

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE GRADO

**EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DEL
2008**

PATRICIO LORENZO ABAD GUAMÁN

DIRECTOR: DR. JULIO MICHELENA

ABRIL, 2013

QUITO – ECUADOR

Dedico este trabajo a mis padres, por darme la existencia y el modelo, a mi hermano Fernando, por ser el guía y la roca, a mi hermano Rodrigo, por mostrar que no existen límites, a mi hermana Sarita, por mostrar que uno no tiene límites, y a mi tía Margarita...

El más profundo y sincero agradecimiento a todos mis maestros de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, cada uno influenció con sus conocimientos y sus acciones; a mis compañeros, por compartir y caminar; a todas las otras personas, por tocar mi existencia; al SER...

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN EL SISTEMA GARANTISTA.....	3
1.1. La limitación del positivismo.....	3
1.1.1. La teoría contractualista.....	4
1.1.2. La autosuficiencia del sistema.....	8
1.1.3. La paradoja de la Resistencia.....	11
1.2. La dinámica de los nuevos paradigmas.....	14
1.2.1. Un nuevo origen para el sistema.....	16
1.2.2. La tensión en la aplicación de los derechos.....	20
1.2.3. La complementariedad del principio y la regla.....	26
1.3. Qué es el Derecho a la Resistencia.....	29
1.3.1. Definición: Derecho o garantía “sui generis”.....	34
1.3.2. Estructura e inclusión como norma constitucional.....	40
1.3.3. El desarrollo jurisprudencial.....	49
CAPÍTULO II	
CONTENIDO DEL DERECHO A LA RESISTENCIA.....	52
2.1. Condiciones Políticas.....	52
2.1.1. El abuso del Poder.....	53
2.1.2. El Estado de justicia.....	57
2.2. Condiciones Jurídicas.....	59
2.2.1. La vulneración de derechos.....	60
2.2.2. El desacato.....	64
2.3. Condiciones Ideológicas.....	67
2.3.1. Los valores morales.....	69
2.3.2. La subjetividad irracional.....	72
CAPÍTULO III	
EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN LA REALIDAD ECUATORIANA.....	75
3.1. Caso “Cervecería Nacional”.....	75
3.1.1. Contextualización.....	75
3.1.2. Análisis.....	82
3.1.3. Soluciones y consecuencias.....	86
3.2. Caso “Ley de Aguas”.....	88
3.2.1. Contextualización.....	88
3.2.2. Análisis.....	91
3.2.3. Soluciones y consecuencias.....	94
3.3. Caso “Evaluación a los Profesores”.....	96
3.3.1. Contextualización.....	96
3.3.2. Análisis.....	99
3.3.3. Soluciones y consecuencias.....	102
3.4. Caso “Arbitraje”.....	103
3.4.1. Contextualización.....	103
3.4.2. Análisis.....	105

3.4.3.	Soluciones y Consecuencias.....	107
--------	---------------------------------	-----

CONCLUSIONES.....	108
RECOMENDACIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	113
ANEXOS.....	117

ABSTRACT

El denominado "derecho a la resistencia" ha sido una institución jurídica presente desde los albores de nuestra civilización occidental. La concepción del mismo encuadra en lo que conocemos como Derecho Natural, es decir, intrínseco al ser humano, mas allá del sistema positivo, sin especificar sus supuestos de hecho en forma específica, solo lo necesario para demostrar su existencia y la infinidad de casos en los que encaja su abierta disposición, sin dejar de mencionar también la indeterminada forma de ejercerlo, situación que a través del tiempo y de la historia ha fluctuado desde la destrucción violenta de un orden jurídico, político y social hasta el remplazo pacífico y místico de los mismos.

En el año 2008, en nuestro país, entró en vigencia una nueva Carta Magna, la cual, a parte de las concebidas loas de sus creadores y críticas de sus detractores, incluía en su artículo 98 el Derecho a la Resistencia. Con la preconcebida idea de que la resistencia es la destrucción del sistema, además del predominante positivismo como paradigma que permite juzgar todo fenómeno jurídico, las opiniones no fueron alentadoras, pues, si no se pronosticaba su peligrosidad se esperaba su desuso. Con el conocimiento de los límites del positivismo y el nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo, tratamos de conocer y definir diferentes perspectivas del Derecho a la Resistencia, utilizando, tanto el desarrollo teórico del nuevo paradigma mencionado, como los resultados prácticos de los ya varios casos nacionales donde se ha invocado la Resistencia.

INTRODUCCIÓN

La idea inmediata que salta en nuestro pensamiento cuando escuchamos la expresión “derecho a la resistencia” es sin duda la de una situación de facto, límite, donde el Derecho ha dejado de regir, y más bien, la violencia o la fuerza son las que ordenan lo que sucede en el grupo humano que tuvo que entrar en esta situación. La historia respalda este prejuicio, pues los movimientos que por excelencia se los identifica con este derecho, principalmente por que lo invocaron literalmente, nos han legado en sus manifiestos y en sus acciones esta perspectiva de resistir. La declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776 dice en su preámbulo: *“Sostenemos como evidentes estas verdades: [...] que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho de reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios...”* Claro que también la misma historia nos muestra casos de resistencia, en su subespecie de resistencia civil, en los cuales no se apelan a los medios violentos sino que se recurre a elementos metafísicos como la *no violencia* que practicó Mahatma Gandhi, con iguales o hasta mejores resultados.

Tomando muy en cuenta esta clásica caracterización de resistir, eminentemente política; sumada a la cada vez más consolidada hegemonía del modelo democrático, como forma de organiza el poder en los Estados actuales; y también, sin perder de vista el predominio del modelo positivista del Derecho, a partir de la segunda mitad del S. XX.; sin lugar a dudas, se constituye una gran colisión y desacuerdo, de paradigmas y de praxis, la inclusión literal del derecho natural que tienen los ciudadanos a resistir en el artículo 98 del texto constitucional que los ecuatorianos aprobáramos en el año de 2008. Lo dicho, para proponer la idea de que la introducción del derecho a la resistencia en la Constitución, no es más que un acto de transformación de esta institución eminentemente política en otra de naturaleza jurídica, en las circunstancias actuales, referidas al inicio del párrafo.

¿Cuál entonces es la naturaleza del derecho a la resistencia del artículo 98 de la Constitución? ¿Debemos mantener las características de su concepción clásica política? ¿Cuáles son las características de su actual concepción jurídica? ¿Cómo y quién desarrollará dichas características de su

nueva concepción jurídica? Con el fin de ayudar a dilucidar estas y varias otras interrogantes conexas hemos desarrollado el siguiente trabajo.

Para tal efecto, en el primer capítulo esbozaremos un esquema de lo que significa el paradigma positivista del Derecho y sus limitaciones, a la luz de algunos teóricos actuales; a la par, introduciremos las nuevas teorías que tratan de remplazar al antedicho paradigma en el esfuerzo de obtener un Derecho más científico, efectivo pero también más justo, entre ellos el Neoconstitucionalismo; al final de este capítulo, y con la ayuda de todo el desarrollo teórico obtenido en los primeros apartados, trataremos de explicar el Derecho a la Resistencia. En el segundo capítulo buscaremos desarrollar las condiciones políticas, jurídicas e ideológicas, que de acuerdo a lo que permite el artículo 98 de la Constitución, legitiman a los ciudadanos y a los colectivos a resistir. Finalmente, en el tercer capítulo, analizaremos cuatro casos en los que el derecho a la resistencia ha sido ejercido como una vía para buscar la protección de los derechos, que al menos uno de los actores cree vulnerados.

Para nuestro país, el recorrido que le espera por el ejercicio del derecho a resistir, es bastante incierto, pues debemos tomar en cuenta su no buen historial de estabilidad y afianzamiento de instituciones jurídicas, por lo que un derecho que permite carta blanca para oponerse sin medida ni forma a un poder legalmente establecido, puede básicamente tener dos resultados: la caotización e ingobernabilidad, que ha estado presente sin estar la resistencia, o en su defecto, la estabilización del gobierno gracias al instrumento de participación ciudadana en la administración del poder. Con el presente trabajo, al menos desde nuestra perspectiva y capacidad, buscamos aportar con esta última opción más optimista.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN EL SISTEMA GARANTISTA

1.1. Las limitaciones del positivismo

Ha constituido un problema persistente y agobiante la justificación y sustentación del nacimiento, desarrollo y funcionamiento de cualquier sistema teórico concebido por el pensamiento humano, más en el actual predominante paradigma positivista que se originó con la Ilustración. No importa desde dónde o cómo afrontemos esta situación, pues tanto las ciencias exactas (Matemática, Biología) como las sociales (Antropología, Economía), tienen en su construcción teórica contradicciones, vacíos y sobre todo supuestos que fundan y también debilitan su existencia. Es útil aquí recordar las perplejidades que asoman al reflexionar sobre la idea de conjunto vacío o del infinito en la Matemática, así como también, cabe la misma preocupación cuando nos adentramos en las ideas que rodean al concepto de necesidad en la teoría económica. Todas estas cuestiones ameritan que los expertos vuelvan sobre los conceptos básicos que soportan el edificio de la ciencia en mención, se pregunten sobre su idoneidad, se cuestionen su naturaleza, con suerte esbocen claramente las impresionantes paradojas, y con todavía más suerte logren proponer una solución, muchas veces moviendo la frontera intelectual que tenían al iniciar la empresa.

El Derecho, como una ciencia que pertenece al paradigma mencionado, sufre también estos inconvenientes. Ni remotamente se nos puede ocurrir declarar cerrada la controversia por la naturaleza jurídica de lo que entendemos por Estado, o que decir del espinoso tema del momento preciso cuando a una persona natural, que inicia su existencia biológica, se la considera sujeto de derechos. Sin embargo, uno de los temas que más interrogantes e incertidumbre ha traído entre los juristas y filósofos, en el momento práctico de del Derecho, es sin lugar a dudas la aparentemente inevitable inclusión del incognoscible e irracional predicado de Justicia, el cual como veremos más adelante constituye una de las razones centrales del Derecho a la Resistencia que nos ocupa aquí.

Las consecuencias que generan la inclusión de lo justo, y otros elementos no positivos, en el modelo de Derecho contemporáneo, ya por que el desarrollo y concatenación teórica que lo infieren, cuanto por la experiencia

de la realidad jurídica, son entre otras, haber definido en mejor forma los límites y limitaciones del positivismo, observar los resultados mecánicos y contraproducentes de su aplicación, pero más importante aún conocer el surgimiento y vigencia de teorías y paradigmas, integracionistas unos, reformistas otros, que tratan de explicar y dar forma a una nueva idea de Derecho. La adopción del modelo neocostitucionalista o garantista en nuestro país, no necesariamente como resultado de una necesidad práctica, es una muestra de lo que acabamos de afirmar.

Por todas estas consideraciones, lo que proponemos a continuación es volver, en la forma más precisa posible, sobre las bases del paradigma positivista, preguntarnos por su correspondencia con las actuales condiciones de nuestra sociedad, cuestionarnos sobre las ideas de Derecho que resulten y finalmente tratar de establecer algunos puntos que nos permitan entender y ejercer en mejor forma ciertas facultades o prerrogativas recientemente incluidas en el texto constitucional, específicamente el denominado Derecho a la Resistencia.

1.1.1. La teoría contractualista

La primera cuestión a reflexionar para empezar a entender nuestro tema planteado es el Estado y el tipo de Ordenamiento Jurídico que lo constituye, tanto en el anterior paradigma predominantemente positivista como en el aparentemente modelo neoconstitucionalista vigente. La idea es conocer la relación entre estos elementos, Estado y Ordenamiento Jurídico, para así contextualizar y desarrollar, en una forma jurídicamente adecuada, el Derecho a la Resistencia como un derecho de participación del ciudadano en el actual régimen democrático

En cuanto al origen de la noción positivista de Estado, podemos empezar con aquella división que lo sitúa o bien en una actividad conciente y voluntaria del hombre o bien en un proceso independiente de este. Dada la predominancia del paradigma científico, por excelencia racional y empírico, como modelo para aprehender nuestra realidad, esta última perspectiva de origen ha sido marginada, priorizando entonces el punto voluntarista, por su naturaleza de enseñar capacidad y control humanos. De esta perspectiva entonces, se derivan en forma genérica, las teorías que podemos catalogar de contractualistas y que son justamente las que tienen mayor aceptación.

Los antecedentes del contractualismo los podemos encontrar tanto en los filósofos griegos, Platón y Aristóteles, como en Roma. Estos sientan las bases del poder en la forma “racional” que mayoritariamente aceptamos hoy, o sea, en la creación del poder superior y supremo del Estado, las ideas de participación de todos los ciudadanos en el mismo, las formas de administración y ejercicio de este poder y la posibilidad de control del poder mediante la ley, originada en la razón¹.

Entre los autores que realmente podemos denominar contractualistas tenemos a Locke, Hobbes y Rousseau. Ellos explican el nacimiento del Estado en un contrato o pacto de todas las personas componentes de un conglomerado con el fin de salir de una etapa inicial o primitiva (que de acuerdo al autor tiene diferente nombre y calidad) a otra que se caracteriza por ser de alguna forma benéfica para los contratantes. Las ideas claves que constituyen el acuerdo de los contratantes son la cesión de su libertad absoluta (que se supone tienen en el estado inicial) a un sujeto diferente y más poderoso, y la legitimación para que este utilice esta libertad (que se transforma en poder) para regir y someter a los contratantes en la forma en que el otro elemento, denominado Ordenamiento Jurídico, lo mande². En una pequeña digresión, Hans Kelsen, desde un punto de vista histórico, rechaza la teoría contractualista y toma la vía ideológica para afrontar el origen del estado, explicando que más importancia se debe dar a los procesos, que él llama “espirituales” o esenciales antes que a los “corporales” o causales³; por lo que propone, sin solución de continuidad, diferenciar entre una ideología social general y la ideología que ya se puede denominar estatal, respondiéndose de alguna manera, que el elemento de la coacción puede ser una señal bastante probable, aunque no definitiva⁴, para separar un estado del otro.

Inevitablemente debemos referirnos a las formas de gobierno en que se ha ejercido el poder creado, actividad para la cual podemos recurrir a la clásica división de Aristóteles y Platón (monarquía, aristocracia y democracia y respectivas desviaciones: tiranía, oligarquía y demagogia), como también podemos citar una clasificación más actual que simplemente los divide en

¹ Cfr. LORCA NAVARRETE, José F., *Temas de teoría y filosofía del Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, Quinta Edición, 2008, p. 399.

² Cfr. *Ibid.* pp. 401 – 404.

³ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional S. A., México D. F., Primera Edición, 1979, p. 17

⁴ Cfr. *Ibid.* pp. 29, 30.

gobiernos democráticos o modernos y no democráticos o premodernos⁵. Como no es el punto principal de este trabajo, no ahondaremos en la pertinencia de una u otra, o en sus especificaciones ya conocidas, pero si puntualizaremos las condiciones de exclusión, arbitrariedad y violación de derechos que los regímenes no democráticos han cometido a lo largo de su mandato, como por ejemplo los cometidos en la época de la monarquía europea, y que a la postre fueron hechos que abonaron algunos de los más importantes movimientos de resistencia en la historia moderna, nos referimos a las revoluciones en Inglaterra y Francia⁶, las cuales a su vez, han moldeado nuestros sistemas actuales de gobierno. Concomitantemente, es importante mencionar aquí la evolución que el modelo democrático moderno ha tenido en su esfera ideológica, pues desde que se lo plasmó experimentalmente en Estados Unidos de Norteamérica hasta su actual adopción en la mayoría de los países alrededor del mundo, ha sufrido la transición de un modelo democrático liberal a otro democrático social de derecho hasta llegar al que propone nuestra actual Constitución en el artículo 1: Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático.

También es necesario referirnos aquí a los fines del Estado, creado como ya dijimos por la categoría histórica del contrato social. Principalmente son dos los que en definitiva resumen en buena forma los múltiples que pueden proyectarse, el primero se refiere a cumplir y hacer cumplir el Ordenamiento Jurídico que se encuentra vigente en el Estado, este enunciado se justifica tanto en el orden y seguridad jurídica que se genera al cumplir el Derecho establecido, al igual que en el freno que se crea al poder del Estado, al someterse al sistema jurídico vigente⁷. El segundo fin en cambio, puede sintetizarse en la afirmación de que debe buscar el cumplimiento del bien común; lo cual significa en términos generales que el estado debe procurar las circunstancias en las que sus originadores se desarrollen y sean mejores⁸. Kelsen, en una nueva digresión, critica también la atribución de fines al Estado y muestra su lado positivista más radical. Se basa en los criterios de logicidad, coactividad y supremacía de la naturaleza del estado (ser absoluto), además

⁵ Cfr. ECHEVERRÍA, Julio, *La teoría del Sistema Político*, <http://www.flacso.org.ec/docs/antdemecheverria.pdf>, p.p. 13, 14, acceso: 11 de noviembre de 2012, 10h23.

⁶ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *El derecho de resistencia, Evolución histórica, esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana* en. FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL, *El Derecho a la Resistencia en el constitucionalismo moderno*, Poligráfica C. A., Guayaquil, Primera edición, 2011, p. 41.

⁷ Cfr. LORCA NAVARRETE, José F., *Op. Cit.*, p. 417.

⁸ Cfr. LORCA NAVARRETE, José F., *Op. Cit.*, pp. 428, 429.

de su completa identidad con el Derecho⁹. Significa esto que el Estado es el Ordenamiento Jurídico y que por tanto contiene todo predicado y función que se puede atribuir a los dos, por lo que el simple pensamiento de entes más allá de esta esfera absoluta es simplemente absurdo, claro está, la esfera como modelo cognoscible científicamente hablando. Esta reflexión kelseniana cerrada y total, constituyen justamente uno de los tantos espacios que han seguido desarrollando los filósofos, hasta dar con las nuevas teorías que tratan de representar la idea de Derecho en nuestros días.

En la actualidad, una buena forma de comprender el Estado y el Derecho, sería a través del paradigma post-modernista, la globalización y los rezagos del modernismo. El Neoconstitucionalismo, junto con otras matrices, surge en estas condiciones, replanteando el análisis sobre el origen, las formas de gobierno y los fines estatales, dando respuestas a cuestiones planteadas y apenas planteando otras para futuros pensadores. Para el origen del Estado, podemos puntualizar, que la idea contractualista sobre el origen, sigue vigente, mas bien con ciertos cambios para adaptarse a las nuevas perspectivas; así autores como Rawls, Nozick y Buchanan, llamados neocontractualistas, explican el nuevo contrato que las personas hemos contraído para dar nacimiento al Estado¹⁰. Así mismo, en esta época debemos considerar la circunstancia en la cual se ha trascendido el estado soberano y unitario moderno, para dar paso a la integración de varios países en bloques políticos supraestatales, basados en ciertas características comunes como etnia, religión, cultura, pero también con problemas comunes contra los que luchar, como la defensa de la soberanía, el comercio internacional, la lucha contra el crimen organizado internacional, etc. También es necesario nombrar aquí la aparición de organizaciones no estatales (ONG), así como compañías de comercio transnacionales, con tanta o más fuerza que un Estado, las cuales influyen en el mismo grado en la organización política mundial y en la competencia económica de la misma escala. La Constitución de 2008, que se dice expresión del paradigma neoconstitucionalista por parte de sus creadores, contiene también normas sobre estos no tan nuevos actores políticos, pero eso si contempla con mayor precisión y suspicacia su existencia e incidencia en la vida del estado ecuatoriano¹¹.

⁹ Cfr. KELSEN, Hans, *Op. Cit.*, pp. 52, 55.

¹⁰ Cfr. LORCA NAVARRETE, José F., *Op. Cit.*, p. 406.

¹¹ Ver Constitución de la República del Ecuador, artículos 416 y siguientes.

Concretando toda la teoría del estado que acabamos de esbozar como un intento de contextualizar nuestro trabajo, debemos concluir este apartado definiendo en forma sucinta nuestra actual estructura de estado que contiene la Constitución vigente en el ya mencionado artículo 1. De esta forma, la proposición de que el Ecuador es un Estado constitucional, se entiende como aquel en el cual la Constitución impregna o condiciona la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la política y hasta las relaciones sociales¹², lo cual en términos más concretos comprendería la Constitución en las dimensiones material (continente de derechos), orgánica (estructura, funcionamiento y regulación del aparato estatal para efectivizar derechos) y procedimental (formas de participación y de decisión como derechos)¹³. El estado ecuatoriano de derechos, podría ser entendido, en el contexto post-modernista, con los criterios de policentricidad, complejidad, subjetivismo y relativismo¹⁴, lo cual significa en conjunto que no sólo la ley es fuente de derecho y también que el derecho estatal tampoco es el único en vigencia. Finalmente el estado de justicia implica el cuestionamiento y el esfuerzo de completar ontológica y prácticamente el positivismo (cuya base es la separación y exclusión absoluta entre la dualidad ser y deber ser)¹⁵, en un nuevo paradigma que incluye y tiende puentes entre lo imprecisamente llamado axiológico y lo positivo.

1.1.2. La autosuficiencia del sistema

El modelo positivista del Derecho tiende, al igual que sus homólogas ciencias exactas, a elaborar un sistema universal, verificable, cerrado, neutro y sobre todo controlado. El resultado definitivamente es algo tangible y manejable, pero también es limitado, parcializado y lo que es peor muchas veces desconocido a la porción de realidad que se quiso comprender. Debemos preguntarnos entonces si la teoría positivista contiene una descripción altamente fidedigna del objeto que nosotros conocemos como Derecho, o por lo menos una de considerable dimensión

¹² Cfr. GUASTINI, Ricardo, *La <<Constitucionalización>> del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en, CARBONELL, Miguel edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, Cuarta edición, 2009, p. 49.

¹³ Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*, en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Primera Edición, 2008, p. 22.

¹⁴ Cfr. ARNAUD, André-Jean, *Entre modernidad y globalización, Siete lecciones de la historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Sigma Editores Ltda., Bogotá, Primera edición, 2000, pp. 249-263.

¹⁵ Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (Neo) Constitucionalismos: Un análisis metateórico*, en CARBONELL, Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, Cuarta edición, 2009, pp. 86, 87.

Uno de los más eminentes juristas, como es Norberto Bobbio, con su conocida tripartita forma de concebir el positivismo jurídico¹⁶, desarrolla la incógnita contenida en el párrafo precedente. De entrada y tratando de ser lo más exhaustivo posible, propone que la enunciación de derecho positivo, no del Derecho en genérico, produce tres concepciones diferentes, no conectadas lógicamente. La primera acepción hace referencia a la irrestricta separación del método científico, iniciada por Kant y desarrollada por el neokantismo¹⁷, entre las categorías del ser o lo fáctico frente a lo del deber ser o ideal. Circunscribe el campo del derecho positivo únicamente a la primera clase, restringido el fenómeno jurídico sólo a ciertos aspectos manejables y cuantificables empíricamente, apartando consecuentemente el elemento que por el momento denominaremos valorativo, y que en definitiva constituye parte sustancial de lo jurídico, pero que por razones de este método es excluido¹⁸. Se implanta entonces el modelo de la ciencia formal en el Derecho, en el cual extrañamente no se busca estudiar y describir lo que fielmente se encuentra en el objeto, sino que, con futuras expectativas, construye un objeto sintético, a la talla del positivista, para que calce en la idea de Derecho que suponen es el adecuado y funcional.

Como segunda forma de entender el positivismo, Bobbio, como muchos de los autores de este paradigma, propone las características que debe poseer éste para ser considerado como tal, en otras palabras, se esboza la teoría del derecho positivo. En este orden de cosas, plantea que debe ser coactivo, con el fin de que sea respetado; que la única y exclusiva fuente de creación del mismo sea la Ley; que la estructura de su única fuente tengan la estructura de un imperativo; que entre las diferentes normas que componen el derecho no existan contradicciones, antinomias ni vacíos, ya que de ser así se lo considerará fuera del Derecho; y que su interpretación, debido a la coherencia y plenitud ya requeridas, se limitará a la aplicación del precepto al caso real juzgado¹⁹. Las críticas a cada una de estas características han sido muy efectivas y contundentes, tanto que sus defensores para mantenerlas hasta el máximo posible, recurren a todo tipo de subterfugios, por ejemplo, su división en dos grupos: las esenciales o imprescindibles y las que no son tan

¹⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico, Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Editorial Debate, Madrid, Primera edición, 1993, p. 18.

¹⁷ Para un criterio más amplio sobre la doctrina filosófica jurídica del Neokantismo remitirse al ensayo de Felipe González Vicén denominado "Sobre el neokantismo lógico-jurídico", incluido en la publicación No. 2 del año 1985 de la revista *Doxa*.

¹⁸ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, pp. 145 – 155.

¹⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, pp. 157 – 225.

importantes. Las tres primeras, coactividad, legalidad e imperatividad constituirían las características infaltables, en tanto que la coherencia, plenitud y aplicación mecánica pueden ser no tomadas en cuenta²⁰.

La última representación de lo que se debe entender por positivismo jurídico, es tal vez la más polémica y criticada, por lo que los positivistas optaron por sacarla de su paradigma. Nos referimos aquí al Derecho como una determinada ideología. Bobbio, en un ejercicio de honestidad, afirma que el iuspositivismo no ha sido fiel a su principio de neutralidad, sino que la labor descriptiva ha sido sobrepasada hasta llegar a una acción valorativa: el positivismo como una “*pretensión de cómo debe ser el Derecho*”²¹. Lo que se afirma entonces aquí es que debido a la idea de que el positivismo es el modelo ideal de Derecho, existiría un deber absoluto de obediencia a él, con el fin de lograr todas las ventajas y cualidades que contiene, una de ellas y tal vez la más importante: la Justicia. Frente a esto también hay divisiones, unos desde una posición que Bobbio denomina extrema, y que la atribuye a los críticos de esta escuela, equiparán la validez formal con la justicia de la misma, por lo que el pleno acatamiento del derecho positivo es la consecución de lo justo²². En tanto que otros, y con los que el autor parece coincidir, aparentemente usan el modelo de Derecho positivo ideal como instrumento para alcanzar los verdaderos fines, como la certeza o seguridad jurídica. Este fin no sería contradictorio, sino que se subsumiría o reemplazaría en ciertas definiciones a lo que conocemos como Justicia²³.

De esta forma, la respuesta a la pregunta planteada al inicio de este apartado es negativa, pues las dos primeras acepciones consiguen formular un paradigma de Derecho sintético, estático y sobre todo muy distinto al que en la realidad opera, cayendo en lo que justamente trata de evitar al excluir la parte valorativa: perder la objetividad al describir el fenómeno jurídico. En tanto que la tercera acepción reconoce la inevitable presencia de elementos valorativos en el entramado positivo, pero sobre todo plantea seriamente el nivel de influencia que tienen estos elementos axiológicos en la parte práctica del Derecho. En general el positivismo es insuficiente, y por tanto, en las áreas donde se utilizan elementos morales se vuelve erróneo; necesitamos entonces

²⁰ Cfr. SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Editorial Porrúa, México, Primera edición, 2006, pp. 22, 23.

²¹ BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, p. 227.

²² Cfr. BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, p. 230.

²³ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, pp. 233 – 235.

otro modelo, tal vez uno que reconozca y plantee primero una parte teórica integracionista de los elementos morales, acompañada una nueva mecánica de funcionamiento que tome en cuenta la naturaleza de este nuevo escenario.

1.1.3. La paradoja de la Resistencia

Dentro del esquema del sistema positivista ya expuesto, el cual ha moldeado nuestro Ordenamiento Jurídico como vamos a verificar en nuestra anterior Constitución de 1998 y en leyes aún vigentes como el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, la enunciación de la existencia de un Derecho a resistir la aplicación de las normas, en parte o en su integralidad, constituye un sin sentido de máximo tamaño.

El segundo inciso del artículo uno de la Constitución de Riobamba y Sangolquí, dice: *“La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”*. El Título IV de la misma norma contiene las formas de participación democrática tales como las elecciones, la consulta popular, la revocatoria del mandato, los partidos y movimientos políticos y la oposición. En tanto que los artículos 130.5, y 142 de la norma en mención, señalan respectivamente que una atribución del Congreso es: *“Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas de manera generalmente obligatoria”*, y que las leyes a su vez pueden ser sólo orgánicas u ordinarias. Finalmente en la misma Constitución, el artículo 171.5, por su parte establece la potestad reglamentaria del Presidente de la República y el artículo 191 instituye el ejercicio de la potestad judicial (jurisdicción) por parte de los órganos de la Función Judicial.

En este mismo sentido, el Código Civil vigente en su artículo uno establece: *“La Ley es una declaración de la voluntad soberana que, [...] manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común”*; y el Código de Procedimiento Civil, en su artículo uno expresa: *“La jurisdicción, [...] consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.”*

Lo que las normas apenas enunciadas configuran es el origen, el ejercicio y algunas vías de ejercicio de la categoría llamada soberanía. Establecen al pueblo como fuente única de la soberanía, indican además que parte de esta puede ser ejercida formalmente por todos los órganos del estado

y en la forma que mandan las leyes orgánicas y las ordinarias, en tanto que también proponen que la soberanía puede ser ejercida mediante los ya nombrados “*medios democráticos previstos en la Constitución*”, como un intento de ejercicio alternativo y más directo, pero que a la larga son también formales, pues siempre están descritos en la normativa y por tanto no pueden rebasarla. También podemos encontrar en las citadas normas, algunos de los elementos con que Bobbio concibió su teoría del Derecho positivo (coactividad, legalidad, imperatividad, coherencia, plenitud y aplicación mecánica), lo cual confirma el predominio del mentado paradigma positivista en nuestro ordenamiento jurídico, pero que de ninguna manera significa una exacta descripción de la realidad jurídica ecuatoriana, pues por ejemplo no se puede afirmar la total ausencia de elementos axiológicos. Basados en todo lo dicho ¿cómo es recibido el Derecho a la Resistencia en el esquema positivista y en general en el contexto jurídico de nuestro país?

