así, según ya se ha expresado, resultaría en la ineficacia del derecho a la resistencia, o acaso ¿Siendo el Derecho positivo quien no posibilite una defensa eficiente y eficaz de los derechos constitucionales, podría esperarse que este permitiese que se lo realice mediante el derecho a la resistencia que recurre a acciones *extra legem* y cuyos efectos son impredecibles? Absurdo, generalmente impensable que operador alguno, contrariando el criterio de otros jueces, acepte cargar con semejante responsabilidad.

En todo caso, el artículo en referencia no es muy claro (99 *Ibíd.*), pues se refiere a una “acción ciudadana”, que si bien tiene similar finalidad a la del derecho a la resistencia en tanto busca la defensa de los derechos constitucionales frente a la “violación de un derecho o la amenaza de su afectación”, con ella no sería posible “demandar el reconocimiento de nuevos derechos”, tal como si acontece con el derecho a la resistencia. Por otro lado, dicha acción se ejerce en forma individual, y en representación de la colectividad, difiriendo en esto último con el derecho a la resistencia que no habla de representación alguna; representación que sin la exigencia de un mandato para tal efecto contrariaría el artículo 66 numeral 23 de la Constitución que prohíbe dirigir peticiones a nombre del pueblo.

Finalmente, el ejercicio de la referida “acción ciudadana” de la que nos habla el artículo 99 *Ibíd.*, según su redacción, posibilitaría que simultáneamente también se pueda recurrir a otras acciones constitucionales reconocidas en la “Constitución y la ley”, todo lo cual contraría los criterios doctrinarios que desde la Edad Media han considerado al derecho a la resistencia como un recurso excepcional frente al Derecho positivo.

Valga mencionar que en la doctrina nacional, Fabián Corral implícitamente se muestra partidario de la necesidad de una calificación de los presupuestos que configuran el derecho a la resistencia por parte del Derecho positivo – posición contradictoria a la naturaleza del derecho a la resistencia según se lo ha analizado en líneas anteriores -, pues considera que dicha calificación, realizada por quien ejerce resistencia equivaldría a una “autolegitimación de la coacción”.²⁰¹ En esta misma tendencia encontramos al jurista Miguel Hernández.²⁰²

Reconozcámoslo, si la calificación previa, de los presupuestos que facultan el ejercicio del derecho a la resistencia y que es realizada por el resistente, tiene sus riesgos, más aún la tiene la calificación judicial o constitucional previa o posterior en aquellos estados como el nuestro en los que la división de poderes y la independencia de la justicia generalmente suele resultar una falacia.

A.- Actos de resistencia que afectan a terceros.- un aspecto que merece comentarse, es respecto de las acciones de resistencia que afectan a terceros. Salazar manifiesta que en Alemania existen criterios según los cuales se considera que se debería indemnizarlos una vez que se haya vuelto a la normalidad y triunfen los defensores del orden. Otros piensan que se debería “aplicar la regla de los daños ocasionados por guerra”, es decir, que el sacrificio debe recaer “sobre la totalidad de la comunidad y cada cual debe cargar con su parte”, no cabiendo indemnización alguna.²⁰³

En Ecuador, según datos de la Fiscalía General del Estado en todos los casos de protestas violentas que han afectado a la propiedad pública y privada y a las personas, hasta principios de 2012, la tendencia general ha sido la búsqueda de la sanción penal – por delitos de sabotaje, terrorismo, secuestro, atentado contra la propiedad, plagio,

²⁰¹ Corral B., “Acerca de la resistencia”.

²⁰² Hernández, *El derecho constitucional a la resistencia. ¿Realidad o Utopía?*, 10-3, 22, 48, 57, 61, 69, 125, 127, 129, 130, 135.182-3, 185, 199. Si bien justifica el ejercicio del derecho a la resistencia frente a las injusticias del Derecho, contradictoriamente condiciona su empleo a la existencia de una calificación judicial previa

²⁰³ Salazar, *Positivización del Derecho a la Resistencia*, 331.

violencia, etc. -, ²⁰⁴ antes que lograr su indemnización por la vía civil aun tratándose solo de daños a la propiedad. Aunque una posterior revisión histórica nos mostrará que muchas acciones de protestas violentas acontecidas en el país, y que han afectado a directos como terceros involucrados, no siempre han dado lugar a penalización o indemnización alguna.

Según se ha analizado, en la Edad Media siempre fue una aspiración de los teóricos del derecho a la resistencia, que su ejercicio sea realizado con los límites que implica el actuar con el celo de ser los “verdaderos hijos de Dios”, y en la Edad Moderna, de acuerdo a los dictados de la “recta razón”. Línea en la que es comprensible exigirle al contemporáneo derecho a la resistencia un ejercicio proporcionado, objetivo, etc., respetuoso del ordenamiento instaurado por la reinante teoría de los Derechos Humanos; pero estas aspiraciones teóricas, mucho distarán de lo que acontece en la realidad debido a la naturaleza del derecho a la resistencia que lo torno como impredecible, contexto en el que una reglamentación exhaustiva al respecto escaparía “a las posibilidades del Derecho”. ²⁰⁵

Por lo tanto, este aspecto de la indemnización o penalización de las acciones de resistencia que afectan terceros - que siempre serán una constante en toda forma de protesta social - solo tendría importancia si hablásemos de una calificación posterior por parte del Derecho positivo - constitucional o legal - del derecho a la resistencia, lo cual, prácticamente resultaría incoherente proponer toda vez que el Derecho positivo, con su agotamiento es quien torna posible al derecho a la resistencia. Si dicha calificación no resultase posible, siendo victorioso el derecho a la resistencia, innecesario resultará hablar de indemnización o penalización alguna, salvo que la resistencia fracase,

²⁰⁴ “De 204 denuncias contra dirigentes sociales e indígenas, 33 son procesos en firme, explica Fiscalía”, *Ecuadorinmediato.com*, 26 de marzo, 2012, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=169866&umt=de_204_denuncias_contra_dirigentes_sociales_e_indedgenas_33_son_procesos_en_firme2c_explica_fiscaleda>.

²⁰⁵ Salazar, 330.

entonces con seguridad no se hablará de acciones amparadas por el derecho a la resistencia, sino, de delitos e infracciones sujetas a sanción.

2.2.- Seguridad jurídica y principio de legalidad vs derecho constitucional a la resistencia.- para complementar este análisis comparativo sobre el derecho a la resistencia, se torna necesario argumentar respecto a las actuales concepciones sobre la *seguridad jurídica* y el *principio de legalidad* (ConsE. Artículo 82) en el actual paradigma constitucional ecuatoriano frente a la defensa que hacen de ellas algunos juristas ecuatorianos apoyados en la desactualizada y tradicional concepción positivista.

La Corte Constitucional, en la sentencia No. 0004-09-SAN-CC expresó que el Ecuador, al haberse constituido en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, “la jurisdicción constitucional no puede limitarse al positivismo o principio de legalidad propio del Estado de Derecho...”.²⁰⁶ Con esta afirmación, la Corte reconoce que el nuevo paradigma obliga a adoptar una nueva visión sobre el principio de legalidad y consecuente de la seguridad jurídica, por abarcar esta última a la primera. Contexto en el que en la sentencia No. 020-09-SEP-CC, llegaría a manifestar que la seguridad jurídica no se agota en las meras formas, pues en muchos casos dichas “formalidades y solemnidades” podrían configurarse como “el mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sinrazón jurídico”.²⁰⁷

En la sentencia No. 028-09-SEP-CC, la Corte afirmó que la seguridad jurídica es “uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades *sean justas* y provoquen desenlaces justos”, justicia que debe ser “la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta,

²⁰⁶ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 0004-09-SAN-CC. Caso 0001-08-AN*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 43* (Quito, 08 de octubre, 2009).

²⁰⁷ *Ibíd.*, *Sentencia No. 020-09-SEP-CC. Caso 0038-09-EP*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 35* (Quito, 28 de septiembre, 2009).

irrita o fraudulenta”.²⁰⁸ De esta forma, la Corte termina por incorporar a la seguridad jurídica un elemento moral que viene a ser el corazón de dicho principio; la justicia, misma que termina por irradiar al principio de legalidad. Por lo tanto, el principio de legalidad exige que no pueda ser aplicado frente a leyes consideradas como injustas, contexto en el que el derecho a la resistencia justifica su excepcionalidad frente al Derecho positivo.

2.3.- Análisis de casos (2008-2014).- desde el 20 de octubre del año 2008, fecha en la que entró en vigencia la actual Constitución del Ecuador, hasta septiembre del 2014, en numerosas ocasiones se alzaron voces de protesta argumentando el derecho a la resistencia.