La comprensión de la *resistencia* en nuestro contexto mayoritariamente positivista, resulta inmediatamente en escenarios de antinomia, arbitrariedad y sobre todo una preocupante e inevitable amenaza al sistema íntegro. Entenderíamos por ejemplo, que ya no existe la potestad coactiva absoluta para mantener intacta la obediencia, ya que el aspecto avalorativo, o por lo menos el elemento moral y subjetivo en el sentido que habla Bobbio en su tercera forma de entender el derecho positivo, habría desaparecido y en su remplazo se establecería lo subjetivo y moral como parte del campo jurídico, o paralelamente otros conceptos distintos que sostengan la obediencia al sistema positivo de derecho, como por ejemplo la Justicia o los derechos humanos fundamentales. Tampoco podríamos hablar de la Ley como la única fuente de Derecho, pues la acción de *resistencia* igualmente desconocería de hecho las leyes vigentes que aparentemente vulneran derechos, así como también, presionaría hasta convertir en normas vigentes nuevos derechos fundamentales para el desarrollo del ser humano. Que decir de las restantes características positivistas, como la norma con estructura imperativa o el sistema positivo pleno y coherente, la inclusión de la *resistencia* las habría sobrepasado y desnaturalizado en demasía, pues respectivamente, ésta tiene un estructura abierta, indefinida y potencial, tal como consta en el artículo 98 de la Constitución vigente, y además, la inclusión de la *resistencia* sería una aceptación plena de que existen lagunas e incoherencia en el sistema positivista, y que justamente esta sería una forma de remediar dicha situación.

Finalmente la última característica de la aplicación mecánica, que se basa en el método de subsunción, habría sido desplazada formalmente, pues al no existir la coacción ni el principio de legalidad absoluto para aplicar las leyes, entonces la sola correspondencia entre la forma de comprender las circunstancias de un caso y el supuesto de hecho de una norma que le son asimilables, no daría la razón jurídica automática para emplear la norma, sino que se empezaría a tomar otros elementos metapositivos para decidir definitivamente si es procedente o no dictaminar en base a lo prescrito por la ley positiva.

En cuanto al positivismo como método, el derecho a la resistencia contradice y elimina la teoría de la separación entre el ser y el deber ser, ya que una de las formas de entender el ejercicio de resistir, como veremos más adelante, es justamente la posibilidad de recurrir a elementos ideales como la Justicia, los valores morales e incluso los religiosos y no la simple sujeción automática a la norma, con lo cual se elimina la separación, y más bien se tiende un puente entre las aparentemente inconciliables categorías. Finalmente también la resistencia terminaría con el positivismo como ideología, ya que esta polémica concepción propone la obediencia incondicional del derecho positivo, ya sea por una aparente justicia inherente, como por su calidad de medio para alcanzar la seguridad o el orden jurídicos; de esta forma, con la desobediencia civil, no hay justificación alguna que valga para seguir obedeciendo ciertas leyes si existen los méritos suficientes para resistir, como por ejemplo cuando se perpetra la violación de derechos fundamentales. Es claro que aquí la nueva ideología apunta a conservar los derechos por encima de todas las cosas, incluso sobre el sistema.

Ante esta situación contraproducente, cabe entonces preguntarse, ¿es un “suicidio” jurídico y político colocar dentro de la Carta Magna, el “botón” de autodestrucción del sistema que lo contiene? Si nuestro análisis es puramente positivista, la respuesta es afirmativa, por lo que entonces cabe indagar y buscar otras teorías filosófico – jurídicas, que permitan entender el origen y el sentido de incluir en nuestro ordenamiento jurídico actual el derecho a resistir. Aquí es donde las varias ramas de investigación jurídica hacen su aparición y plantean sus hipótesis para superar la clásica trilogía iusnaturalismo, positivismo y realismo jurídico, y entonces nos abren una infinitud de nuevas perspectivas que buscan mejorar la aprehensión del fenómeno jurídico, esto a la luz de los nuevos límites del entendimiento humano, ya no sólo en lo jurídico

sino en toda rama de estudio, que ya no está más separada ni le es extraña al derecho, sino que más bien coadyuva para su enriquecimiento, eficacia y exactitud.

1.2. La dinámica de los nuevos paradigmas

La presencia y notoriedad práctica de las prenombradas falencias en la vida política y jurídica de los estados con sistemas jurídicos predominantemente positivistas, adicionado al prolífico debate filosófico desarrollado alrededor de esta controversia jurídica, hacen que nuevas formas para concebir el fenómeno jurídico aparezcan en escena. Autores con nuevas ideas como Ronald Dworkin, critican la concepción moral utilitarista y el trabajo de las escuelas analíticas en el positivismo jurídico imperante; en tanto que otros como Kelsen, uno de los teóricos del modelo positivista, se vuelca y termina proponiendo una teoría totalmente antitética a la inicial. Lo que a continuación vamos a apreciar en estos ejemplos anotados, es el matiz que empezó a tomar el desarrollo jurídico, abandonando el sistema formal, estático y lógico, por otros totalmente indeterminados, dinámicos y hasta irracionales.

El caso de Hans Kelsen nos muestra con bastante claridad la dirección y el cambio de las concepciones jurídicas. En primera instancia, y dentro de su modelo logicista, este autor austriaco propone este aserto que es base de su teoría pura: los principios lógicos son aplicables indirectamente a las normas del ordenamiento jurídico²⁴. Sostienen esta afirmación dos premisas: existe una exacta similitud entre la proposición descriptiva con la que se representa una norma cualquiera (que como sabemos tiene una estructura prescriptiva) y una proposición lógica; y la segunda premisa es la equiparación respectiva de los criterios de verdadero y falso de las proposiciones lógicas con los de validez e invalidez que las normas²⁵. Estas suposiciones aparentemente simplificaban y facilitaban la resolución del eterno problema de un esquema jurídico: el conflicto al parecer varias normas aplicables a un caso o en los términos de la analogía: una antinomia lógica; por la recurrencia a los principios de la lógica, obviamente la respuesta se reduce a aplicar o mantener la verdadera o válida y desechar la contradictoria que automáticamente se volvía

²⁴ Cfr. LOSANO, Mario G., *La teoría pura del Derecho del logicismo al irracionalismo*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1985, No. 2, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2_4.pdf, p. 61, acceso 23 de julio de 2012, 14h50.

²⁵ Cfr. *Ibid.* pp. 61, 63.

falsa o inválida; pero ¿el Kelsen de infatigable espíritu investigativo mantuvo esto como un dogma o principio de su teoría? Definitivamente no, al contrario, aparentemente después de 1960, ocurre un cambio drástico en su obra, ya que el autor cae en cuenta de que es un inmenso error este esquema de resolución de conflicto de normas aplicables a un hecho, pues no hay suficiente estudio que sostenga que un conflicto entre normas es una contradicción lógica, y volviendo más atrás, debido a que no existe relación alguna entre las proposiciones lógicas verdadera y falsa y las normas válida e inválida del esquema positivista; el principal argumento para este razonamiento es que la norma inválida ni siquiera tiene existencia dentro del sistema, por lo que mal se haría al equipararla con una proposición falsa²⁶. De esto se sigue que un conflicto entre normas se debe dar entre dos proposiciones válidas, contradiciendo así una de las premisas de la afirmación inicial y base de la Teoría Pura de Kelsen, por lo que en definitiva llega finalmente a postular en las postrimerías de su obra que los principios de la Lógica no son aplicables a las normas del Ordenamiento Jurídico, con lo cual, por exclusión, deja abierta la posibilidad de considerar la naturaleza irracional del ente llamado derecho.

Como ya dijimos, otro tanto realiza Ronald Dworkin al atacar el utilitarismo reinante en la rigidez del modelo positivista y su conocida bipartición del ser y el deber ser del derecho (la Jurisprudencia y la Ciencia de la Legislación). De la concepción moral utilitarista, cuestiona las consecuencias en el deber ser del derecho, es decir, el conseguir los fines sociales sin ninguna restricción mas que la utilidad, lo cual puede significar necesariamente la violación de los derechos de personas individuales, con el cometimiento de hechos inhumanos, como la tortura de un agente con el fin de guardar la seguridad del Estado. Se señala claramente la dicotomía de Dworkin al enunciar que “[...] un derecho justo no se puede fundamentar en objetivos sociales [...] sino en derechos individuales inviolables.”²⁷. En cuanto a su reparo a la escuela analítica del Derecho, que es dirigido a la parte descriptiva o del ser del derecho, establece que un ordenamiento jurídico está compuesto por normas, directrices y principios²⁸, siendo las normas²⁹ las únicas tomadas en cuenta en el modelo

²⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 62, 63, 14h50.

²⁷ CALSAMIGLIA, Albert, *¿Por qué es importante Dworkin?*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1985, No. 2, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2_11.pdf, pp. 160, 161, acceso 5 de abril de 2012, 23h07.

²⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 161.

²⁹ Entendemos por norma al cuerpo literal de signos fonéticos que contienen y describen

positivista, en tanto que las directrices y los principios³⁰ si no son desconocidos son desechados. El problema de esta exclusión se presenta al ser requeridos los jueces para resolver los llamados casos difíciles, en los cuales no hay norma que se refiera exactamente o aproximadamente a los hechos del caso o, puede existir una norma pero la solución propuesta por ésta es manifiestamente contraria a los mínimos de moral que tienen una sociedad, distinto es cuando un hecho se ajusta a la norma, ya que simplemente la subsunción bastaría, en este escenario de carencia y rigidez, entonces surgen claramente los cuestionamientos de Dworkin. En busca de respuesta, este autor acusa a los positivistas de permitir la conducta, con el justificativo de que si no está prohibida, está permitida (características de coherencia y plenitud del positivismo como teoría del derecho); o por otro lado, lo cual es muy peligroso si solo se cuenta con normas, dejan a discrecionalidad del Juez para que elija³¹. Dworkin no comparte ninguna de estas soluciones por separado y más bien trata de dar la suya fusionándolas, al limitar y dar contenido a la inevitable discrecionalidad del Juez con las directrices y más exactamente con los principios; con esta práctica se lograría que el mismo Derecho, en el sentido integracionista de tener los tres tipos de componentes, sea el que de las soluciones y además que se garantice los derechos establecidos³².

1.2.1. Un nuevo origen para el sistema

Los efectivos ataques que ha sufrido las tesis centrales de la concepción positivista del Derecho de mediados de la década de los años setenta en el siglo XX, muy bien se podrían resumir al decir que se han dirigido al limitado normativismo y a la rígida separación de las categorías fáctica, como objeto del Derecho, y valorativa, como categoría excluida por su imposibilidad de ser estudiada con el método racional-empírico de la ciencia³³; decimos que han sido efectivos por que el intento de darles respuesta y justificación ha tenido como resultado una suerte de “expansión” del objeto de estudio de la llamada Teoría General del Derecho, ya que entre otras cosas, se ha recurrido a agregar al mismo tanto el criterio valorativo en sus diversas

³⁰ Entendemos por principio a la proposición, positiva o no, que materializa ideas, nociones y paradigmas del establecimiento y funcionamiento óptimo de una sociedad, en los diferentes campos en que ella se desenvuelve, como por ejemplo en lo político, moral, religioso, etc.; de esta descripción se sigue por tanto su naturaleza, abstracta, general, indeterminada, así como también la necesidad, y últimamente la obligatoriedad, de ser realizados en la mejor proporción posible, en cada acto y hecho jurídico.

³¹ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, *Op. Cit.*, p. 162.

³² Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, *Op. Cit.*, pp. 162, 163.

³³ Cfr. FARALLI, Carla, *La Filosofía del Derecho contemporánea, Temas y desafíos*. Servicio de publicaciones-Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, Primera edición, 2007, pp. 13, 14.

formas así como una consideración diferente de los hechos que forman el fenómeno jurídico³⁴. Por lo tanto, la consecuencia definitiva es, a la par, el apareamiento de nuevos paradigmas que estudian el Derecho, pero también el apareamiento de otras teorías que originan nuevas concepciones de lo que conocemos por Derecho. A continuación un intento por esquematizarlos, siguiendo la división valorativa y fáctica.

Un primer criterio, que podríamos decir que busca la permanencia del positivismo, crea dos ramas, que en su orden buscan “refundarlo” o a su vez mantenerlo intacto. La primera opción, que la iniciaron autores como Soper y Lyons, ha sido llamado Positivismo Jurídico Incluyente, este trata de compaginar la clásica teoría positivista con los nuevos planteamientos doctrinarios, especialmente los desarrollados a nivel constitucional, así expone que las acciones de describir y valorar son totalmente diferentes y no relacionadas³⁵, pero en otro sentido también afirma que la norma de reconocimiento de Hart³⁶ puede albergar criterios morales; la norma resultante no depende ya simplemente de criterios formales para ser válida, sino que son necesarios criterios sustantivos para reconocerla como integrante del ordenamiento jurídico³⁷.

La segunda opción, sostenida principalmente por el jurista judío Joseph Raz, conservadora en este contexto, se lo denomina Positivismo Jurídico Excluyente. Sostiene que la teoría positivista tal cual fue estructurada es suficiente para explicar los actuales giros constitucionales, y sobre todo las críticas del jurista Ronald Dworkin. Propone a la positividad como un concepto objetivo, neutro, cognoscible, fáctico, lo cual necesariamente conlleva el mantenimiento de la tesis de separación entre lo jurídico y lo no jurídico, no por cuestiones de un reduccionismo atolondrado que desdibuja el objeto estudiado, sino por fines de estabilidad, seguridad y obediencia a lo conocido y convenido³⁸. Lo no jurídico no es necesario aquí, ya que todo el elemento que compone la norma jurídica en su parte conceptual y en su aplicación es expresable en hechos, siendo entonces innecesarios recurrir a consideraciones éticas o morales³⁹.

³⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 25, 16.

³⁵ Cfr. SERNA, Pedro, *Op. Cit.*, p. 51.

³⁶ La Norma de Reconocimiento según este autor es aquella

³⁷ Cfr. SERNA, Pedro, *Op. Cit.*, pp. 49, 50.

³⁸ Cfr. SERNA, Pedro, *Op. Cit.*, pp. 57, 58.

³⁹ Cfr. SERNA, Pedro, *Op. Cit.*, p. 50.

Otro punto de vista, desde la apertura valorativa, y que toma en cuenta al positivismo en mucha menos proporción, establece la aparición de las corrientes Neoconstitucionalista y de la nueva teoría del Derecho Natural o Neoiusnaturalismo⁴⁰. El paradigma Neoconstitucionalista, Garantista o “Principalista” del Derecho, tiene como características el predominio de la Constitución como fuente de Derecho, lo cual tiene como consecuencia la positivización de Derechos fundamentales y principios jurídicos, morales y hasta políticos⁴¹; así como también la diferenciación entre estos principios y reglas, situación que inevitablemente llega a la superación de la subsunción por la ponderación⁴². El desarrollo y concreción de este modelo en la realidad nos interesa de sobremanera, pues como es conocido, nuestro país adoptó, por lo menos formalmente, este sistema desde octubre del 2008, con la vigencia de la nueva Constitución y la promulgación de la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional No. 001-08-SI-CC⁴³, de ahí que lo sucesivo de este trabajo será tratado bajo este paradigma del Derecho.

En tanto que la corriente nueva del Derecho Natural o Neoiusnaturalismo, que tuvo su inicio en la Alemania e Italia posterior al fenómeno totalitarista, propone que en una sociedad es necesario defender y regular con el Derecho una moral mínima, que permita mantener el tejido social⁴⁴ o que permita evitar acciones atroces dentro de la misma⁴⁵. La utilización del Derecho para salvaguardar el mínimo de moral mencionado en la sociedad, se vería condicionado por tres cuestiones previas a resolver: la aceptación de la existencia de una moral pública que puede estar opuesta a la moral privada, la posibilidad de utilizar el Derecho para mantener esta moral mínima y la utilización de los principios como la medida con la que el ente regulatorio facultado debe controlar la parte moral, nos referimos a principios como el máximo de libertad compatible con la integridad de la sociedad y el máximo de tolerancia como límite de acciones a castigar⁴⁶.

⁴⁰ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, p. 81.

⁴¹ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, p. 84.

⁴² Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, p.85.

⁴³ Registro Oficial Suplemento 479 de 2 de diciembre de 2008, numeral III: Consideraciones de la Corte Constitucional para el periodo de transición, letra B.

⁴⁴ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, p. 126.

⁴⁵ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, p. 129.

⁴⁶ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, pp. 129 – 131.

Desde la perspectiva de la apertura a nuevas consideraciones sobre el o los hechos que forman el Derecho, existe igualmente una clasificación en paradigmas denominados Neoinstitucionalistas, así como en algunas proyecciones actuales del realismo jurídico. Dentro del marco de los nuevos institucionalistas, estos proponen en un primer momento la equiparación del Derecho a cualquier otro fenómeno que se de en la realidad (empíricamente comprobado), aunque son meticulosos al señalar una frontera a esta asimilación, ya que claramente especifican que no todo hecho es asimilable a Derecho, sino sólo aquellos que denominan institucionales, o sea aquellos que guardan relación o conformidad con las construcciones denominadas normas⁴⁷. Por otra parte, en las mencionadas proyecciones del realismo jurídico, encontramos tres categorías derivadas de esta base, a saber: la doctrina del Critical Legal Studies (CLS), el análisis económico del Derecho y el movimiento feminista.

El CLS, originado el siglo pasado en los años setenta y ochenta en la Universidad estadounidense de Winsconsin-Madison, inicia una crítica marxista del modelo positivista, al que califica de teoría jurídica liberal, pues a su parecer no existen en su seno las características de neutralidad, racionalidad y coherencia, sino más bien la de sus contrarios ideología, arbitrariedad e incoherencia sistemática⁴⁸; su propuesta es la vuelta a la integralidad tanto del sujeto como del sistema, para alcanzar las reales relaciones que se producen⁴⁹. El análisis económico del Derecho, por su parte, es netamente pragmático, pues elabora una teoría del Derecho basado en la búsqueda de la eficiencia, de esta manera en cada decisión no prevalece el precedente jurisprudencial (que puede ser justo, racional), sino el análisis costo - beneficio del caso, de maximización y mejor distribución de la riqueza⁵⁰. Finalmente tenemos el modelo de Derecho que ha propuesto el movimiento feminista, el cual parte denunciando la discriminación que contiene el modelo tradicional así como la perspectiva masculina para interpretar el mismo⁵¹, de ahí que su proposición, inicialmente igualadora y finalmente diferenciadora de nuevo, busque establecer las diversas formas en que mujeres y hombres conciben al Derecho: el sexo masculino desarrolla un Derecho basado en el cumplimiento y

⁴⁷ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, p. 154.

⁴⁸ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, p. 159.

⁴⁹ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, p. 167.

⁵⁰ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, pp. 172 – 175.

⁵¹ Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, pp. 82, 83.

respeto de principios y reglas propuestas, la mujer recurre a la moral de la solidaridad y cuidado como línea base para construir el discurso jurídico⁵².

1.2.2. La tensión en la aplicación de los derechos

Todos estos nuevos paradigmas de concebir el Derecho se encuentran en pleno desarrollo, como anotamos, cada uno desde las diversas perspectivas que han generado. Como ya propusimos, nos corresponde entonces enfocarnos en el modelo neoconstitucionalista y garantista, concretamente en este apartado en la redefinición y reubicación de los derechos de las personas en la epistemología del campo jurídico.

Así diremos que los derechos humanos, fundamentales o morales⁵³ constituyen, el inicio y el fin de la construcción del sistema jurídico, ya que son las razones primeras que dan forma a la Constitución, y al resto del ordenamiento jurídico, también son el telos al que la creación jurídica debe aspirar como objetivo último y único.

¿Cómo entender los derechos fundamentales desde el Neoconstitucionalismo? Conocido es el gran problema filosófico y jurídico que entraña esta pregunta, en la cual no ahondaremos, pero si estableceremos algunos criterios que nos permitirán contextualizar y definir el Derecho a la Resistencia. La primera cuestión a abordar sería su naturaleza y origen, considerando que de las varias teorías existentes la más acorde a nuestro entorno jurídico vigente sería la que recurre a la denominada naturaleza humana, la cual por sí misma dota al ser, que tiene esta calidad, de ciertos derechos que le son intrínsecos⁵⁴, los cuales por tanto tienen ciertas características formales que definen con mayor precisión la idea naturaleza y ser humano. La primera característica es la universalidad, la cual se refiere a la titularidad de los derechos en mención por todo ente que cumple el requisito de ser humano, dejando de lado circunstancias, condiciones, contextos de los

⁵² Cfr. FARALLI, Carla, *Op. Cit.*, pp. 83, 84.

⁵³ Las tres denominaciones utilizadas, que pueden corresponder a las teorías iusnaturalista, historicista y ética del origen de estos derechos, se utilizan indistintamente aquí, pues nuestro fin no es definir este tema, sino demostrar que el fundamento se encuentra fuera del modelo positivista y que por tanto hace falta integrar esta extensión a la idea de Derecho.

⁵⁴ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D. F., Primera Edición, 1989, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/926/9.pdf>, pp. 99, 100, acceso 5 de mayo de 2012, 13h10.

titulares⁵⁵. Otro de los rasgos formales que obtienen los derechos fundamentales, por ser derivados de la naturaleza humana, es el de ser absolutos, lo cual significa la preminencia o mayor fuerza vinculante de estos frente a otros entes jurídicos y metajurídicos⁵⁶, comparándose sólo consigo mismos, pero esta disquisición ya sale de esta discusión. Finalmente tenemos la idea de que los derechos fundamentales son inalienables, lo cual implica la salida de la esfera de la decisión y voluntad del ser humano, sobre la titularidad y ejercicio de estos derechos, o la incapacidad moral de renunciar a ellos⁵⁷. Creemos pertinente recordar que la profundización de cada una de estas características formales ineludiblemente llevan a la evidencia de paradojas en sí mismas y entre si, las cuales desde un punto de vista sistémico formal, pueden sugerir y hasta significar la inviabilidad del sistema de derechos humanos, pero experiencias dolorosas e inhumanas como las guerras mundiales, nos han enseñado que es preferible tener un sistema imperfecto a no tener ninguno por no llegar a la perfección en el mismo.

Como se puede apreciar, la naturaleza y cada una de las características formales descritas hacen que sobrepasemos del ámbito conocido y seguro del positivismo jurídico a otro que, por precisiones lógicas deberíamos primero buscar una denominación exacta, y que con ciertas reservas y precisiones conceptuales podríamos equiparar al campo iusnaturalista. De esta forma, podemos afirmar que en el paradigma garantista de los derechos fundamentales se supera el dualismo, no declarando la preminencia del iusnaturalismo sobre el positivismo, ni viceversa, sino que mas bien fusionándolos en un sincretismo necesario mutuo, donde el origen del sistema, por lo general espinoso e incierto de explicar, se lo deja al también incierto y abierto iusnaturalismo, en tanto que el desarrollo de la teoría y su parte práctica se lo pone en manos mayoritariamente del aparentemente más concreto positivismo.

Lo último todavía no puede reputarse aún como una conclusión firme, sino más bien como una premisa que ha logrado simplemente plantear el problema central de los nuevos modelos integracionistas, entre ellos el neoconstitucionalista: la teoría que se genera alrededor de la conjunción entre

⁵⁵ Cfr. LAPORTA, Francisco, *Sobre el concepto de los derechos humanos*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1987, No. 4, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/1283721865903605_1876657/cuaderno4/Doxa4_01.pdf, pp. 32-34, acceso el 12 de mayo de 2012, 14h52.

⁵⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 36 – 41.

⁵⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 42, 43.

derecho, positivamente hablando, y el ente valorativo, componente necesario y perteneciente al punto de vista iusnaturalista. Lo que aquí nos interesa, y por tanto trataremos de desarrollar, son las consecuencias ontológicas y prácticas de este sincretismo jurídico.

Dentro de la primera cuestión referida al campo ontológico y conceptual, la continuidad de la tesis positivista de la separación es lo primero que hay que abordar. Es bastante plausible y ya largamente aceptado, por lo que no es una novedad neoconstitucionalista, que esta tesis no se puede seguir sosteniendo y más bien todos los esfuerzos han apuntado a crear una nueva teoría del Derecho que incluya tanto la tradicional parte positiva o fáctica y la excluida categoría moral, eso sí debiendo recalcar que dicha unión no es intersección, es decir, que a pesar de encontrarse incluidas las dos categorías dentro del conjunto Derecho, una de ellas, o las dos, no pierden su personalidad, antes bien la mantienen para diferenciarse y así poder ejercer la corrección de una respecto de la otra⁵⁸. El primer paso en esta dirección, constituiría lógicamente la atribución de la característica de juridicidad a la categoría moral⁵⁹, lo cual nos permite mantener nuestro discurso dentro del campo jurídico, además de ampliar exponencialmente lo que se considera campo jurídico. Nos corresponde entonces esbozar que es aquello que llamamos Moral como opuesto a lo fáctico, dentro de la concepción positivista, y en que forma los diversos investigadores jurídicos proponen la fusión para formar una nueva concepción de Derecho.

Como ya insinuamos, podemos empezar por una denominación correcta e integracionista de este campo, que hasta el momento lo hemos identificado como valorativo o moral, debido a que las ideas que representan estas palabras sólo constituiría una parte de todos los elementos excluidos del positivismo; adoptaremos por lo tanto el término metafáctico para referirnos al campo en mención⁶⁰. Posteriormente habría que aclarar la posibilidad de que esta categoría pertenezca a un campo no cognitivo, o en otros términos, que no pueda ser aprehendida, verificable, observable y hasta describible en

⁵⁸ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Derecho y Moral, ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*, Edeval, Valparaíso, Primera Edición, 1989, pp. 61, 62.

⁵⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Op. Cit.*, pp. 111- 114.

⁶⁰ Recurriendo a la teoría lógica y por conjunto complemento del campo positivo, lo denominaremos así en aras de exactitud y de evitar al máximo la exclusión.

términos racionales⁶¹. Este obstáculo puede ser abordado recordando la limitación metodológica y sustantiva del positivismo, ante lo cual, la inclusión de elementos que sobrepasan la convención positiva, podrían ser conocidos de igual manera, por métodos supra lógicos, tal vez intuitivos, ajustados a la naturaleza randómica, no lineal. De todas formas lo que debemos establecer es la naturaleza de lo metafáctico, y lo hacemos formulando las siguientes proposiciones: en primer lugar hay que enunciar la subjetividad como origen de este campo, por exclusión y por experiencia; luego hay que remarcar la naturaleza autónoma y heterónoma que tiene al mismo tiempo, pues en este campo se conjugan tanto las ideas e intereses personales como las relaciones y convenciones sociales para establecer un comportamiento⁶²; también debemos apuntar su carácter normativo y finalista, por regular el comportamiento y por servir de referente óptimo correctivo; de igual manera debemos enfrentar el dilema de la característica de ser absoluto o relativo, ante lo cual debemos apuntar que ni el terrorífico escenario que pinta Kelsen al hablar de una moral absoluta relacionada con la imposición y la autocracia, ni tampoco la aparente bondad del relativismo relacionada con la tolerancia y la democracia⁶³, son argumentos suficientes para extraer del Derecho este fundamental elemento metafáctico, pues como observamos, el derecho no es un sistema lógico perfecto, y ni siquiera existe uno en todos lo otros campos del saber humano, por lo que es inevitable y necesariamente existencial un margen de incertidumbre y desconocimiento⁶⁴.

Seguidamente, ¿qué es lo que integra el campo metafáctico, y que volviendo unas líneas atrás, tiene la característica de jurídico? Tratando de ser lo más didáctica posible una clasificación interna de sus constituyentes, los cuales serían la Política, la Tradición, la Ciencia, la Religión y la Moral, única y exclusivamente cuando estas áreas se refieran a normar la conducta intersubjetiva de los seres humanos en sociedad, y de esta forma lo entenderemos en adelante cuando utilicemos el término señalado. El mundo de la política es el mundo de la ideología como base de la interacción social. La

⁶¹ Cfr. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel, *Ironías, falacias, perversiones, enigmas*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2002, No. 25, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_11.pdf, p. 343, 26 de mayo de 2012, 14h50.

⁶² Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Op. Cit.*, p. 32.

⁶³ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Op. Cit.*, p.p. 39, 40.

⁶⁴ La incertidumbre o elemento randómico es constante en toda construcción intelectual humana, pues esta por excelencia se presenta como un sistema y la realidad estudiada sobrepasa ontológica y prácticamente por mucho. Incluso los investigadores de las ciencias exactas, ya se han resignado a contener en su teoría este elemento, por ejemplo cuando los físicos enuncian el principio de incertidumbre de Heisenberg, o cuando los matemáticos construyen su modelo estocástico para predecir el clima.

Tradición, en este trabajo, engloba los signos culturales transmitidos de una generación a otra en un grupo étnico. La ciencia serán los conocimientos que describen y moldean la realidad natural. La religión expresará el esencial lado espiritual del hombre. La moral será la idea del bien o lo valioso, tanto en el campo subjetivo individual como en el heterónimo social⁶⁵.