Se aclara que el análisis de los casos que a continuación se exponen giran en torno a evidenciar si el argumento del derecho a la resistencia configuró la excepcionalidad que de él se predica en la doctrina frente al Derecho positivo, es decir, si este último previamente fue agotado, contexto en el que resultará interesante analizar en cada caso la forma en que este agotamiento podría materializarse en nuestra práctica jurídica en aras de configurar la *última ratio* del derecho a la resistencia. No es por lo tanto relevante para este estudio, el adentrarnos en el análisis de la existencia o no de las amenazas o vulneraciones a los derechos constitucionales que han sido argumentadas en cada caso.

2.3.1.- Proyecto de Ley de Minería.- existiendo un mandato constituyente de aprobar la Ley de Minería por parte de la Asamblea Nacional,²⁰⁹ a finales del año 2008

²⁰⁸ *Ibíd.*, Sentencia No. 028-09-SEP-CC. Caso 0041-08-EP, en Registro Oficial No. 54 (Quito, 26 de octubre, 2009).

²⁰⁹ Ecuador, Asamblea Constituyente, *Mandato Constituyente No. 6* (Montecristi, 18 de abril, 2008). Como antecedentes, la Asamblea Constituyente 2007-2008, considerando que el marco jurídico nacional existente en ese momento era insuficiente para proteger los intereses nacionales respecto de las actividades realizadas por las empresas mineras, el 18 de abril del año 2008 emitió el *Mandato Constituyente No. 6* – conocido como “mandato minero” - a efecto de frenar en forma emergente “las afectaciones ambientales, sociales y culturales *hasta que entre en vigencia una nueva Ley de Minería* (Énfasis añadido), con regulaciones seguras y eficientes, acorde al modelo de desarrollo deseado por el país ...”. Se dispuso entonces la reversión y suspensión de innumerables concesiones mineras, fijando un término de 180 días contados a partir de la promulgación del mandato para la creación del nuevo marco normativo.

el gobierno presentó ante la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Minería, iniciando su trámite legislativo, lo que ocasionó que desde finales del año 2008 e inicios del 2009, con el argumento del derecho a la resistencia, indígenas, campesinos y ambientalistas agrupados en organizaciones como la CONAIE, CUIV,²¹⁰ etc., iniciasen diversas protestas en contra de este proyecto por considerar que no se les había consultado adecuadamente antes de presentar dicho proyecto para su aprobación,²¹¹ afectando sus derechos colectivos, además de que produciría afectaciones al ambiente al permitirse la extracción a gran escala a favor de las grandes trasnacionales “en sitios de alta concentración de biodiversidad y lugar donde se asientan comunidades campesinas e indígenas”, sin que se hayan definido con claridad las precauciones que debían tomar las empresas titulares de las concesiones para evitar la contaminación de las reservas de agua,²¹² entre otras varias razones; generación de monopolios, etc.²¹³

Las protestas, planteadas inicialmente como pacíficas, en algunos casos degeneraron en violencia frente a la intervención de la fuerza pública; el resultado: detenidos, heridos y bienes públicos destruidos, actos de protesta que fueron deslegitimados por el Presidente de la República al tildarlos de “irracionales y terribles”. De igual forma deslegitimó los argumentos de los manifestantes, considerándolos como fundamentalismos infantiles carentes de la legitimidad que brinda el contar con el apoyo de las mayorías.²¹⁴

²¹⁰ Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). Coordinadora por la Unidad de la Izquierda y la Vida (CUIV).

²¹¹ Amnistía Internacional, “*Para que nadie reclame nada*” ¿Criminalización del derecho a la protesta en el Ecuador? (España: 2012), 14, <https://www.es.amnesty.org/uploads/media/amr280022012es.pdf>.

²¹² “Correa tilda de irracional y terrible protesta contra Ley Minera en Ecuador”, *La Hora* (Quito), 17 de enero, 2009, <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/827048/-1/Correa_tilda_de_irracional_y_terrible_protesta_contra_Ley_Minera_en_Ecuador.html#.VEtKgyKG_g8>.

“Uso indebido de la figura de terrorismo para criminalizar a líderes indígenas y sociales”, *Rebelión*, 10 de febrero, 2011, <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=122112>>.

²¹³ “Hoy habrá protestas contra Ley Minera”, *El Diario* (Manabí), 22 de diciembre, 2008, <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/102801-hoy-habra-protestas-contra-ley-minera/>.

²¹⁴ “Correa tilda de irracional y terrible protesta contra Ley Minera en Ecuador”, *La Hora* (Quito), 17 de enero, 2009.

Pese a la gran presión social generada por las protestas en contra del proyecto de Ley de Minería se antepuso la presión que desde el Ejecutivo se realizaba sobre el Legislativo con la finalidad de que se apruebe lo más pronto dicho proyecto, por lo que a finales de enero del año 2009 entraría en vigencia la cuestionada Ley de Minería.

Una vez aprobada la ley en referencia, a mediados del mes de marzo del año 2009, la CONAIE y otros plantearon una demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería ante la Corte Constitucional, considerando de que con su aprobación se había vulnerado su derecho colectivo a ser consultados,²¹⁵ y que consta reconocido en la Constitución, artículo 57, numeral 7.²¹⁶ En abril de 2010, la Corte Constitucional mediante la *Sentencia No. 001-10-SIN-CC* declaró que la Ley de Minería era constitucional, estableciendo adicionalmente los procedimientos que en adelante debía seguir la Asamblea Nacional para consultas posteriores. Según lo descrito, en este caso, se tienen dos momentos que ameritan analizarse:

a.- El Proyecto de Ley de Minería.- si consideramos que el derecho a la resistencia es un recurso excepcional frente al Derecho positivo en la defensa de los derechos constitucionales, cabe preguntarse si ¿era constitucional el argumento del derecho a la resistencia frente al proyecto de Ley de Minería que presuntamente había vulnerado el derecho a la consulta previa y amenazaba con violar otros tantos derechos constitucionales? Para responder esta pregunta se precisa saber si el Derecho positivo ofrecía algún medio de defensa frente a dicho proyecto.

²¹⁵ Cecilia Chérrez, “Minería. Lecciones de la sentencia de constitucionalidad de la Ley de Minería”, *Acción Ecológica* <<http://www.accionecologica.org/mineria>>.

²¹⁶ Y en donde se expresa: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. SI no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.”

La calificación previa sobre la afectación a derechos constitucionales así como de la existencia de amenazas en contra de ellos, corresponde ser realizada en primera instancia por los titulares de dichos derechos, de allí que siempre será una calificación propensa a la subjetividad y a la parcialización, consecuentemente, en esta instancia previa las afirmaciones de amenazas o vulneraciones solo puedan ser tomadas como presunciones.

Pero en un Estado de Derecho, serán los jueces quienes finalmente deban calificar la existencia o no de las amenazas o vulneraciones que se demandan. Contexto en el que quienes argumentaban la afectación y amenaza a sus derechos con el proyecto de Ley de Minería debían recurrir a los medios de defensa que el Derecho prevé en busca de tal calificación y amparo consecuente, y salvo que se hubiese argumentado jurídicamente – no consta que se lo haya realizado - que estos no existían, les fuesen negados, se hayan agotado, o fuesen ineficaces, su argumento de ampararse en el derecho a la resistencia resultaría ser constitucional. Pero en cualquier caso, corresponde saber si cuando menos existían tales medios de defensa.

Un primer escenario de defensa frente a las presuntas afectaciones argumentadas por los colectivos sociales respecto de la Ley de Minería lo brinda la Constitución en su artículo 137, según el cual los presuntos afectados con el proyecto de Ley de Minería podían concurrir a la Comisión encargada de tratar el proyecto de ley para exponer sus argumentos. El Presidente de la Asamblea señaló que la Comisión Legislativa encargada de redactar el proyecto de ley “recibió las observaciones de los distintos actores de la sociedad, entre ellos los de las comunidades indígenas y campesinas, aceptándose algunas argumentaciones y otras no”.²¹⁷ Se confirma entonces que los colectivos sociales que se consideraban afectados en sus derechos con el proyecto de

²¹⁷ Ecuador, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, *Sentencia No. 001-10-SIN-CC*, 9-10.

Ley de Minería si agotaron esta instancia de participación en la formación de dicha ley, que ciertamente no es un recurso judicial o constitucional, pero es una instancia que posibilitaba cierta incidencia en la defensa de sus derechos.

Un segundo escenario de defensa de los derechos constitucionales se encuentra en el artículo 87 (ConsE) que prescribe: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con objeto de *evitar* o hacer cesar *la violación o amenaza de violación de un derecho*” (Énfasis añadido).²¹⁸ No existen antecedentes sobre la interposición de medidas cautelares respecto de proyectos de leyes, sin embargo los colectivos sociales que se consideraban afectados con él, podrían – no lo hicieron - haber intentado esta opción a efecto de crear un precedente en esta materia.

Un tercer escenario de defensa jurídica que no se dio en el caso en análisis pero merece analizarse es el referido al vinculante dictamen de constitucionalidad que le hubiese correspondido realizar a la Corte Constitucional si el Presidente de la República hubiese objetado – no lo hizo - la “inconstitucionalidad total o parcial” del proyecto de Ley de Minería elaborado por la asamblea Nacional (ConsE. Artículo 139). Lo manifestado pone de relieve la necesidad de debatir en torno al tema del *control previo de las leyes no perfectas*²¹⁹ por parte de la Corte Constitucional; que en la actualidad está imposibilitada de realizarlo de oficio o a petición de parte interesada. Ello, a efecto de habilitar un mecanismo adicional de defensa de los derechos constitucionales que

²¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia T-225”, citada por Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N° 052-11-SEP-CC. CASO N° 0502-11-EP*. Sentencia en la que la Corte Constitucional concluyó que: “... las medidas cautelares se encuentran configuradas para ser adoptadas desde los siguientes presupuestos: 1. *Hacer cesar la amenaza a un derecho constitucional –se evita que la violación se consume* (Énfasis añadido) –; y 2. *Hacer cesar la violación del derecho constitucional –se interrumpe la violación– del derecho*”.

²¹⁹ Manuel Aragón, “La interpretación de la Constitución y el carácter Objetivado del Control Constitucional”, en *Interpretación Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador, Tomo 1 (México: Porrúa, 2005), 26-34. Ejemplo de leyes imperfectas son los proyectos de leyes -, llamadas así porque las infracciones que producen, al no poder ser verificadas jurídicamente - por carecer de vigencia legal -, no dan lugar a un control jurisdiccional capaz de producir efectos jurídicos, por ejemplo una sanción determinada, reduciéndose a lo mucho a una opinión vinculante, como acontece en el caso del Ecuador con el dictamen previo de constitucionalidad de las decisiones de reforma y enmienda constitucional.

permita alejar el empleo del derecho a la resistencia. Además, un control como el sugerido abriría la posibilidad de que los presuntos amenazados en sus derechos constitucionales puedan concurrir en defensa de sus derechos a las audiencias públicas que el máximo órgano de la justicia constitucional suele realizar previo a la toma de sus decisiones,²²⁰ e incluso, intentar alguna acción constitucional respecto al dictamen que la Corte pronuncie.²²¹

Según lo analizado, si consideramos que expresamente no existe mecanismo jurídico de defensa de los derechos constitucionales frente a los proyectos de ley – salvo la instancia de participación en la formación de las leyes en el Legislativo y que fue agotado –, podría decirse que el derecho a la resistencia argumentado por los colectivos sociales fue constitucional. Pero suponiendo que les exigiésemos haber agotado las otras instancias como las analizadas y a las cuales no se recurrieron, podría plantearse que el derecho a la resistencia invocado fue inconstitucional, lo que en cualquier caso nos llevaría a afirmar que los actos de protestas llevados a cabo resultaban amparables en el derecho de protesta y que teniendo una justificación social requerían del Estado un gran nivel de tolerancia a efecto de evitar criminalizarlos; nuestra *praxis* social evidencia que no siempre el ejercicio de este derecho se ha criminalizado, no tanto por la tolerancia estatal sino por la intensidad de las manifestaciones.

b.- Aprobación de la Ley de Minería.- una vez aprobado el proyecto en Ley de Minería, los presuntos afectados en sus derechos constitucionales dejaron de lado la invocación del derecho a la resistencia, e interpusieron en contra de dicha ley una acción de Inconstitucionalidad por el fondo (ConsE. Artículo 436, numeral 2) argumentado la violación de su derecho colectivo a la consulta previa, pues a decir de

²²⁰ “Alegatos contra la Consulta Popular”, *Extra* (Guayaquil), 28 de enero, 2011, <<http://www.extra.ec/ediciones/2011/01/28/especial/alegatos-contra-la-consulta-popular/>>.

²²¹ “Juez desecha acción de protección contra dos preguntas de consulta popular”, *Ecuadorinmediato.com*, 06 de mayo, 2011, <http://www.ecuatorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=149160&umt=juez_de_secha_accion_proteccion_contra_dos_preguntas_consulta_popular>.

ellos, “ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional, ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador...”²²² Omisión que fue aceptada por el Presidente de la Asamblea Nacional cuando manifestó que la consulta previa no se realizó debido a que para su aplicación aún no se había desarrollado normativamente lo referente a los derechos colectivos, “y de igual forma no se ha dictado la Ley referente a las Nacionalidades Indígenas”²²³ Este caso en concreto resulta ser un ejemplo de la vulneración al principio constitucional de justiciabilidad y aplicación directa de los derechos y que una vez más fue secundada por la Corte Constitucional al sentenciar que la consulta previa si se había realizado.

Suponiendo que durante la discusión del proyecto de Ley de Minería no se configuró el derecho a la resistencia, una vez resuelta la acción de inconstitucionalidad interpuesta ante la Corte, siendo inapelables sus fallos, hubiese sido constitucional el ejercicio del derecho a la resistencia ante al agotamiento del Derecho positivo en la defensa de los derechos constitucionales que se invocaban como amenazados y vulnerados.

2.3.2.- Proyecto de Ley de Recursos Hídricos (Ley de Aguas).- existiendo el mandato constituyente de elaborar la Ley de Recursos Hídricos,²²⁴ la Asamblea Nacional empezó su trámite a partir del año 2009. Desde entonces hasta el año 2014 se produjeron diversas protestas pacíficas como violentas respecto del proyecto de Ley de Recursos Hídricos, por considerarlo un proyecto inconsulto, privatizador del agua e insuficiente para garantizar la protección de las fuentes de agua.²²⁵ Sin embargo, no

²²² Ecuador, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, *Sentencia No. 001-10-SIN-CC*, 3.

²²³ *Ibíd.*, 9-10.

²²⁴ La Disposición Transitoria Primera de la actual Constitución dispone que la Asamblea Nacional, “en el plazo máximo de trescientos sesenta días”, debía aprobar, entre otras leyes, “la ley que regule los recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, que incluirá los permisos de uso y aprovechamiento, actuales y futuros, sus plazos, condiciones, mecanismos de revisión y auditoría, para asegurar la formalización y la distribución equitativa de éste patrimonio”.

²²⁵ El 28 hasta el 30 de septiembre del año 2009 en la Provincia de Morona Santiago, se produjeron protestas en las que falleció el profesor Bosco Wisuma, dejando adicionalmente decenas de heridos entre manifestantes y policías, agresiones físicas, daños a la propiedad y detenidos.

sería sino hasta el 22 de abril del año 2010 que la ECUARUNARI²²⁶ declaró que se acogían al derecho a la resistencia en contra del proyecto de Ley de Aguas. Tal fue la presión ejercida a través de las manifestaciones que la bancada oficialista en la Asamblea Nacional al no contar con los votos suficientes para la aprobación de la Ley de Aguas decidió someter el proyecto de Ley de Recursos Hídricos a una consulta previa en las comunidades afectadas.²²⁷ La ley sería finalmente aprobada el 06 de agosto del año 2014.²²⁸

Igual que en proyecto de Ley de Minería, podría decirse que si cabía el argumento del derecho a la resistencia por no contarse en forma expresa con medios de defensa jurídicos para la defensa de los derechos frente a proyectos de ley, de ser así, este resultaría ser uno de los primeros casos exitosos en que se ha ejercido el derecho a la resistencia. O que no cabía el derecho a la resistencia al no haberse agotado los medios jurídicos analizados en el caso anterior y que implícitamente podrían haber servido para la defensa de los derechos, lo que en cualquier caso habría configurado el ejercicio victorioso del derecho de protesta al lograr frenar la aprobación del proyecto de Ley de Aguas y someterlo a una consulta previa.

2.3.3.- Caso la Cocha.- en el caso La Cocha la Corte Constitucional, en el año 2014 emitió la *sentencia No. 113-14-SEP-CC*, en ella, además de juzgar un caso ya resuelto por la justicia indígena, decidió que esta justicia, era incompetente para juzgar los delitos contra la vida que aconteciesen en su jurisdicción²²⁹ - dando daría al traste

²²⁶ Que en lengua Kichwa significa *Ecuador Runakunapak Rikcharimuy*: Movimiento de los Indígenas del Ecuador", también llamado Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador.

²²⁷ "Indígenas llaman a desobediencia civil contra ley de aguas", *Hoy*, 22 de abril, 2010, <<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/indigenas-llaman-a-la-desobediencia-civil-contra-ley-de-aguas-404067.html>>.