¿Cuáles son los argumentos que han llevado a formular la integración del componente metafáctico en el objeto de estudio de la ciencia del derecho? Podemos señalar que una observación directa, real y descriptiva del objeto mencionado nos muestra que un hecho jurídico esta compuesto por dos partes: la forma y el contenido. Al hablar de la forma, nos referimos al hecho social, normalizado y por tanto legítimo, de decir que tan sólo ciertas construcciones, denominadas leyes, son las que llevan el calificativo Derecho, dejando fuera cualquier otro elemento adicional; en tanto que al hablar del contenido nos referimos a lo sustantivo, a la parte que motiva que tal o cual construcción legal esté vigente, pero que no necesariamente figura literalmente en ella⁶⁶. Este segundo elemento, como lo hemos insinuado, ha llegado a constituirse el centro mismo del Derecho en nuestra actual realidad, tal como lo expresa el artículo 11.9 y 11.7, de la Constitución de la República, los cuales remiten a la “*dignidad de las personas*” el origen de los derechos fundamentales, que como dijimos son el inicio y el fin del ordenamiento jurídico. Los elementos metafácticos forman parte del objeto de estudio del Derecho, que se los excluya por el purismo positivista o por un esfuerzo desesperado por mantener este paradigma, hace que se deforme dicho objeto y que el resultado sea totalmente extraño a él. Kelsen recurre a las premisas de apriorismo kantiano, relativismo moral e imposibilidad crítica⁶⁷ para sostener la separación positivista; otro tanto trata de hacer el también autor positivista clásico Herbert Lionel Hart en este mismo sentido, recurriendo a la conocida distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo, más para pesar de los conservadores positivistas, indefectiblemente esta división termina apoyando la presencia de lo metafáctico, al expresar que los agentes que valoran el Derecho internamente, miembros del sistema estatal en general, se adhieren,

⁶⁵ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Op. Cit.*, pp. 31 a 33.

⁶⁶ Cfr. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel, Ironías, falacias, perversiones, enigmas en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, No. 25, 2002, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_11.pdf, 27 de mayo de 2012, 21h21, p.p. 348, 349.

⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel, Ironías, falacias, perversiones, enigmas en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, No. 25, 2002, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_11.pdf, 26 de mayo de 2012, 14h50, p. 343.

obedecen y exigen obediencia al ordenamiento jurídico por razones morales, como la creencia de la corrección o la justicia del mismo⁶⁸.

También se han constituido en argumentos pro integración, la existencia y exposición de múltiples falacias en el planteamiento positivista, por parte claro está de sus duros críticos. La primera que proponemos, y que ya la nombramos en el anterior párrafo, se refiere a la afirmación falaz de que el positivismo sólo describe neutramente cómo es el Derecho; tan solo haciendo uso del observador interno y externo de Hart, ya no es posible seguir aceptando esta premisa, sino que se vuelve más evidente que incluso el describir construye una cierta concepción de Derecho, mucho más se revela esta errónea afirmación, cuando al tratar de tener una panorámica más acertada del objeto del Derecho, es definitivamente insuficiente la perspectiva formal externa y necesariamente se debe recurrir a aquella interna de contenido sustancial o metafáctico, para comprender el fenómeno jurídico⁶⁹. Otra falacia, que también desvirtúa la separación ser frente a deber ser, parte del mismo hecho descriptivo neutro y científico que promete una teoría general del Derecho avalorativa, constituyéndose más bien en su lugar, una teoría totalmente ideológico, ya que aquella no describe empíricamente lo que encuentra en la realidad social del Derecho (lo fáctico y los elementos metafácticos), sino que más bien, de una manera nada científica y más bien arbitraria, deja fuera del objeto de estudio al elemento que aquí hemos denominado metafáctico. Ninguna razón justifica lo antes dicho, ni siquiera la dificultad, relatividad, o si se quiere la imposibilidad de describir y manejar racionalmente los elementos escindidos⁷⁰.

De esta manera, y con todo lo anotado, cabe entonces la pregunta: ¿cuál es el Derecho que tenemos ahora? ¿Cómo funciona el paradigma integracionista fáctico-valorativo? La respuesta la analizamos a continuación en el siguiente apartado, concretamente en el campo práctico, que es justamente

⁶⁸ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, No.8, 1990, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8_06.pdf, 28 de mayo de 2012, 22h52, p.p. 113, 114, 115.

⁶⁹ Cfr. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel, Ironías, falacias, perversiones, enigmas en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, No. 25, 2002, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_11.pdf, 26 de mayo de 2012, 15h29, p.p. 356, 357, 358.

⁷⁰ Cfr. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel, Ironías, falacias, perversiones, enigmas en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, No. 25, 2002, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_11.pdf, 26 de mayo de 2012, 15h29, p.p. 358 y 359.

la otra parte del sincretismo jurídico que nos propusimos estudiar unas cuantas líneas atrás.

1.2.3. La complementariedad del principio y la regla

Lo que trataremos en este apartado son las consecuencias prácticas de la teoría inclusionista, desarrollada en su parte conceptual en el anterior punto. La idea principal aquí es tratar de analizar y concretar cómo la acción de enjuiciamiento crítico o corrección, propia de la parte metafáctica, se lleva a cabo en la parte netamente positiva⁷¹, pero siempre teniendo en cuenta su diferencia pero nunca su separación dentro del conjunto universo que constituye el Derecho.

Se han construido una infinidad de posibilidades para lograr el sincretismo práctico señalado, pero dado el paradigma neoconstitucionalista subyacente a la nueva Constitución vigente, proponemos que el método que denominado de la complementariedad del principio y la regla es el más adecuado en este contexto. Empezaremos entonces por tratar de definir los dos elementos, a saber, que es un principio y que es una regla.

Tomaremos las definiciones de Robert Alexy de las categorías mencionadas, así para el citado autor principio es una norma que ordena que su contenido sea realizado en el mayor grado posible, en proporción a lo que las condiciones reales y jurídicas permitan⁷²; de esto se deriva el carácter general, dinámico, abierto y perfectible en realización de los mismos; en términos ya utilizados, estamos hablando del deber ser del derecho. En cambio, define regla como la norma que posee únicamente un grado binario de ejecución: la plena o ninguna realización, siempre que sea válida y que se encuentre dentro del campo de lo posible⁷³, con lo cual, esta norma es concreta, cerrada y limitada a la dualidad explicada; igualmente en términos conocidos hablamos del ser del derecho.

Cabe aquí detenerse en una posible relación, que aparece lógicamente inevitable, existente entre el ente metafáctico y fáctico de la parte ontológica y los principios y las reglas de esta parte práctica. Afirmamos que entre estos

⁷¹ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Op. Cit.*, p. 37.

⁷² Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Segunda Edición, 2008, p. 67.

⁷³ Cfr. *Ibid.*, p.68.

existe una identidad de naturaleza y componentes, por lo que dentro de los principios encontramos desde mandamientos de la doctrina religiosa hasta máximas morales de buen vivir en sociedad; y correlativamente, las reglas son la expresión perfecta de lo que se conoce como elemento fáctico dentro de la perspectiva positivista. También cabe precisar que los principios o entes metafácticos, caracterizados por su naturaleza indefinida y general, para ingresar en este paradigma neoconstitucionalista han sido positivizados o escritos en los textos constitucionales, esta acción, lejos de tratar de emular las insuficientes características del positivismo, busca eliminar al máximo el elemento subjetivo y establecer un elemento objetivo que proteja de la arbitrariedad y el absolutismo naturalista puro.

Con todos los elementos definidos, el momento práctico básicamente es la aplicación directa de las reglas legítimas y la búsqueda constante de la aplicación máxima de los principios por intermedio de las reglas a cada uno de los casos puestos a consideración de los juzgadores. Frente a lo apenas establecido, se presentarán tres escenarios diferentes en su estructura y en sus consecuencias, a saber: el primero, y totalmente ideal, es la existencia para cada caso de una regla que maximice la aplicación de los principios; en una segunda situación habrá infinidad de casos para los cuales no existan reglas que permitan realizar en su máxima extensión los principios, que las existentes sean insuficientes o que éstas sean contrarias a los principios; finalmente, existirán situaciones donde las reglas y los principios serán varias para aplicar al mismo caso. Como expresamos el primer escenario es el estado ideal al que se pretende llegar, mas los otros dos restantes son un problema, pues hacen patente un espacio o un desfase, en las dos direcciones, del momento práctico aquí concebido, debido principalmente a la amplitud abstracta de lo prescrito por los principios y la limitación concreta de la aplicación de las reglas. Por ejemplo, se presentan estos problemas cuando el principio dice que tenemos derecho al trabajo, pero la parte resolutoria de una sentencia en un proceso, deja sin empleo a un grupo de personas; o también, en una manifestación pública se enfrentan grupos en contra del aborto que apelan al derecho a la vida, y grupos pro aborto que a su vez reclaman por el derecho a la libertad de elección sobre el cuerpo físico.

Como ya se adelantó, en el primer tipo de desfase, que lo llamaremos vertical, lo que se acusa es la falta de reglas desarrolladoras, la existencia de

reglas insuficientes y la existencia también de reglas contrarias a los principios, estos entonces se vuelven ineficaces e inaplicables; siendo esta situación una muestra de cómo funcionaba el positivismo clásico: rígido e injusto, por no tomar en cuenta la existencia de los principios que cumplen una función correctora de las decisiones judiciales. Las posibles soluciones a este primer inconveniente las tomamos del desarrollo teórico propuesto por el autor Luigi Ferrajoli, quién denomina este desfase vertical como la *aporía irreductible de ilegitimidad*, la describe como la imposibilidad de poder llegar a concretar el ideal de Derecho que posee todo principio con la limitada capacidad de una regla, que se encarga operativamente de alcanzar dicho ideal; propone entonces un nuevo tipo de principio de legalidad, basado en dos subcriterios: la legalidad en sentido lato (concordancia formal con la norma superior) y la legalidad en sentido estricto (concordancia sustantiva con los principios que jalonan el sistema jurídico), esto adicionado con capacidad de que el juzgador pueda no aplicar una regla cuando valora de que no existe los dos sentidos explicados de legalidad⁷⁴.

En referencia al segundo tipo de desfase que puede ser llamado horizontal, es decir, aquel que aparece al existir colisión entre principios y conflicto entre reglas, Robert Alexy, en su obra sobre la teoría de los derechos fundamentales, busca y plantea una respuesta explicando que para la colisión de principios se puede aplicar el método de la ponderación entre principios, en tanto que para lo segundo, conflicto entre reglas, se puede recurrir a la regla de la exclusión y la norma de excepción⁷⁵. El método de ponderación se refiere al establecimiento de precedencia o mayor peso de un principio o de un derecho fundamental sobre otros, que están en colisión, en un caso determinado por ciertas circunstancias especiales, hay que anotar que el criterio de mayor peso o precedencia de ninguna manera implica no validez ni expulsión del ordenamiento jurídico de los principios no aplicados, sino simplemente la cesión de su aplicabilidad en el caso. La norma de excepción es el enunciado jurídico concreto que introduce una salvedad razonable y racional, al estático e inexorable aplicar de otra regla que es anterior y más general. Finalmente, la regla de exclusión antes de ser una norma jurídica, es un criterio juridizado con el fin de definir la aplicabilidad de una ley a un caso concreto, confiriendo la validez a una de las normas en conflicto, luego de aplicarles infructuosamente

⁷⁴ Cfr. FERRAJOLLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, Novena Edición, 2009, pp. 868 – 880.

⁷⁵ Cfr. ALEXY, Robert, *Op. Cit.*, pp. 69 – 71.

la norma de excepción, a través de los criterios de temporalidad, jerarquía y especialidad.

Por lo anteriormente desarrollado, el paradigma constitucionalista ha establecido que en el momento práctico del derecho, el elemento metafáctico es tan o más importante que el elemento netamente positivo, por lo que el establecimiento de leyes universales de comportamiento no es lo más buscado, sino más bien el “enjuiciar críticamente y valorar”⁷⁶ cada caso. También debemos hacer notar, que las posibles soluciones a los desfases descritos, es decir, los métodos de ponderación, el de la norma excluyente, el de excepción y el del nuevo sentido del principio de legalidad, básicamente son aquellos que podríamos denominar formales o dentro del sistema, de esta forma, nuevamente las inquietudes nacen y se acumulan cuando imaginamos que ninguno de estos caminos formales pueda proteger eficaz y eficientemente los derechos fundamentales de las personas, ¿será que en estas circunstancias podemos recurrir al derecho a la resistencia?⁷⁷

1.3. Qué es el Derecho a la Resistencia.

A través de la historia, la idea general a la resistencia ha sido ejercida en múltiples episodios, desde la antigua Grecia, pasando por las revoluciones de corte liberal en Estados Unidos y Francia, hasta las contemporáneas luchas por la Independencia de la India y por la no discriminación en el mismo Estados Unidos de América. Es necesario hacer énfasis en los episodios señalados en segundo lugar, por cuanto es en estos donde se puede observar el ejercicio de la resistencia en un grado muy alto, pero también donde se puede encontrar el inicio de su desaparición de los textos legales. Lo dicho por cuanto la resistencia justificó las acciones revolucionarias y contrarrevolucionarias de los independizados y sublevados, pero también con posterioridad la resistencia se tornó incómoda para la burguesía, como la nueva clase dominante, que luego de asirse con el poder, buscó perennizarse en él. La explicación de esta situación contradictoria, se debe al remplazo del paradigma iusnaturalista racional de la defenestrada monarquía, por el modelo positivista de la naciente burguesía, en el cual, como ya se puntualizó, basta el cumplimiento de los

⁷⁶ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Op. Cit.*, p. 43.

⁷⁷ Cfr. FRANCO FERRARI, Giuseppe y TARZIA, Antonello, *Art. Cit. El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo. El particular caso ecuatoriano en.* FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL, *El Derecho a la Resistencia en el constitucionalismo moderno*, Poligráfica C. A., Guayaquil, Primera edición, 2011, p. 35.

requisitos formales de vigencia para extenderle la calidad de legitimidad⁷⁸, situación que no compartimos en el desarrollo posterior, por cuanto a nuestro entender, esta calidad contiene también elementos metafácticos o sustanciales. Lo que haremos en las siguientes páginas es justificar y delimitar el alcance de la resistencia, así como también, buscar establecer la naturaleza de la misma. Previamente aclaramos que, transitoriamente, utilizaremos las denominaciones: derecho de rebelión y derecho a disentir, como sinónimos del Derecho a la Resistencia, como lo identifica la Constitución del 2008.

Es importante empezar con la anotación de que el Derecho a la Resistencia es una institución jurídica que no tiene lógica ni sentido en el puro sistema positivista. Como ya conocimos, los teóricos del positivismo presentan esta construcción sintética con características de ser aparentemente perfecta, sin vacíos ni contradicciones, es decir, una no correspondiente a la realidad del fenómeno desbordante del Derecho, por lo que este derecho nada tendría que hacer en medio de este paraíso jurídico. En cambio, en el nuevo paradigma neoconstitucionalista, la resistencia cobra total sentido y se vuelve esencial, ya que al reconocer que de ninguna manera el sistema es perfecto, cerrado y completo, sino más bien lleno de aporías, lagunas y sobre todo de elementos metafácticos, hacen que terminantemente se replantee, desde la teoría general del derecho, la idea y extensión de la juridicidad, el telos del constitucionalismo, y por sobre todo la idea central que sostiene el derecho a disentir: la legitimidad.