"Uso indebido de la figura de terrorismo para criminalizar a líderes indígenas y sociales", *Rebelión*, 10 de febrero, 2011, <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=122112>>.

²²⁸ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*, en *Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 305* (Quito, 06 de agosto de 2014).

²²⁹ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 113-14-SEP-CC. Caso No. 0731-10-EP* (Quito, 30 de julio, 2014). Textualmente se lee en la sentencia: "La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que

con la pluralidad jurídica en el Ecuador por el un trasfondo monista sobre la concepción del Derecho -, razón por la cual diversos colectivos indígenas, los primeros días del mes de agosto del año 2014, invocaron el derecho a la resistencia en contra de dicha sentencia por considerarla inconstitucional y reformatoria de la Constitución al violar su derecho colectivo a aplicar su propio sistema de justicia.²³⁰ La forma de ejercer esta resistencia según se ha dicho será mediante el no acatamiento de la sentencia.²³¹

En este caso, el derecho a la resistencia argumentado resulta ser constitucional, pues la decisión de la Corte se ha agotado toda posibilidad de recurrir al Derecho, agotamiento que configura la *última ratio* del derecho a la resistencia, *último recurso extra legem* a emplearse en un estado que se autodenomina de derechos y justicia.

atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena”.

²³⁰ “Los indígenas no acatarán la sentencia sobre su justicia”, *Expreso.ec* (Guayaquil), 04 de agosto, 2014, <<http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=6751453&idcat=19308&tipo=2>>.

²³¹ “Corte Constitucional alista fallo en caso de crimen en la Cocha”, *El Universo* (Guayaquil), 23 de junio, 2014, <<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/06/23/nota/3140356/cc-prepara-fallo-interpretativo-caso-crimen-cocha>>. Como antecedentes: el 09 de mayo del año 2010, en la comunidad La Cocha, Provincia de Cotopaxi se produjo el asesinato de Marco Olivo Pallo, hecho que fue atribuido a 5 jóvenes, quienes habiendo sido detenidos por la comunidad, 16 y 23 de mayo del año 2010 fueron juzgados y sancionados según las tradiciones indígenas. Posteriormente, tras un conflicto con la comunidad, miembros de la Policía Nacional lograron conducir a los involucrados hasta la justicia ordinaria a efecto de que ella los juzgue. Ante éste conflicto generado entre ambas *justicias*, el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del occiso, presentó una acción extraordinaria de protección a efecto de que la Corte resuelva el conflicto.

CAPÍTULO III

3.1.- La “última ratio” del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia.- si la expresión latina *última ratio* significa la *última razón*, la propuesta aquí esbozada debe ser entendida en el sentido de que el derecho constitucional ecuatoriano *pacífico* a la resistencia tiene una *última razón* que condiciona su ejercicio como un recurso excepcional frente al Derecho positivo, razón que al mismo tiempo termina por limitarlo.

La *última ratio* del derecho a la resistencia, es un elemento aportado por la doctrina a través de los siglos en forma muy general, y escasamente desarrollado por la teoría constitucional desde inicios de la Edad Moderna. Así, en su construcción doctrinaria en nuestro país, apoyados en la teoría del contenido esencial, hemos de partir por reconocer que este elemento se encuentra contenido implícitamente en nuestro derecho a la resistencia – pese a que a la omisión constituyente - formando parte de su contenido esencial, permitiéndole diferenciarse de otras formas de resistencia que persiguen fines contrarios a los del derecho a la resistencia – tal como acontece con la revolución -, evitando su consecuente desnaturalización por parte del legislador en su tarea de dotarle de contenido y regular su ejercicio, así como su empleo discrecional y arbitrario por parte de quienes están llamados a ser sus titulares; individuos y colectivos.

En un contexto en que en el Ecuador existen diversos mecanismos jurídicos de defensa de los derechos constitucionales – garantías jurisdiccionales -, si al derecho a la resistencia le negásemos el elemento de la *última ratio* como parte de su contenido esencial, este ya no sería un recurso excepcional; tal como la doctrina desde la Edad Media hasta la actualidad lo ha venido postulado. No siendo un recurso excepcional, terminaría por convertirse discrecionalmente en el primer recurso a ser ejercido en la defensa de los derechos constitucionales, negándole al Derecho positivo la posibilidad

de ser la primera instancia a la cual recurrir en la defensa de los derechos, pues entre recurrir al Derecho positivo y al derecho a la resistencia, con seguridad los presuntos amenazados o afectados en sus derechos constitucionales han de preferir la segunda opción en un medio en el que se constantemente se desconfía de la administración de justicia.

El ejercicio del derecho a la resistencia, por pacífico que se lo plantee, no se exime de los riesgos de ocasiona resultados funestos para nuestro país, más aun cuando su ejercicio se de en forma colectiva. Cuanto más riesgoso sería entonces concebirlo discrecionalmente como uno de los primeros recursos a los cuales recurrir en la defensa de los derechos constitucionales.

3.2.- Identificación de la *última ratio*.- la excepcionalidad del derecho a la resistencia frente al Derecho positivo, y que se postula como la *última ratio*, se la identifica en formas distintas en la doctrina como en los textos constitucionales que actualmente reconocen este derecho: En Aquino, el derecho a la resistencia se configuraba frente a ofensas al derecho divino ante la carencia de instancia terrenal a la cual acudir; en Locke, se lo concebía como una forma de apelación al cielo frente a la ausencia de instancia terrenal a la cual acudir en la defensa de los derechos naturales; en Gargarella, se lo postula como la última carta del pueblo en situaciones de alienación legal o carencia extrema; en Chamberlin, como un derecho justificable frente al déficit democrático; en algunos textos constitucionales se lo contempla: a) ante la inexistencia de autoridad a la cual acudir, lo que implica un agotamiento de los medios de defensa jurídicos que prevé el Derecho interno de un país, b) ante la gravedad de las afectaciones a los derechos y c) presencia de una fuerza considerada como injusta.

Nótese que esta excepcionalidad del derecho a la resistencia y que configura su *última ratio* acontece frente a la concurrencia de ciertos presupuestos como los antes

mencionados, evidencia que el ejercicio de este derecho no cabe ante la sola existencia de amenazas o afectaciones a los bienes jurídicos que protege, pues será necesario que concurren ciertos elementos adicionales que permitan configurar su excepcionalidad, su *última ratio*.

La defensa de los derechos constitucionales a través del derecho a la resistencia, y que aquí se postula, está basada en una defensa constitucional, consecuentemente el elemento de la *última ratio* debe ser identificado en el *agotamiento de los recursos jurídicos que prevé el Derecho*, concretamente, en el *agotamiento de la justicia constitucional*, que es a través de la cual se posibilita una defensa final y previa en Derecho – antes de recurrir al derecho a la resistencia y sus medios *extra legem* - de los derechos constitucionales, más aún en consideración de que sus resoluciones son inapelables (ConsE. Artículo 440).

Sin embargo, se ha de requerir que estos recursos jurídicos que concede el Derecho positivo para la defensa de los derechos sean *eficientes y eficaces*,²³² pues de nada han de servir si carecen de tales cualidades, es decir, si no son propicios para garantizar la defensa de los derechos constitucionales frente a la existencia de acciones y omisiones de amenazas y/o violaciones, contexto en los que resultaría una falacia, un simple formalismo, exigir a quienes pretendan resistir acudir al Derecho positivo en defensa de sus derechos. Escenarios así –de ineficiencia e ineficacia – posibilitarían que la *última ratio* como aquí se la ha planteado sufra una variación, es decir, se eximiría a

²³² Costa Rica, *Convención Americana de Derechos Humanos* (7 al 22 de noviembre de 1969). Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Garibaldi vs Brasil* (23 de septiembre, 2009). *Ibíd.*, *Caso Castañeda Gutman vs México* (21 de marzo, 2007).

Ecuador, Constitución de la República, 11, 76, 169.

Ecuador, Asamblea Nacional, *Código orgánico de los Función Judicial*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 544* (Quito, 09 de marzo, 2009), 18-24.

Para la comprensión de lo que se manifiesta y que se engloba en los términos de la eficiencia (todo lo conducente a lograr un resultado) y eficacia (resultado) se recomienda la revisión de los instrumentos mencionados y que hacen referencia al plazo razonable, retardo injustificado, debido proceso, principio de celeridad, eficacia, economía procesal, etc.

quienes pretenden resistir de recurrir a los medios de defensa que prevé el Derecho, los cuales se considerarían implícitamente como agotados.