De esta forma abordamos la idea básica y primigenia que nos permite justificar la inclusión literal del derecho a la rebelión en el texto constitucional: la nueva idea de legitimidad. ¿Qué y cómo se debe entenderla? Legitimidad en el actual ordenamiento jurídico que nos rige, y concretamente en la Constitución de la República⁷⁹ vigente, se refiere a la idea de reconocimiento y justificación de lo jurídico y político con respecto a un canon o patrón establecido, en nuestro caso, los derechos fundamentales (iusnaturalismo racionalista). ¿Cuáles son las implicaciones de esta afirmación? En primer lugar debemos tener en cuenta que la idea de que el texto constitucional contenga descritos y

⁷⁸ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, p. 46.

⁷⁹ ¿Constituyen realmente el canon los derechos fundamentales? La respuesta afirmativa la encontramos en los artículos 1, 11, 84, 85, 95, 172 y 424 de la norma constitucional, en los cuales se desarrolla que el fin principal de nuestro estado, constitucional de derechos y justicia, es el garantizar los derechos constitucionales, los cuales a su vez son contenidos (positivizados en el sentido de adquirir objetividad) por la Constitución como norma superior por excelencia, a cuyo tenor todo acto gubernamental se debe regir, so pena de no tener eficacia jurídica.

escritos en su seno los derechos fundamentales de los ciudadanos, y específicamente este derecho a disentir, nos puede llevar a explicar precipitadamente esta situación como una acción de positivación en su sentido clásico limitado, en realidad este no es el caso, sino que esta necesaria inclusión tiene como fin principal la diferenciación de lo subjetivo, o en otras palabras, el establecimiento de un elemento objetivo y autónomo para dimensionar y caracterizar los derechos y también para evitar a toda costa la arbitrariedad y abuso que generan facultades medianamente definidas. La otra implicación complementaria que debemos enfatizar para comprender el alcance de la legitimidad, es justamente la situación de que los derechos humanos son presentados como métrica de lo que es legítimo, lo cual a su vez significa que sólo lo que esta de acuerdo o mejora el ejercicio de los mismos es legítimo; esta idea sumada a la de la determinación de los derechos fundamentales bajo el principio de dignidad de las personas⁸⁰, tienen un estatus de indeterminado y perfectible, lo cual paradójicamente se contrapondría al intento objetivista de la primera implicación. A forma de conclusión diremos que la apenas referida doble implicación de la legitimidad, aparentemente propondrían una paradoja al buscar, en un sentido, el establecimiento de la categoría objetiva mediante la positivación de los derechos, entre ellos el de resistencia, pero contrariamente establecería la indeterminación al contener categorías abiertas como la dignidad de la persona; no existe tal contradicción, sino que más bien una dualidad necesaria y complementaria en la que se logra establecer un elemento definido y cerrado (la constitucionalidad y legitimidad) como contenedor de otro elemento abierto, perfectible, tal vez irracional, (la dignidad de las personas como origen de los derechos). Lo importante aquí es resaltar que a la postre esta idea de legitimidad se constituye en el elemento esencial que logra establecer el criterio jurídico para fundamentar, entre otras cosas, el modelo neoconstitucionalista y más concretamente el derecho que se tiene a resistir.

Creemos muy importante referirnos en este punto a otra perspectiva de la legitimidad en el derecho de rebelión, la cual podemos denominar legitimidad material, en contraposición a la legitimidad, que sería formal, en los derechos humanos. En realidad la llamada legitimidad material tiene como base la idea voluntarista del Derecho y se refiere al inevitable fundamento y apoyo que cualquier acto de resistencia puede obtener del mayor número de personas en

⁸⁰ Artículo 11, numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008.

un Estado. Como fácilmente se entenderá, este enfoque se encuentra totalmente reñido con el iusnaturalista neoconstitucionalismo, debido a que justamente este último tiene por objeto retornar las razones de ser del Estado y del Derecho desde este punto puramente voluntarista, base del positivismo y de lo que se denominó dictadura de la mayoría en la democracia⁸¹, a otro iusnaturalista, ontologicista, de ciertos bienes e ideas inmutables y perseguibles, como la dignidad humana. Decimos entonces que es muy importante esta puntualización, debido a que en última instancia este apoyo o fundamento, así sea mayoritario, dará por lo menos eficacia a un acto de resistencia, aunque no necesariamente legitimidad, con lo cual establecemos un límite al ejercicio del derecho a la resistencia.

El siguiente punto a analizar es el alcance del derecho a disentir. Estamos conscientes del avance histórico - jurídico que supuso la idea de la positivización en medio del decadente y arbitrario sistema naturalista que legitimó la monarquía europea, pero también estamos conscientes de los múltiples atropellos a la dignidad de la personas dentro del marco legalista de los ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el de Alemania en la época de la Segunda Guerra Mundial. Tomando en cuenta estas consideraciones y buscando siempre la idea de legitimidad, establecemos aquí la aserción de que los derechos fundamentales del hombre se convierten también en la unidad de medida del alcance de la resistencia, de tal forma que ésta puede ser tan abierta como para abarcar y proteger todos los derechos, pero también debemos decir que está estrictamente limitada a su violación y menoscabo, exceptuando las circunstancias en las que se da la debida justificación o argumentación⁸². Otra medida que nos puede ayudar a identificar el alcance del derecho de rebelión sería la proporcionalidad entre el daño causado por la acción u omisión del ente público o privado y la respuesta que tengan los afectados por la ofensa, pues es claro que ante una mínima violación no se debería recurrir a acciones de hecho extremas, como tampoco es práctico unas acciones mínimas a grandes violaciones de los derechos. Finalmente, una tercera medida sería la residualidad de su uso. No es recomendable invocar indiscriminadamente la resistencia, pues en primer lugar se correría el riesgo

⁸¹ Sobre la intangibilidad e indisposición de ciertos bienes humanos, como los derechos fundamentales, en el régimen democrático ver la publicación *Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica* de Juan Pablo Morales, en: AVILA SANTAMARÍA, Ramiro *edit.*, *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Primera Edición, 2008.

⁸² Debemos estar conscientes de la naturaleza no absoluta y por tanto realizable en cierto grado de los derechos fundamentales, de acuerdo al método que se utilice en el momento práctico; si tomamos el método de la ponderación, lo que se hace es medir el peso de los mismos en las circunstancias para declarar que uno precede a otro u otros.

de banalizarla con el desgaste y la no importancia que le den por esta recurrente enunciación, y en segundo lugar, la ligera e irreflexiva remisión a la rebelión pondría en riesgo los otros principios y derechos, a través del ataque y debilitamiento paulatino que va sufriendo el mismo sistema, más aún en caso de que este funcione a un nivel aceptablemente óptimo y correlativamente se invoque persistentemente la resistencia por razones insensatas, mal informadas y hasta mezquinas. Lo apenas descrito pone al descubierto la innegable naturaleza última del derecho a resistir: el acto de fuerza; con fortuna o sin ella, dependiendo de la perspectiva con la que se mire, la fuerza es intrínseca a la resistencia, lo cual a su vez coloca al sistema, y a nosotros mismos, a un paso de la supresión del mismo u otro paso de su corrección y evolución, depende aquí nuevamente del criterio de legitimidad ya expuesto: tan amplio para proteger todos los derechos, pero tan limitado como para no conculcarlos.

Entendido y limitado, en la medidad de nuestras posibilidades, el alcance del derecho a resistir, entonces podemos plantearnos algunas cuestiones que han aflorado en el precedente párrafo, la primera sería la forma en que el derecho a la resistencia puede ser ejercido. Como proponen algunos autores, este derecho se efectivizaría mediante el planteamiento como una garantía o como una medida cautelar constitucional, o a su vez, como una acción de hecho, es decir, mediante una marcha pacífica o talvez un levantamiento popular violento. Opinamos *prima facie* que la respuesta más acertada, de acuerdo al planteamiento constitucional, es que no hay restricción, pudiendo entonces ejercerse este derecho en todas las formas dichas, con lo cual sería legítima desde una revolución, un acto de no violencia al estilo de Mahatma Ghandi⁸³ e incluso un procedimiento ante un Juez constitucional demandando la protección de los derechos, siempre y cuando las circunstancias demuestren que los derechos fundamentales están siendo vulnerados de tal forma que una acción de tal magnitud está justificada; de todas formas, esta interrogante la volveremos a desarrollar más adelante para establecer con mayor precisión una respuesta satisfactoria. La siguiente interrogante, complementaria a la precedente, es si la resistencia puede concretar desde la corrección del ordenamiento jurídico hasta su derogación y reemplazo por otro. Por el mismo criterio amplio de legitimidad, creemos que ambas premisas son posibles, pues como lo volvemos a recalcar, en este paradigma, es tan jurídico un acto

⁸³ Cfr. FRANCO FERRARI, Giuseppe y TARZIA, Antonello, *Art. Cit.*, p.p. 19, 20.

administrativo del ejecutivo como un acto de protesta que busque reivindicar derechos que se estarían violentando o que se creen tener⁸⁴, o incluso aquel con el cual se ataca y cesa el sistema vigente, pues el fin son los derechos básicos constitucionalizados y no el ordenamiento que los objetiva.

Este último punto es bastante controversial, pues desde un punto de vista puramente lógico y sistémico se puede argumentar que sin sistema simplemente no hay derechos para ser protegidos; como ya describimos los actuales derechos constitucionales sitúan su origen en un substrato suprapositivo, entiéndase aquí también suprasistémico, el cual es y provee a los derechos de las características de ser universales, inalienables e irrenunciables, entonces su existencia se ve a salvo y no se ve cuestionada por la falta del sistema. El problema álgido que realmente se genera, y por el cual los partidarios de una perspectiva sistémica expresan su desacuerdo, es por el escenario incierto e inestable que se presentaría el momento de práctico de hacer efectivos los derechos en la situación que se ha superado el sistema. Creemos que una respuesta puramente teórica y a priori corresponde al campo de las conjeturas y las elucubraciones, por lo que recurriremos al punto de vista histórico para tratar de dar un mejor enfoque y justificación a nuestra duda. Cada una de las situaciones extremas donde el levantamiento del pueblo, o de parte de él, ha sobrepasado el estatus del sistema vigente, el escenario es de abuso y de reivindicación de derechos, es decir, el momento mismo no se puede catalogar como una situación jurídica conveniente o no para el respeto de los derechos, pero si podemos calificar con el adjetivo propuesto el o los resultados que una acción de resistencia y desconocimiento del sistema ha traído, de ahí que eventos como las guerras civiles inglesas, la revolución francesa y la declaración de independencia de Estados Unidos develaron la situación de vulneración de derechos y consolidaron cambios transcendentales indiscutibles en el respeto de los mismos. Entonces, de lo anterior se sigue que sería preferible una situación fáctica de revuelta a otra de mansedumbre y sufrimiento de violación de derechos de las personas.

1.3.1. Definición: Derecho o garantía "sui generis".

De la revisión de nuestra Constitución vigente, podemos establecer preliminarmente que el Derecho a la Resistencia, positivizado en el artículo 98, es un derecho constitucional. Con la ayuda del desarrollo doctrinario

⁸⁴ Cfr. FRANCO FERRARI, Giuseppe y TARZIA, Antonello, *Art. Cit.*, p. 14.

respectivo, extrapolamos nuestra anterior aserción, concluyendo que todo derecho constitucional es un derecho fundamental, humano o hasta moral. Con este antecedente, proponemos la afirmación de que la resistencia no es un derecho fundamental, debido a que la institución positivizada en el artículo ya referido, no contiene los elementos relevantes que una definición doctrinaria propone como propios e identificativos de un derecho fundamental. Entendemos por este último a la facultad, prerrogativa o institución que busca realizar la dignidad humana, los cuales con tal fin están objetivados y desarrollados en la normativa constitucional y que además tienen una tutela reforzada⁸⁵ El Derecho a la Resistencia sí puede ser catalogado como una prerrogativa, una facultad o una institución, pues el resistir conlleva ínsitamente la capacidad y la posibilidad de que un sujeto, en ciertas condiciones, exprese y ejerza su decisión de no obedecer las reglas jurídicas. En referencia al siguiente elemento suprapositivo, como es la dignidad humana, afirmamos que el Derecho de Rebelión no tiene como fin directo la realización de aquella, sino indirectamente a través de cada uno de los derechos constitucionales, los cuales, si buscan directamente materializar la dignidad humana. En cuanto al desarrollo y objetivación del Derecho de Rebelión, éste no posee ambas características en un grado suficiente y adecuado, debido a que, a pesar de estar positivizado, es más bien una facultad abierta y subsidiaria a todos los derechos, lo cual significa que no contiene ni desarrolla un bien fundamental en sí mismo para la existencia del ser humano, sino que, como ya se dijo, es un medio para realizar los derechos conocidos y para reconocer otros nuevos. Finalmente, es bastante claro que el Derecho de Rebelión no puede tener una tutela reforzada para ser efectivo, pues como se desprende de su naturaleza básica, y como lo vamos a desarrollar en el párrafo siguiente, la resistencia parece ser más una garantía para la tutela de los derechos constitucionales, por lo cual, tenemos un aspecto más que confirma que la resistencia no es un derecho fundamental en el estricto sentido que propone la doctrina.

El siguiente criterio a conocer, es aquel que manifiesta que la resistencia es una garantía de los derechos. Entendemos por garantía como todo mecanismo de protección, aseguramiento o tutela de efectividad de los derechos⁸⁶, en este caso fundamentales. Empezando por la naturaleza jurídica, la estructura de la resistencia en el artículo 98 nos muestra con bastante

⁸⁵ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Op. Cit.*, p.p. 233-234.

⁸⁶ Cfr. SILVA PORTERO, CAROLINA, *Las garantías de los derechos*, en. AVILA SANTAMARÍA, Ramiro edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Primera Edición, 2008, p. 66.

precisión lo pertinente de la afirmación al inicio del párrafo, pues como ya observamos en el párrafo precedente, este ente no es autónomo, ni contiene un bien para lograr directamente la dignidad humana, sino que su existencia está subordinada como un medio o un instrumento para la protección y efectividad de los derechos que se tienen o se creyeren tener, cuando han sido o puedan ser vulnerados. Sin embargo, indagando un poco más en la estructura de este mecanismo o instrumento para proteger los derechos constitucionales, encontramos que básicamente se la describe como la “posibilidad de ejercer la resistencia” y nada más; esta relación, lejos de ayudarnos a consolidar la idea de clasificarla como garantía, nos lleva a proponer la idea contraria, debido a que una garantía obligadamente debe ser minuciosamente desarrollada, con el fin de mantener la institucionalidad jurídica y evitar consecuencias contrarias, como por ejemplo el abuso del derecho o el mismo desacato, dado el delicado y conflictivo escenario práctico en el que estos mecanismos deben actuar y dado también el extraordinario fin que buscan conseguir. Debido a esto, la resistencia no puede encajar completamente como una garantía, pues por esencia y por definición, el mal llamado derecho a la rebelión no puede ser objeto de desarrollo normativo⁸⁷, sino que más bien su manifestación de ejercicio será siempre de naturaleza fáctica abierta, de choque entre intereses opuestos, mientras cumpla el canon de legitimidad, no importando siquiera la forma de su ejercicio, activamente mediante violencia, como la guerra, o pasivamente, como la no violencia o la aceptación de la sanción. Como vemos, la acción de minuciosa concreción en una norma constitucional o en una norma secundaria, lo único que logra es desnaturalizarla y limitarla a una más de las garantías formales conocidas⁸⁸, la cual definitivamente no es.