Inclusive, la LOGJCC, al referirse a la Acción Ordinaria de Protección, establece que ella se ha de interponer ante la “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado” (Ibíd., artículo 40 numeral 3). Igual acontece con la Acción Extraordinaria de Protección, cuando se manifiesta que la demanda que la interponga a de contener la “demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados...” (Ibíd., artículo 61 numeral 3). Lo manifestado, también evidencia la excepcionalidad que representa el recurrir a estas garantía jurisdiccionales, que es lo que se plantea respecto del derecho a la resistencia.

Existen doctrinarios para quienes el agotamiento del Derecho positivo puede solventarse con exclusión del derecho a la resistencia. Peter Fitzpatrick, postula que el Derecho positivo, frente a sus falencias, está dotado de un potencial autoemancipador que lo hace capaz de superar sus injusticias y responder así a las grandes exigencia de cambios que se le plantean por la sociedad, lo que dependerá de la acción política constante y creativa que entre otras cosas permita la creación de formas de justicia alternativas al Derecho vigente, que al confrontarlo tiendan a mejorarlo.²³³

Su propuesta si bien resulta ser muy interesante, además de relativizar las conquistas arrancadas al Derecho - al someter su vigencia a una vigía constante a través de la acción política -, implícitamente termina por negar la posibilidad de agotamiento del Derecho, en consecuencia la configuración de la *última ratio*; que es en definitiva la que posibilita el ejercicio del derecho a la resistencia.

²³³ Peter Fitzpatrick, “El Derecho como resistencia”, en *El Derecho como resistencia. Modernismo, imperialismo, legalismo*, Peter Fitzpatrick (Bogotá-Colombia: Siglo del Hombre, 2011), 19-34.

El agotamiento de los recursos que prevé el Derecho positivo en la defensa de los derechos constitucionales y que configuran *la última ratio* del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia, por lo tanto su ejercicio excepcional, también ha de contemplar por extensión – pues no puede ignorarse su importancia – todas aquellas formas de lucha social amparables en el derecho de protesta, en la desobediencia civil, etc. En conclusión, todos aquellos medios *extra legem* que son de común práctica en nuestro medio en la defensa de los derechos constitucionales, mismos que bien pueden ir a la par de los medios jurídicos que el Derecho posibilite para la defensa de los derechos.

Siendo el *agotamiento de la justicia constitucional*²³⁴ la que permite configurar la *última ratio* del derecho a la resistencia, se precisa posibilitar una defensa eficiente y eficaz de los derechos en otras instancias inferiores a la justicia constitucional, que aleje en la medida de lo posible la configuración de la *última ratio*, contexto en el que otras instancias alternativas de justicia jugarían un papel fundamental: mediación, arbitraje, etc.

Finalmente, un escenario diferente al planteado hasta aquí sería aquel que estando pendiente las posibilidades de defensa jurídicas, se pretenda materializar mediante el empleo de la fuerza la afectación a los derechos constitucionales, lo que ocasionará irremediablemente que la *última ratio* aquí planteada sufra una variación; ya no sería exigible el agotamiento de los medios de defensa que prevé el Derecho positivo, sino la necesidad de la presencia de una fuerza física que pretenda materializar la afectación a los derechos, fuerza frente a la cual, al ser considerada como injusta,

²³⁴ Estos medios jurídicos de defensa constitucionales están conformadas por las objeciones por inconstitucionalidad (ConsE. Artículo 438 numeral 3), acción de inconstitucionalidad (LOGJCC artículo 75), acción de protección (ConsE. Artículo 88), acción extraordinaria de protección (Ibíd., artículo 94), control previo de constitucionalidad (ConsE. Artículo 104, LOJGCC artículo 75), etc.

sería constitucional la oposición de otra fuerza, con lo cual nos adentramos a la dimensión violenta del derecho a la resistencia que no es objeto de este estudio.

3.3.- La calificación de la *última ratio* del derecho a la resistencia.- la amenaza o vulneración a los derechos constitucionales podría acontecer de infinitas maneras, y en primera instancia serán sus titulares quienes realicen una calificación previa de la supuesta amenaza o afectación, pues, posteriormente será un juez quien deberá determinar su existencia o inexistencia, tal como acontece en la interposición de las garantías jurisdiccionales. Por lo tanto, sobre este aspecto resulta claro quien ha de realizar la calificación previa a la interposición de estas acciones y posteriormente.

En el caso del derecho a la resistencia, la calificación de esta amenaza o vulneración de los derechos constitucionales también compete en primera instancia a quienes *pretenden* resistir, con una particularidad: esta calificación previa no se agota con la calificación posterior que ha de realizar un juez, es decir, la creencia de la supuesta amenaza o afectación a los derechos del titular podría continuar – este es un riesgo que siempre planteará el derecho a la resistencia debido al abuso al que podría prestarse por parte de inconformes con las sentencias en las que no se les brinde la razón – indeterminadamente hasta agotarse toda instancia de defensa en Derecho, contexto en el que el derecho a la resistencia se configuraría.

Ahora bien, respecto a la calificación de la configuración de la *última ratio* del derecho a la resistencia, debemos partir por recapitular que el agotamiento del Derecho positivo configura la *última ratio* del derecho a la resistencia. Ahora bien, este agotamiento podría darse de la siguiente forma: a) se han agotado los medios de defensa que prevé la justicia constitucional, y b) no se han agotado los medios que prevé la justicia constitucional por considerarlos como ineficientes e ineficaces.

En el primer caso, resultaría ser clara la configuración de la *última ratio* no así en el segundo caso, pero en ambos casos ¿Quién o quienes deberían realizar tal calificación? En extenso se ha argumentado que el derecho a la resistencia se ejerce como un recurso excepcional frente al Derecho positivo, sea porque este último es la causa que origina la afectación al bien jurídico protegido por el derecho a la resistencia – los derechos constitucionales - o bien porque resulta ser incapaz de garantizar su defensa. Siendo así, ¿sería lógico pensar que el Derecho positivo goce de la autoridad para calificar la configuración de la *última ratio* del derecho constitucional a la resistencia? Por supuesto que no.

Entonces ¿Quién debería realizar esta calificación? Tal como acontece con el derecho de protesta, comúnmente ejercido en nuestro país, y como lo postularan los teóricos del derecho a la resistencia, deberían ser los titulares de este derecho – quienes, por cuestiones de opinión pública, deberán sujetarse cuando menos a los parámetros de objetividad exigidos a los presupuestos que configuran el derecho a la resistencia -, y es esto lo que justamente convierte al derecho a la resistencia en un derecho riesgoso, contexto en el que resulta ser de fundamental importancia el papel de la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución y consecuentemente, defensora de los derechos constitucionales

3.4.- La Corte Constitucional: Último bastión jurídico de lucha por los derechos.- “con la aparición y la consolidación progresiva del Estado democrático de derecho, dotado de múltiples mecanismos de garantía, todo indicaba que el viejo derecho de resistencia podía jubilarse tranquilamente”,²³⁵ uno de esos mecanismos de garantía ha sido “la creación de las cortes constitucionales”, por intermedio de las cuales se ha provocado que la <<apelación al cielo>> de Locke sea una *extrema ratio* todavía

²³⁵ Vitale, *Defenderse del poder*, 11.

más extrema”, sin embargo, no ha logrado descartarla, más aún cuando los textos constitucionales reconocen “la <<paradoja jurídica>> del derecho a la resistencia”.²³⁶

Frente a la existencia del derecho a la resistencia en nuestro país, la Corte Constitucional juega un papel de trascendencia en la construcción de la *democracia constitucional*; aquella democracia de límites de la que tanto nos habla Ferrajoli.²³⁷ Y en la cual, lo mínimo que se le podría exigir a la Corte Constitucional sería una actuación independiente, imparcial, pluralista y deliberativa frente a los riesgos que siempre supondrán las latentes democracias plebiscitarias para la democracia constitucional.²³⁸

La CIDH, ha manifestado que el principio de independencia judicial, adicional a ser uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, es indispensable para la protección de los derechos,²³⁹ y un elemento consustancial a la democracia representativa, siendo un principio estrechamente vinculado a la separación de los poderes.²⁴⁰

La independencia judicial y la separación de poderes como requisitos para la defensa de los derechos constitucionales urge en contextos en los que los poderes fácticos yacen tan vinculados al poder político,²⁴¹ con lo cual, la afectación a los derechos constitucionales terminan por desbordarse a los procesos de integración.²⁴² Sin ignorar la importancia de la administración de justicia en la configuración de la *última ratio*, una Corte Constitucional independiente podría constituirse en el último bastión de la lucha por los derechos, coartando toda posibilidad de recurrir al derecho a la resistencia, o por el contrario, convirtiéndose en la causa de su constante invocación.²⁴³

²³⁶ *Ibíd.*, 50.

²³⁷ Ferrajoli, “La democracia constitucional”.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Reverón Trujillo v. Venezuela* (30 de junio, 2009).