Entonces proponemos que la resistencia es una garantía “sui generis” por cuanto es “reactiva⁸⁹, no jurisdiccional, subsidiaria e inorgánica⁹⁰” de los Derechos consagrados. ¿Cómo podemos sustentar esta afirmación? Es reactiva por que sólo el momento que los titulares consideren que se están violando sus derechos entonces se puede activar esta garantía. Es no jurisdiccional e inorgánica debido a que ningún estamento estatal puede administrarla, sino el

⁸⁷ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, p. 52.

⁸⁸ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, p. 53.

⁸⁹ Las garantías constitucionales de los derechos también pueden ser preventivas, como aquellas que componen el debido proceso, el cual a priori está determinado con el fin de evitar la vulneración de los derechos de las partes procesales.

⁹⁰ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, p. 54.

mismo soberano, y ningún procedimiento establecido o por establecer pueden regularla, por lo que estaríamos ante una garantía imprecisa en el sentido de abstracción de una norma general, pero si con la estructura que le da el momento preciso en que se la ejerce. Finalmente es subsidiaria por cuanto ya vimos no es un fin en si mismo, sino que busca la realización de los entes principales: los derechos fundamentales. También deberíamos adicionar las características de universalidad y residualidad, por cuanto protege a todo derecho sin diferenciación alguna en las situaciones de violación más extremas donde todo procedimiento falle⁹¹. De esta forma tenemos una garantía cerrada y limitada por el canon de legitimidad, pero al mismo tiempo lo suficientemente amplia y flexible como para buscar la acción más adecuada y eficiente en aras de la protección de los derechos, situación que permitiría llegar al estado de justicia del artículo 1 de nuestra Constitución.⁹²

En el mismo campo constitucional, se ha propuesto que la resistencia puede ser una medida cautelar muy especial para la protección de los derechos, por cuanto esta sería activada únicamente en el caso de la interposición del recurso extraordinario de protección, el cual según el tercer inciso del artículo 27 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) no puede ser precedido ni acompañado de medida cautelar alguna⁹³. Creemos que la resistencia puede ser asimilada al concepto general de medida cautelar, ya que de la revisión de las dos nociones jurídicas⁹⁴ encontramos más correspondencias que diferencias, así dentro de las primeras, tanto los individuos como los colectivos, que se pueden entender como grupo de personas, pueden invocar las dos instituciones jurídicas; de igual manera, las personas contra las que se puede ejercer ambas acciones coinciden pues en la medida cautelar no está especificada y en la resistencia su descripción abarca todo el universo jurídico posible de sujetos pasivos; también podemos anotar que se desarrolla en las dos nociones, el estado de vulneración o amenaza de vulneración de los derechos; igualmente señalamos que la central característica de indeterminación, compone la naturaleza jurídica de ambas instituciones, pues en el derecho a la resistencia ni se menciona la forma de hacerla efectiva y en la medida cautelar es tan abierta que solo señala que “...deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener...” con

⁹¹ Cfr. FRANCO FERRARI, Giuseppe y TARZIA, Antonello, *Art. Cit.*, p. 34.

⁹² Cfr. FRANCO FERRARI, Giuseppe y TARZIA, Antonello, *Art. Cit.*, p. 35

⁹³ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, pp. 61-64.

⁹⁴ Comparamos para este fin el artículo 98 de la Constitución de Montecristi con los artículos 26 a 38 de la LOGJCC.

la única excepción razonable de que no sean medidas privativas de libertad; finalmente otra coincidencia sería la característica de subsidiaridad de las dos, ya que el fin de la resistencia es la protección de los derechos, en tanto que las medidas cautelares podrán ser interpuestas con el requerimiento de cualquier garantía de la Constitución, en todo caso, el potencial usado más bien no establece estrictamente la subsidiaridad de las últimas, con lo cual las medidas cautelares pueden ser independientes de cualquier otra acción jurídica. Entre las diferencias podemos anotar que las medidas cautelares nunca tendrán por objeto el demandar el reconocimiento de nuevos derechos, lo cual en cambio es natural de la resistencia; también debemos anotar como diferencia el establecimiento expreso en la LGJCC de las características de exclusión y ser excluyente de las medidas cautelares cuando se ha iniciado medidas en otras vías o en la misma vía constitucional⁹⁵; de igual forma se diferencian por el establecimiento en la LOGJCC de que el procedimiento de las medidas debe ser informal, sencillo, rápido, eficaz⁹⁶, eventualmente con la posibilidad de realizar una audiencia, no sujeto a presentar pruebas, no exigible con la notificación formal a los sujetos involucrados⁹⁷, no susceptible de interponer recurso de la resolución del Juez sobre disposición o no de medidas y finalmente con la posibilidad de revocatoria de las medidas dictadas cuando ha cesado la vulneración o la amenaza⁹⁸. Es fácilmente entendible, que a pesar de que lo apenas mencionado para las medidas cautelares las hace diferentes, no necesariamente las hace contradictorias a la resistencia, pues ésta, al ser abierta e indeterminada, puede abarcar cada una de las características nombradas sin mayor problema.

Al no poder encasillar exactamente la resistencia ni como derecho ni como garantía, aunque con bastante éxito como medida cautelar, proponemos tomarla como un “*impulsor de la acción pública*”⁹⁹, ya que al estar ubicado en el Título IV de participación y organización del poder, se entiende que su naturaleza es más bien de una forma de conservación de la soberanía pre-institucional del pueblo, que tiene por fin evidenciar y corregir la diferencia inevitable entre su ideal de Estado y de planteamiento teórico de los derechos fundamentales en la Constitución, frente a la realidad práctica de los mismos en la cotidianidad social. El Derecho a la Resistencia se constituye así en una

⁹⁵ LOGJCC, artículo 27 inc. 3, 32 inc. 3.

⁹⁶ LOGJCC, artículo 31.

⁹⁷ LOGJCC, artículos 33

⁹⁸ LOGJCC, artículo 33 inc. 2, 35.

⁹⁹ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, pp. 58, 59.

especie de control supremo, continuo y directo del mandante a sus mandatarios, aunque un poco difuso, pero sobre todo muy arriesgado, desde cierta perspectiva, pues canaliza la vuelta de todo el poder absoluto al soberano, situación que contiene dentro de si elementos irracionales e incontrolables, totalmente opuestos y superiores al fallo que se quiso corregir. Por lo apenas puntualizado, debemos establecer que el Derecho a la Resistencia sólo es una herramienta, un medio para ser utilizada en un escenario político o jurídico conflictivo, con el fin de clarificar la situación, de mostrar las posiciones de las partes, nada más; más nunca debe ser concebida como el método para tomar decisiones sobre que derecho es el que prevalece en un escenario de conflicto, pues su naturaleza no es esa, para eso están las vías ordinarias y constitucionales, los diversos métodos de interpretación de las normas y de toma de decisiones. Por todo lo hasta aquí expuesto en este apartado, dejaremos de utilizar el denominativo Derecho a la Resistencia, o los sinónimos que anteriormente especificamos, en adelante simplemente la denominaremos resistencia.

Una vez que hemos simplemente desarrollado más incógnitas que certezas en cuanto a la naturaleza jurídica de la resistencia, creemos conveniente incluir un sucinto criterio de clasificación de situaciones de hecho que tienen características paralelas a la resistencia, pero que es preferible no confundirlas. El criterio rector para la antedicha categorización sería el choque o conflicto con el principio de legalidad que gobierna nuestro sistema jurídico actual¹⁰⁰. Podemos empezar con la objeción de conciencia, la cual como un derecho fundamental busca la excepción en la aplicación de las normas en un caso concreto, por motivos individuales y subjetivos¹⁰¹. Por otro lado tenemos la desobediencia civil, la cual constituye una forma de participación política, que permite defender una posición razonable frente a las acciones atentatorias, que el poder practica en referencia a derechos y principios; por lo que generalmente se expresa de forma pacífica¹⁰². Tenemos de igual manera la revolución dentro de las otras formas de desconocer la ley, la cual propone un cambio total del sistema político y jurídico de un grupo humano mediante el uso de medios no necesariamente públicos pero también la mayoría de veces violentos¹⁰³. También es necesario tratar la categoría denominada desobediencia criminal,

¹⁰⁰ Cfr. ARAUJO GRANDA, María Paulina, La desobediencia civil, Análisis político y penal: Caso ETA, Cevallos editora jurídica, Quito, Primera Edición, 2007, p. 43.

¹⁰¹ Cfr. *Id.*

¹⁰² Cfr. *Ibid.*, p. 33.

¹⁰³ Cfr. *Ibid.*, p. 44.

la cual puede definirse como una infracción a la norma vigente que tiene por objeto satisfacer apetitos individuales mezquinos junto con el menosprecio de las normas y por tanto de sus penas¹⁰⁴. Finalmente anotamos la rebelión, la sedición y la guerrilla, todas ellas son expresiones violentas de la disconformidad con el sistema político y jurídico vigente, la rebelión es netamente política, la sedición es de carácter particular y localizado y la guerrilla es un levantamiento en armas con técnicas militares¹⁰⁵.

1.3.2. Estructura e inclusión como norma constitucional

El establecimiento de la resistencia en el artículo 98 de la Constitución puede ser leída, desde el predominante positivismo, como una paradoja sistémica, ya que su inclusión literal en la Constitución da existencia y funcionamiento a una institución autónoma con suficiente poder para volverse contra el mismo sistema, el momento que se recurre a ella para proteger un derecho o para hacer que reconozcan otros; ningún complejo busca su autodestrucción sino su mejoramiento y perpetuación. En este sentido, la resistencia como garantía autónoma de corrección de las aberraciones, lo que haría más bien es poner en peligro esta racionalización de la reacción a las fallas internas¹⁰⁶, al devolver la entrada a situaciones de pre – sistémicas de hecho, con alcances insospechados. Pero como hemos desarrollado en las páginas precedentes, desde la nueva perspectiva neoconstitucionalista, la inclusión de la resistencia tiene sentido y es necesaria, por cuanto al acrecentar el rango de juridicidad y al ubicar el canon de legitimidad en el ámbito supra positivo, la preocupación por el sistema o la Constitución ya no es el límite, sino la preocupación por el cumplimiento de los derechos humanos. Estos últimos en esta nueva lógica, volvemos a recalcar, no los puede crear y contener el sistema, sino el substrato moral y naturalista: la dignidad de las personas.

El artículo 98 de la Constitución de Montecristi está incluido dentro del título que se refiere a la participación y organización del poder, en el capítulo de participación en democracia, específicamente en la sección de organización colectiva, el mismo tiene el siguiente texto:

“Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no

¹⁰⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 45

¹⁰⁵ Cfr. *Ibid.*, p.p. 49, 50.

¹⁰⁶ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, p. 53.

estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.”

Lo que este artículo contiene, las implicaciones de lo estatuido en estas líneas y las interrogantes que nos deja su corta redacción, las trataremos de analizar a continuación con el fin de dimensionar en mejor forma qué es resistir en nuestro actual ordenamiento jurídico.

Al igual que el artículo en mención, empezamos en el tratamiento de la titularidad de la capacidad de resistir. Como se puede observar, son sujetos activos de esta prerrogativa tanto las personas naturales, sin ninguna restricción tal como establece el artículo 11 numeral 2 de la Constitución, como también los colectivos. Esta puntualización muestra de alguna forma que la resistencia correspondería principalmente a los sujetos más frágiles y menos poderosos en la cotidiana relación social y política, como son los ciudadanos comunes y corrientes y cualquiera de las colectividades, que pueden ser entendidas como organizaciones sociales con fines de participación política, formadas por diversos motivos, tales como étnicos, culturales y hasta coyunturales, por ejemplo la colectividad de consumidores de un servicio. Con el fin de concretar en mejor forma este último tema, estamos conscientes de lo abierto del término colectivo, y más bien aplicando los numerales 3 y 4 del artículo 11 de la Constitución, toda agrupación de personas, incluidas las personas jurídicas podrían ser titulares de la acción de resistencia estudiada. No podrían, por exclusión, resistirse ningún ente u órgano perteneciente al estado, el cual, según ciertas tendencias doctrinales, no tiene derechos frente a sus mandantes sino sólo la obligación de suplirles de derechos.

Continuando en el mismo tema, un punto álgido en la definición de la titularidad para resistir es la posibilidad de que se puedan adherir a esta acción individuos y colectivos que no están siendo afectados en sus derechos directamente ni que tampoco buscan que se les reconozcan unos nuevos. La lectura y aplicación literal del artículo 98 negaría esta posibilidad, pero como ya conocemos el principio del sentido más favorable a la efectividad de los derechos, el evento de que unas personas ayuden en la resistencia de otras se torna totalmente plausible. En realidad, una de las propuesta bastante aceptadas es aquella que expresa que la capacidad de resistir es inherente a todos, en cualquier momentos y en cualquier circunstancia, los afectados directamente por la violación de sus derechos lo que tendrían es una

prerrogativa adicional de exigir las correspondientes reparaciones¹⁰⁷; es más, completando la tesis propuesta, el escenario en el cual sólo puedan resistir los afectados implicaría la obligación de que los no afectados se conviertan en cómplices del daño, dado que ellos deben y voluntariamente siguen obedeciendo el derecho que por lo menos tiene sembradas dudas en su legitimidad¹⁰⁸. Una excelente forma de sostener lo dicho es el planteamiento de Martin Luther King, el cual al ser criticado por su ajenidad al lugar donde se estaban violando derechos de los negros decía: “*La injusticia está en todas partes, estamos unidos por las redes de la reciprocidad, lo que les acontece a algunos afecta a los otros, por eso ha venido a protestar lejos de su casa*”¹⁰⁹.

Los sujetos pasivos son, de acuerdo a la enumeración del citado artículo, cualquier ente estatal y no estatal, ya sea persona natural o jurídica, que se encuentren o hayan vulnerando derechos de los sujetos activos. Acogiendo la terminología de ciertos autores, podemos entonces decir que esta es una garantía “sui generis” vertical y horizontal. Como garantía vertical, la calificación del estado como primer sujeto pasivo de la resistencia es evidente, dada la naturaleza y actuación que el poder organizado ha demostrado a lo largo de su existencia en su relación con sus administrados, inevitablemente más débiles; podemos calificar que esta resistencia constituye la versión original o primigenia de esta institución, que por tal le da más bien una substancia más política que jurídica, siendo así como fue tomada en los ya mencionados acontecimientos de la Revolución Francesa e Independencia de los Estados Unidos de América¹¹⁰. Entre tanto, como garantía horizontal, podemos considerar una novedad el poder utilizar la resistencia frente a las violaciones generadas por los entes no estatales o particulares¹¹¹, esto debido a la ya nombrada naturaleza política de la resistencia pero también al fundamento de la creación del Estado como institución regulatoria exclusiva de las situaciones jurídicas entre sujetos particulares, tal como lo establecen los artículos 1 de la Constitución y del Código de Procedimiento Civil. Con lo

¹⁰⁷ Cfr. COHEN, Joshua, *¿Sufrir en silencio?* en. GARGARELLA, Roberto comp., *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, Primera edición, 2005, p. 86.