²⁴⁰ *Ibíd.*, *Caso Quintana Coello vs Ecuador* (23 de agosto, 2013).

²⁴¹ Vitale, *Defenderse del poder*, 63-84.

²⁴² Ferrajoli, “La democracia constitucional”.

²⁴³ Erwin Chemerinsky y Richard D. Parker, *Constitucionalismo Popular* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2011), 46-7, 49. Con el peligro de ocasionar su propio declive frente a tendencias que abogan por su desaparición o limitación.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El derecho a la resistencia tiene sus raíces en la antigua controversia existente entre la obediencia a las leyes de los hombres o a las leyes naturales de origen divino consideradas como justas por pertenecer a un orden jurídico suprapositivo.

Su origen ocurre en la Edad Media dentro del seno de la Iglesia Católica en la doctrina del Derecho Natural, siendo postulado para ser ejercido en forma extrema, frente al agotamiento del Derecho positivo, en la defensa del Derecho divino considerado como justo, respecto de los monarcas y sus mandatos injustos. En aquel tiempo su existencia se justificaba por la necesidad de mantener sometido el poder político (Derecho positivo) al poder religioso (Derecho divino).

Su desarrollo con un tinte laico llegaría a inicios de la Edad Moderna con Locke, quien lo postuló como una apelación al cielo frente a la ausencia de instancias terrenales a las cuales acudir en la defensa de los derechos naturales. Pensamiento que llegaría a ser plasmado en algunos textos constitucionales, declaraciones de independencia y de derechos humanos, de allí que resulte acertado el afirmar que se trata de un derecho-garantía que el constitucionalismo en sus inicios consolidó para defensa de sus iniciales postulados. Su permanencia en estos momentos iniciales del constitucionalismo, aún encontraba su explicación en la necesidad de someter al poder político a orden jurídico natural superior.

El abandono del estudio del derecho a la resistencia por el constitucionalismo se daría por el surgimiento de los gobiernos democráticos, que supuso entre muchos cambios, el declive de las monarquías frente a los modelos presidencialistas y parlamentarios basados en la separación de poderes y el sometimiento del poder político al Derecho. Realidad en la que resultaba ilógico pensar que el pueblo terminase por

tiranizarse así mismo, así, el derecho a la resistencia dejó de tener valía para la teoría constitucional.

Su abandono se radicalizaría frente al predominio del positivismo jurídico que si bien propugnaba el sometimiento del poder político al Derecho positivo, lo hizo a merced de negar la subordinación del Derecho positivo a un orden jurídico supra positivo, logrando así, desvincular al Derecho de la moral; propiciando la retirada definitiva del iusnaturalismo y consecuente de la teoría del derecho a la resistencia. Pese a ello, el derecho a la resistencia consta reconocido en pocos textos constitucionales como un recurso extremo en la defensa del orden democrático, constitucional y de los derechos humanos.

En la actualidad, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, superando en teoría a los postulados neoconstitucionalistas ha logrado posicionar una nueva forma de limitación para el poder político al volver a subordinar al Derecho positivo al orden instaurado por los derechos humanos en tanto las legislaciones internas sean menos favorables en materia de derechos en relación a los reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, conjunto de principios y valores de índole moral, herederos de los derechos naturales, y en el que el derecho a la resistencia ha vuelto a recobrar vigencia dentro de la nueva teoría constitucionalista.

El derecho a la resistencia es reconocido en nuestro actual texto constitucional de manera ambigua, dando lugar a interpretaciones e invocaciones discrecionales y arbitrarias respectivamente, realidad que propicia su actual proscripción y falta de eficacia.

La doctrina ha dotado al derecho a la resistencia de diversas cualidades que le permite diferenciarse de otras formas de resistencia, evitando con ello su empleo discrecional y arbitrario, y en donde su función conservadora y restauradora del bien

jurídico que protege; los derechos constitucionales en el caso del Ecuador, lo cual lo convierte en una garantía en defensa de la Constitución y del constitucionalismo de derechos.

El derecho a la resistencia se ejerce mediante actos *extra legem*, generalmente violentos, sin embargo, reconociendo la multiplicidad de expresiones de protesta tanto pacíficas como violentas propias de la *praxis social*, en función de los fines que persigue el derecho a la resistencia, se postula la necesidad de un derecho a la resistencia pacífico.

Siendo el derecho a la resistencia un recurso excepcional, que se ejerce frente al agotamiento del Derecho positivo, muchas de sus características que configuran esta excepcionalidad son parte de su contenido esencial, contenido que al mismo tiempo lo limita. Uno de aquellos elementos es la *última ratio*, que se entiende como la última razón que se precisa exista para activar al derecho en referencia. La *última ratio* que se defiende es aquella que se materializa en el agotamiento del Derecho positivo, concretamente, de la justicia constitucional; último bastión de defensa jurídica de los derechos constitucionales.

La calificación de la *última ratio* del derecho a la resistencia, corresponde a los titulares del derecho a la resistencia, pues resultaría incoherente que siendo el Derecho positivo la causa de la configuración del derecho a la resistencia, se tenga que recurrir a él para requerir su calificación.

La existencia del derecho a la resistencia exige que la Corte Constitucional, entre muchas cosas, goce de independencia en aras de lograr una defensa imparcial de los derechos constitucionales frente al poder político y los poderes fácticos, caso contrario se convertirá en la causa de la constante invocación del derecho a la resistencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Aláez Corral, Benito y Leonardo Álvarez A. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Oviedo: octubre, 2007.
<<http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/pdf/sentenciasbverfgborrador.pdf>>.
- “Alegatos contra la Consulta Popular”. *Extra* (Guayaquil), 28 de enero, 2011.
<<http://www.extra.ec/ediciones/2011/01/28/especial/alegatos-contra-la-consulta-popular/>>.
- Alemania. *Ley Fundamental*. 1949. <<http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>>.
- Amnistía Internacional. “*Para que nadie reclame nada*” ¿*Criminalización del derecho a la protesta en el Ecuador?* 3-37. España: 2012.
<<https://www.es.amnesty.org/uploads/media/amr280022012es.pdf>>.
- Aquino, Tomas. *Suma teológica*. <<http://hjg.com.ar/sumat/c/c69.html>>.
- Aragón, Manuel. “La interpretación de la Constitución y el carácter Objetivado del Control Constitucional”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador, *Interpretación Constitucional*, Tomo 1, 26-34. México: Porrúa, 2005.
- Argentina. *Constitución de la Nación*. 22 de agosto, 1994.
<<http://www.cepal.org/oig/doc/argentinaconstitucionpolitica.pdf>>.
- “Asamblea Constituyente concede 362 amnistías en Ecuador”. *El Universo* (Quito), 14 de marzo, 2008.
<<http://www.eluniverso.com/2008/03/14/0001/8/0073444D01BA473A88375C541EBC7388.html>>.

“Asambleístas minimizan voto provincial por el no”. *La Hora* (Quito), 14 de mayo, 2011.

Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Sociedad No.3, 19-38. Quito: 2008).

----- “El derecho de la naturaleza: fundamentos”. En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, 173-238. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2011.

Biagini, Hugo E. *El Ius Resistendi en Locke*. 153-9.

<http://www.google.com.ec/#hl=es&source=hp&q=el+ius+resistendi&oq=el+ius+resis&aq=1v&aqi=gv2&aql=&gs_sm=c&gs_upl=3024110382138101103853411321271515171114821361111.4.6.3.111710&fp=1&biw=1262&bih=592>.

Burbano de Lara, Felipe. “Poder Ciudadano”. *Hoy digital* (Quito), 13 de enero, 2007, <<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/poder-ciudadano-328307.html>>.

“B1.6. Razones que legitiman la teoría del poder como presupuesto necesario de la teoría de los derechos humanos”. En *Curso Sistemático de Derechos Humanos*. <http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh26.htm>.

Carlosama, Miguel Ángel. “Movimiento indígena ecuatoriano: historia y consciencia política”. *Rimay, Boletín Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI)*, 17 (2000). <http://icci.nativeweb.org/boletin/17/carlosama.html>

Carvajal, Patricio. “Derecho de Resistencia, Derecho a la Revolución, Desobediencia Civil: Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna (I)”. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*. 63-101. 1992.

<http://www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/05062011/ndpderecho_resistencia_desobediencia.pdf>.

“Cervecería Nacional deberá pagar más de \$ 90 millones a extrabajadores luego del dictamen de la Corte”. *Vistazo*, 09 de marzo, 2011. <<http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=14488>>.

Chamberlin, Michael. “El Derecho a la Resistencia frente al Déficit Democrático en México”. *Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. FLACSO-México*. 1-82. 2008.

<<http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1298/1/01.%20El%20derecho%20a%20la%20resistencia%20frente...%20Michael%20%20William%20Chamberlin%20Ruiz.pdf>>.

Chemerinsky, Erwin y Richard D. Parker. *Constitucionalismo Popular*. 13-191. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2011.

Chérrez, Cecilia. “Minería. Lecciones de la sentencia de constitucionalidad de la Ley de Minería”. *Acción Ecológica*. <<http://www.accionecologica.org/mineria>>.

Colombia, Corte Constitucional. “Sentencia C-141”. Bogotá, 26 de febrero, 2010.

Citada por Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs Uruguay*. 24 de febrero, 2011.

----- *Sentencia T-225*. Bogotá, 15 de julio, 1993. Citada por

Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N° 052-11-SEP-CC. CASO N° 0502-11-EP*. Quito, 15 de diciembre, 2011.

“Comisión de Derechos Humanos protesta por tratos a detenidos en Dayuma”. *El*

Universo, (Guayaquil), 04 de diciembre, 2007.
<<http://www.eluniverso.com/2007/12/04/0001/12/572DA813E8074C4291027B0F4420E42A.html>>.

Corral B., Fabián. “Acerca de la resistencia”. *EL Comercio* (Quito), 18 de noviembre, 2010. <<http://www.elcomercio.com.ec/opinion/acerca-resistencia.html>>.

Correa, Rafael. “Informe ante la Asamblea Nacional Constituyente al cumplirse el primer año de gobierno”. Discurso, Presidencia de la República, 15 de enero, 2008. <<http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/10/2008-01-15-Mensaje-al-cumplirse-el-primer-a%C3%B1o-de-Gobierno.pdf>>.

“Correa tilda de irracional y terrible protesta contra Ley Minera en Ecuador”. *La Hora* (Quito), 17 de enero, 2009.
<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/827048/1/Correa_tilda_de_%27irracional_y_terrible%27_protesta_contra_Ley_Minera_en_Ecuador.html>.

“Corte Constitucional alista fallo en caso de crimen en la Cocha”. *El Universo* (Guayaquil), 23 de junio, 2014.
<<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/06/23/nota/3140356/cc-prepara-fallo-interpretativo-caso-crimen-cocha>>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Garibaldi vs Brasil*. 23 de septiembre, 2009.

-----. *Caso Castañeda Gutman vs México*. 21 de marzo, 2007.

-----. *Caso Kimel vs. Argentina*. 2 de mayo, 2008.

-----. *Caso Quintana Coello vs Ecuador*. 23 de agosto, 2013.

-----. *Caso Reverón Trujillo v. Venezuela*. 30 de junio, 2009.

-----. *Opinión Consultiva OC-6/86*. 09 de mayo, 1986.

Costa Rica. *Convención Americana de Derechos Humanos*. 7 al 22 de noviembre de 1969.

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. 04 de Julio, 1776.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 26 de agosto, 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre, 1948.

“De 204 denuncias contra dirigentes sociales e indígenas, 33 son procesos en firme, explica Fiscalía”. *Ecuadorinmediato.com*, 26 de marzo, 2012. <
http://www.ecuatorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=169866&umt=de_204_denuncias_contra_dirigentes_sociales_e_indigenas_33_son_procesos_en_firme2c_explica_fiscaleda>.

“Derecho a resistencia no tiene normativa”. *El Universo* (Guayaquil), 21 de mayo, 2009.

<<http://www.eluniverso.com/2009/05/21/1/1355/D378D92022DA4AF3A7C8D6527BA3D250.html>>.

“Derroche Presupuestario”. *Hoy digital* (Quito), 03 de marzo, 2006.

<<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/derroche-presupuestario-228407.html>>.

Ecuador, Asamblea Constituyente. *Acta del Pleno No. 28*. Montecristi-Manabí, 19 de marzo, 2008.

-----. “Amnistía General”. En Corte Constitucional para el Periodo de Transición, *SENTENCIA N.º 0004-09-SAN-CC, CASO N.º 0001-08-AN*. Quito, 24 de septiembre, 2009.

-----. *Acta No. 50*, 12, 22, 28, 35, 49-54, 58-9, 64-5, 73,

75, 77, 82, 86.7, 89, 95-6, 98, 104-5. Montecristi-Manabí.

-----. *Constitución de la República*, en *Registro Oficial*

- No. 449. Quito, 20 de octubre, 2008.
- . *Acta No. 27, Amnistía No. 4.* Montecristi-Manabí,
 14 marzo, 2008. Citada por Asamblea Nacional del Ecuador, *Resolución.* Quito,
 13 de abril, 2011.
- . *Mandato Constituyente No. 6.* Montecristi, 18 de abril, 2008.
- . *Mandato Constituyente No. 8.* Montecristi-Manabí, 30 de abril, 2008.
- . Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. *Acta No.*
 34. Montecristi-Manabí, 13 de marzo, 2008.
- . Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. *Actas No.*
 1-37. Montecristi-Manabí, 2007-2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. *Código orgánico de los Función Judicial, en Registro*
Oficial, Suplemento No. 544. Quito, 09 de marzo, 2009.
- . *Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial*
Suplemento No. 180. Quito, 10 de febrero, 2014.
- . *Ley de Minería, en Registro Oficial, Suplemento No. 517.* Quito, 29 de enero,
 2009.
- . *Ley Orgánica de Comunicación, en Registro Oficial, Tercer Suplemento No. 22.*
 Quito, 25 de junio, 2013.
- . *Ley Orgánica de Educación Intercultural y Bilingüe, en Registro Oficial,*
Segundo Suplemento No. 417. Quito, 31 de marzo, 2011.
- . *Ley Orgánica de Educación Superior, en Registro Oficial, Suplemento No. 298.*
 Quito, 12 de octubre, 2010.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en*
Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 52. Quito, 22 de octubre, 2009.
- . *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, en*

Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 305. Quito, 06 de agosto de 2014.

Ecuador, Corte Constitucional para el Periodo de Transición. *Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos Acumulados No. 0008-09-IN y 0011-09-IN*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 176.* Quito, 21 de abril, 2010.

----- *Sentencia No. 0004-09-SAN-CC. Caso 0001-08-AN*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 43.* Quito, 08 de octubre, 2009.

----- *Sentencia N° 001-10-PJO-CC. Caso 0999-09-JP (INDULAC), Jurisprudencia Vinculante*, en *Registro Oficial, Suplemento Segundo No. 351.* Quito, 29 de diciembre, 2010.

----- *Sentencia No.001-11-SIO-CC*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 378.* Quito, 04 de febrero, 2011.

----- *Sentencia No. 006-13-SIN-CC. Caso 0036-10-IN*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 56.* Quito, 13 de agosto, 2013.

----- *Sentencia No. 012-09-SEP-CC. Caso 0048-08-EP*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 9.* Quito, 21 de agosto, 2009.

----- *Sentencia No. 020-09-SEP-CC. Caso 0038-09-EP*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 35.* Quito, 28 de septiembre, 2009.

----- *Sentencia No. 028-09-SEP-CC. Caso 0041-08-EP*, en *Registro Oficial No. 54.* Quito, 26 de octubre, 2009.

----- *Sentencia No. 043-10-SEP-CC. Caso No. 0174-09-EP*, en *Registro Oficial, Suplemento No. 661.* Quito, 14 de marzo, 2012.

----- *Sentencia No. 113-14-SEP-CC. Caso No. 0731-10-EP.* Quito, 30 de julio, 2014.

Ecuador, Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha. *Acción de protección No. 2009-1028.* Quito, 29 de septiembre, 2009.

“Ecuador; Nuevo escenario para la criminalización a los defensores y defensoras de los

derechos humanos”. *LibreRed*, 12 de enero, 2011.
<<http://www.librered.net/?p=3318>>.

Ecuador, Pleno de la Asamblea Constituyente. *Mandato Constituyente No. 23 de Conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización*. Montecristi-Manabí, 25 de octubre, 2008.

Ecuador, Tribunal Supremo Electoral. *Convocatoria a Elecciones para Representantes a la Asamblea Constituyente*. Quito, 24 de abril, 2007.

“Edad Media-San Agustín-Santo Tomás. *Alipso.com*.

<[http://www.alipso.com/impresion/impresion.php?ruta=/monografias/edad_med
ia_sa_sth/](http://www.alipso.com/impresion/impresion.php?ruta=/monografias/edad_med
ia_sa_sth/)>.

Elizalde Jalil, Marco A. “El derecho a la resistencia”. *El Universo* (Guayaquil), 04 de febrero, 2010. <<http://www.eluniverso.com/2010/02/04/1/1363/derecho-resistencia.html>>.

“En América Latina resurge el derecho a la resistencia mientras que en Europa no es materia de discusión hace décadas”. *burodeanalysis.com*, 14 de abril, 2011.
<<http://www.burodeanalysis.com/2011/04/14/en-america-latina-resurge-el-derecho-a-la-resistencia-mientras-que-en-europa-no-es-materia-de-discusion-hace-decadas/>>.

Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”. En Courtis Christian, compilador, *Desde Otra Mirada*. Buenos Aires: Eudeba, 2001.

Fitzpatrick, Peter. “El Derecho como resistencia”. En Peter Fitzpatrick, *El Derecho como resistencia. Modernismo, imperialismo, legalismo*, 19-34. Bogotá-Colombia: Siglo del Hombre, 2011.

Flor Vásconez, José. *Los derechos humanos de personalidad*, 12-760. Quito-Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2011.

Foucault, Michael. "Frente a los gobiernos, los derechos humanos". En *Los Derechos Humanos*, Mahatma Gandhi, Norberto Bobbio, Aldous Huxley, Teilhard de Chardin, Fernando Savater, E.H. Carr, Michael Foucault y otros, 101-2. México: Ediciones Milenio, 2000.

Francia. *Constitución de la República*. 21 de junio, 1793.

<http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf>.

Gargarella, Roberto. "El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema".

Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía No. 4. 2007.

<<http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf>>.

-----. *La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de*

alienación legal. 2003. <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/24/>.

Gómez Barboza, Paulina. "Juricidad y fundamentación de los derechos humanos".

Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV (1991-1992).

35-47. <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/243/224>>.

Grecia. *Constitución de la República*. 1975.

<<http://www.eft.com.ar/legislac/constit/grecia.htm>>.

Grijalva, Agustín. "Nuevo Constitucionalismo, Democracia e Independencia Judicial"

(2014). Artículo aún no publicado. En posesión del autor.

Guatemala. *Constitución de la República*. 31 de mayo, 1985.

<https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf>.

Habermas, Jürgen. "Otoño de 1983 o la neutralización moral del derecho". *Ensayos*

Políticos, 3^a ed. 1997. 1-27.

<<http://scholar.google.com.br/scholar?q=Derecho%20de%20resistencia,%20derecho%20de%20revoluci%C3%B3n,%20desobediencia%20civil:%20Una%20perspectiva%20hist%C3%B3rica>>.

Hermida, José Manuel. “Los profesionales del derecho, la justicia y la vigencia de los Derechos Humanos”. En *El uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, Luis Pasara/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: 2008. 13-4.

Hernández Terán, Miguel. *El derecho constitucional a la resistencia. ¿Realidad o Utopía?* 1-206. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2012.

“Hay planes y grupos mafiosos contra CN”. *Hoy*, 27 de abril, 2011.

<<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/hay-planes-y-grupos-mafiosos-contra-cn-472004.html>>.

“Indígenas llaman a desobediencia civil contra ley de aguas”. *Hoy*, 22 de abril, 2010.

<<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/indigenas-llaman-a-la-desobediencia-civil-contra-ley-de-aguas-404067.html>>.

“Juez desecha acción de protección contra dos preguntas de consulta popular”.

Ecuadorinmediato.com, 06 de mayo, 2011.

<http://www.ecuatorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=149160&umt=juez_desecha_accion_proteccion_contra_dos_preguntas_consulta_popular>.

“La protesta en Dayuma afecta a Petroproducción”. 27 de noviembre, 2007.

<<http://www.bittium-energy.com/cms/content/view/420/>>.

“Liberan a seis detenidos en protestas de Dayuma”. *Hoy digital* (Quito), 04 de enero, 2008. <<http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/liberan-a-seis-detenidos-en-protestas-de-dayuma-286087.html>>.

Locke, John. *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil: Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducido por Carlos Mellizo, 7-238. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

“Los indígenas no acatarán la sentencia sobre su justicia”. *Expreso.ec* (Guayaquil), 04

de agosto, 2014.

<[http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=6751453&idcat=19308&ti
po=2](http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=6751453&idcat=19308&ti
po=2)>.

Mejía, Óscar /Jiménez Carolina. *Democracia Radical, Desobediencia Civil y nuevas Subjetividades Políticas*. 7-90. Bogotá: Universidad nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto de Investigaciones Jurídico-Sociales, 2006.

Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. 13ª ed., 1-70. Bogotá: Temis, 2003.

Pasara, Luis. “El uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia”. En *El uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, Luis Pasara/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: 2008. 21-110.

Paz y Miño Cepeda, Juan J. “El ciclo del proceso constituyente en Ecuador”. En *Varios, Constitución 2008. Entre el Quiebre y la Realidad*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2008. <<http://the.pazymino.com/boletinAgoSet08-A.pdf>>.

Pérez Guartambel, Carlos. *Justicia Indígena*. 7-442. Cuenca-Ecuador: Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales/Colegio de Abogados del Azuay, 2006.

Piedrahita Tatés, Bayardo Moreno. “El Derecho de Resistencia y la Constitución del 2008”. *La Hora. Derechoecuador.com* (Quito), 08 de abril, 2008. <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/04/08/el-derecho-de-resistencia-y-la-constitucion-del-2008>>.

Platón. *La República*. 7-398. Lima – Perú: Grupo Editorial Megabyte, 2004.

Portugal. *Constitución de la República*. 25 de abril, 1976.

<<http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>>.

“Prefectos y asambleístas anuncian resistencia al sí”. *Hoy*, 11 de mayo, 2011.

<<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/prefectos-y-asambleistas-anuncian-resistencia-al-si-474633.html>>.

“Presidente pide sanciones para responsables de paro minero”. *La Hora* (Quito), 19 de enero, 2009.

<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/827499/1/Presidente_pide_sanciones_para_responsables_de_paro_minero.html>.

“Protestar no es lo mismo que robar vacas y torturar”. *Burodeanalysis.com*, 18 de octubre, 2010. <<http://www.burodeanalysis.com/2010/10/18/protestar-es-lo-mismo-que-robar-vacas-y-torturar/>>.

Rabinovich, Ricardo D. *Recorriendo la Historia del Derecho*. 2ª ed., 8-433. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2006.

Ramírez Gallegos, Franklin. “Desencuentros, convergencias, polarización (y viceversa): El gobierno ecuatoriano y los movimientos sociales”, *Revista Nueva Sociedad* No. 227. 2010. 83-101. <http://www.nuso.org/upload/articulos/3698_1.pdf>.

Salazar Sánchez, Marta. “Positivización del Derecho a la Resistencia en el Derecho Constitucional Alemán”. *Revista Chilena de derecho*, vol. 20. 323-32. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649797>>.

“Salvoconductos”. *La Hora*, 11 de mayo, 2010.

<<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1032678/-1/Salvoconductos.html>>.

Sánchez Baquerizo, Luis. “La renuencia de cervecería a obedecer”. *Desde mi trinchera*, 25 de marzo, 2011. <<http://www.desdemitrinchera.com/articulos/la-renuencia-de-cerveceria-a-obedecer/>>.

“Se aproxima solución al paro amazónico”. *La Hora*, 03 de marzo, 2002.

<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000057713/-1/Se_aproxima_soluci%C3%B3n_al_paro_amaz%C3%B3nico.html#.VA6wdcJ5Pg8>.

Sferrazza Taibi, Pietro. *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho. La Teoría Jurídica Crítica de Luigi Ferrajoli*. 1-16. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_juridica_critica.pdf.

Sousa Santos, Boaventura. “Un discurso sobre las ciencias”. En Boaventura de Sousa Santos, *Una Epistemología del Sur: La reinención del conocimiento y la emancipación social*, 98-159. México: Siglo XXI Editores-Clacso, 2009.

Storini, Claudia. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones. La nueva Constitución del Ecuador Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, editores, 287-312. Quito: Corporación Editora nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

The Carter Center. *Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador*. 3-69. Quito: The Carter Center, 2008.
<http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Informe_Final_AC_-_Centro_Carter_distribuido.pdf>.

Tobar, Bernardo. “Monismo jurídico y diferencia cultural. Lo justo, el trabajo en común y la ética del don”. En *Representaciones legales de la alteridad indígena*, Herinaldy Gómez y Cristóbal Gnecco, editores, 1ª ed., 286-303. Colombia: Universidad del Cauca, 2008.

“Uso indebido de la figura de terrorismo para criminalizar a líderes indígenas y sociales”. *Rebelión*, 10 de febrero, 2011.

<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=122112>.

<http://www.youtube.com/watch?v=0zCPHMynSBk>.

Virno, Paolo. *Virtuosismo y revolución: Notas sobre el concepto de acción política*.

1993-4. <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/285.pdf>.

Vitale, Ermanno. *Defenderse del poder: Por una resistencia constitucional*. Traducido por Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, 9-134. Madrid: Trotta, 2012.