¹⁰⁸ Cfr. *Id.*

¹⁰⁹ Cfr. LUTHER KING, Martin, *Carta desde la cárcel de Birmingham*, en. GUILLEN, Pedro comp., *Antología de Martín Luther King*, B. Costa – Amic Editor, México, 1968, p. 6.

¹¹⁰ El prólogo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, aprobada el 4 de julio de 1776, dice en su parte pertinente: “*Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; 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 que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.*”

¹¹¹ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, p. 55.

anterior, pareciera que el Estado pierde el monopolio de la fuerza para resolver los conflictos entre privados, o por lo menos, se presupone y busca remediar el hecho cierto de que el prenombrado no ha podido, ni con seguridad podrá, cumplir con uno de sus papeles fundantes. Cabe por lo menos hacer hincapié en la peligrosa y delicada situación que se genera por esta prerrogativa dada a los particulares, pues por más que teóricamente se justifique la inherencia de la soberanía a los individuos, la realidad de la convivencia social nos alerta sobre el posible anarquismo en el que se puede desembocar. Esta descripción es un argumento más para que el artículo 98 deba ser utilizado en una situación extrema como una *ultima ratio*, en caso de que efectivamente el poder constituido ha fallado y entonces la violación de los derechos de un particular, por parte de otro igual, es evidente, manifiesta e injusta a los ojos del perjudicado y también de los otros ciudadanos.

Continuando con nuestro trabajo, el siguiente aspecto a analizar es el objeto que el artículo citado da a la resistencia. De la redacción aludida, este se encuentra constituido por las acciones u omisiones de los sujetos pasivos enunciados, que vulneren o puedan vulnerar los derechos fundamentales establecidos, o también la situación de vacío de ciertos derechos, que dada la cotidianidad social, muestran su necesidad y existencia para alcanzar la dignidad humana. En la primera opción, hay que notar el establecimiento del acto jurídico en sus dos vertientes conocidas de acción y omisión, con lo cual se engloba los aspectos de hacer y no hacer de las obligaciones del Estado constitucional de derechos y justicia. En general, se entiende a la resistencia contra las actuaciones del Estado, las cuales sólo pueden expresarse en el rango límite del conocido principio de legalidad, por lo que la resistencia a los actos estatales serían también la resistencia al derecho, sin embargo, el acto u omisión violatorio puede sin problema ser un acto fuera de derecho, en cuyo caso no se resiste al Derecho, sino a una desviación de este¹¹²; en definitiva, en este caso, llegamos a la confirmación de que la resistencia siempre será contra un acto u omisión ilegítimo o vulneratorio de los derechos fundamentales constitucionalmente incluidos, y no necesariamente frente a la vulneración del sistema normativo (principio de legalidad), que objetiviza pero no contiene lo que significa un derecho humano con sus raíces metafácticas; de igual manera, la resistencia a las acciones u omisiones de los no estatales, con toda la

¹¹² Cfr. ALEGRE, Marcelo, *Protestas sociales, Violación o reivindicación del Derecho en*. GARGARELLA, Roberto comp., *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, Primera Edición, 2005, p. 62, 63.

problemática e incertidumbres que ya se abordó, estaría plenamente justificada, al conocer de la existencia y arbitrariedad con que estos sujetos jurídicos particulares (transnacionales y ONG's) actúan, incluso algunos de ellos más poderosas que los mismos Estados. La segunda forma de abordar el objeto de la resistencia, y que nosotros lo caracterizamos como la situación de vacío de ciertos derechos básicos, está aquí relacionada con el estado en el cual el sistema se queda corto y la mecánica social muestra la necesidad y urgencia de la existencia de nuevos derechos, situación ante la cual, la pesada maquinaria estatal con toda seguridad responde de forma muy lenta, por lo que recurrir a esta garantía es la forma más eficaz de suspender y proteger a la población vulnerada, ya que recalcamos que la positivización de los derechos en la Constitución no constituye ni de lejos su agotamiento, tal como lo establece el numeral 7 del artículo 11 del cuerpo legal referido. No sobra hacer notar el efecto de completar y corregir los ya aceptados vacíos jurídicos del sistema, que esta última modalidad de objeto de la resistencia tiene, con lo cual se enriquece la coherencia de la nueva teoría del derecho abierta que el paradigma neoconstitucionalista busca construir.

En el mismo apartado del objeto, abordamos la situación en la cual, la actual o la posible vulneración pueden ser resistidas. Creemos que la primera posibilidad, es decir, cuando los derechos han sido o están siendo vulnerados es la más común en el momento práctico del Derecho, esto nos confirma la naturaleza reactiva de resistir, debido a que debemos contar con la concreta acción u omisión del Estado o los no estatales que a su vez ha vulnerado también concretos derechos básicos. En cambio, la situación es controversial desde que la redacción del artículo 98 permite ejercer la resistencia en circunstancias en que no se están vulnerando los derechos sino que, a criterio de los sujetos legitimados para resistir, se los ponen en peligro o en posibilidad de ser vulnerados; en este caso se adiciona peligrosamente la característica de preventiva a la resistencia, lo indefinido e incierto de lo que significa el estado de peligro y la ya de por sí abierta forma de ejercer la resistencia, teniendo como resultado entonces una vez más un escenario muy inestable y propenso a la anarquía. Sólo diremos que en algún punto es bastante probable que el criterio de proteger los derechos con estos rangos nada especificados ni definidos, se convierta fácilmente en su opuesto de quebrantarlos.

Para finalizar este apartado debemos tratar tópicos que no están expresamente mencionados en el artículo, pero que son indispensables al momento de entender y ejercer la resistencia. Uno se refiere a las posibles modalidades o formas de resistirse, cuya falta de descripción no puede ser tomado como olvido o negligencia del constituyente, sino más bien como el reconocimiento del elemento indeterminado que siempre ha impregnado esta acción y que antes de resaltar una posible falta de seguridad o certeza jurídica, se apuesta por que aquí ayude a proteger los derechos en forma muy efectiva con su no definido rango de acción. Debemos recordar la dicotomía ya descrita en páginas anteriores, según la cual, existe la posibilidad de resistirse tanto mediante una vía de hecho como mediante una vía constitucional formal dentro del sistema jurídico, esto es lo que a continuación trataremos de enfocar más detenidamente. En referencia a la primera posibilidad nos apoyaremos en los puntos de vista histórico y político, pues como ya anotamos, en estos campos la resistencia generalmente se ha presentado en un rango fáctico, que ha ido desde una manifestación pacífica de brazos caídos, en la que se expresa una oposición mental y física a una realidad política y jurídica, hasta una acción de fuerza que puede incluir el enfrentamiento armado, encontrando en este rango fáctico una especie de relación de gradualidad entre el mayor a menor grado de violencia en la resistencia y el régimen de gobierno tiránico a democrático. La base de esta formulación no se desprende de la disposición e interpretación constitucional, sino del momento práctico en el que confluyen los actores políticos, que ante un Estado relativamente fuerte, institucionalmente hablando, prefieren formas de resistencia más pacíficas, ya que es notorio y beneficioso el orden y seguridad que brindan este tipo de Estados; en cambio, ante un gobierno déspota y arbitrario, la reacción tendrá igual o superior violencia, pues todo anclaje racional del uso de la fuerza por el Estado y la masa descontenta ha sido perdido, entonces, el diálogo y consenso es lo más remoto e impensable y la violencia termina convirtiéndose en el canal de relación y resolución de la lucha entre los antagonistas.

De esta forma, la premisa básica de la primera posibilidad de la dicotomía es que por definición y naturaleza la resistencia se substrahe a una vía formal de ejercicio, apoyan esta afirmación el no desarrollo de procedimiento alguno en la Constitución ni la en Ley, la inmediata aplicación y

la no exigencia de condiciones no previstas en la Constitución¹¹³, el fin supremo de protección de los derechos fundamentales, la ilógica situación de recurrir ante el vulnerador de los derechos para pedirle tutela formal, entonces, la resistencia no es contradictoria y puede ser ejecutada por la vía fáctica, pero siempre sin rebasar el canon de legitimidad ya especificado. Se puede argumentar que lo apenas explicado es una quimera con resultados más bien contrarios a lo que se quiere obtener, ya que nada concreto aporta al papel garantista del estado con relación a los derechos y más bien se crea una situación indeterminada y confusa que abandona la protección de los derechos; a esto podemos responder, en primer lugar, que esta posición es un acto de visibilización de la efectividad del ampliamente aceptado elemento metapositivo como parte del Derecho, lo cual además es coherente y preferible a la miope negación del mismo, pues el derecho ya no es el objeto sintético e irreal que construyeron arbitrariamente los positivistas clásicos, en segundo lugar, hay que tener siempre presente que la inclusión del artículo 98 no ha insertado fuerzas incontrolables y destructivas opuestas a la utópica seguridad jurídica positivista, sino que todo lo contrario, siempre han existido y siempre se las ha utilizado, sería mas bien una falta, a la pretendida rigurosidad científica y a la obligatoria coherencia intelectual, seguir negándolo.

En referencia a la segunda posibilidad de la antedicha dicotomía, incluimos aquí el punto de vista de ciertos autores que sostienen la premisa de que no es ajeno ni contradictorio el ejercicio de la resistencia en términos formales, o en otras palabras, que este recurso podría ser planteado ante cualquier Juez como una garantía o una medida cautelar constitucional para proteger los derechos. Volvemos a repetir que dada la no existencia de restricción, ni la posibilidad de establecerla, como ordena la Constitución en los citados artículos 11 y 427, además de lo que establece la LOGJCC en las normas comunes de las garantías y las medidas cautelares constitucionales¹¹⁴ creemos que ésta también es una vía válida, y que más bien debemos adentrarnos en su análisis para conocer su alcance y funcionamiento en relación a su fin de proteger los derechos de las personas. De igual manera, como ya se desarrolló, la resistencia no puede ser tomada como una garantía constitucional en estricto sentido, pues no está y no puede ser totalmente definida como una garantía típica, y además, porque no se encuentra

¹¹³ Ver artículos 427 y 11.3 de la Constitución de Montecristi

¹¹⁴ LOGJCC, artículos 6 al 38.

especificada como tal en la Constitución ni en el inciso final del artículo 6 de la LOGJCC, por lo que cualquier petición en este sentido y conocimiento por parte del Juez constitucional respectivo, generará nulidad de la acción por vulnerar las normas del debido proceso¹¹⁵; de todas formas, dadas las circunstancias de una fuerte violación de los derechos, por la indeterminación del artículo 98 de la Constitución y los artículos 11 y 427, podemos apelar para que nuestra acción se conozca y tramite, pues el fin último como sabemos es la protección de derechos. La otra posibilidad que se baraja, y que al parecer tiene más sentido, es que la resistencia sea una medida cautelar constitucional; lo dicho por la mayor cantidad de coincidencias que de diferencias que existen entre las dos instituciones señaladas y debido así mismo a la naturaleza genérica de la resistencia frente a la naturaleza particular de las medidas cautelares, por lo que la resistencia puede ser ejercida a través de una medida cautelar, pero no exclusivamente por esta vía. Lo que si debemos hacer para concluir esta parte, es señalar el papel preponderante que juega el llamado activismo judicial en la ejecución de la resistencia especialmente como una garantía y como una medida cautelar. Lo dicho debido a que esta acción busca realizar, en el más alto grado, los derechos humanos, a pesar de que estas vías no están concretamente definidas con respecto a la posibilidad de resistirse, por lo que entonces los jueces necesariamente deben ejercer y tomar decisiones más allá de su limitado rango jurisdiccional clásico y controlar campos que tradicionalmente les han sido vedados por la utópica neutralidad, como por ejemplo el control de la política¹¹⁶. Con esto surgen voces de rechazo por esta arrogación de funciones, que en palabras resumidas significa el traslado del manejo político del evidentemente legitimado poder legislativo al poder judicial, el cual lógicamente adolece de la falta de dicha legitimación; pero también existen criterios que apoyan esta acción extralimitada para proteger derechos vulnerados, lo cual justamente es lo que la resistencia, como medida cautelar, faculta abiertamente.

Con todo lo tratado, nos resta definir un poco más la posible característica de la resistencia de ser *última ratio* así como también de establecerla como vía excluyente y excluida con respecto a las vías constitucionales de protección de los derechos. Doctrinariamente se puede

¹¹⁵ Constitución de la República, artículo 76.3

¹¹⁶ Cfr. GÁLVEZ BAUTISTA, Julio Alejandro, *Activismo Judicial*, <http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf>, p. 4, acceso 13 de octubre de 2012, 22h10.

sostener la calidad de ser *última ratio* debido a la existencia de las vías formales de proteger los derechos y a la especialísima situación que genera la resistencia como situación indeterminada y también como situación de facto. Constitucionalmente esto no se puede argumentar, debido a la no definición de cómo resistir y al amplio rango que el cuerpo normativo en mención establece para proteger los derechos, por lo que en referencia a la resistencia en su concepción política clásica, no cabe esta característica; esto también se repite en la dimensión de la resistencia individualmente como medio jurídico, es decir, cuando se la activa como garantía o medida cautelar, ya que como pudimos apreciar, la LOGJCC no establece que primero se ejerzan las otras vías, ordinarias o constitucionales para defender los derechos, sino que solamente se preocupa por que no se sobreponga a la actuación de otra rama del derecho, como a continuación veremos. De esta manera, establecemos que la resistencia, en su dimensión política-clásica, no es un recurso excluido ni excluyente de las otras vías constitucionales de protección y de los posibles vacíos de tutela de los mismos¹¹⁷; pero si se constituiría en excluido y excluyente en su modalidad individual-jurídica, lo cual volvemos a repetir, se aprecia en los ya citados artículos de la LOGJCC. Este escenario nos muestra una doble naturaleza práctica de esta acción, ya que en su lado político clásico se reduce a un acto incontrolable de fuerza, sustentado a veces en fines mezquinos y coyunturales, pero también otras veces en situaciones de razón jurídica y moral; y en el otro sentido, es decir, en el individual-jurídico, la resistencia sería una institución controlada y controlable con los debidos instrumentos legales, lo cual a la final aleja el fantasma de la pura fuerza, y trae un aire de razonabilidad en su uso.

Por último, cabe preguntarse si la resistencia es también un mecanismo de defensa del sistema jurídico que se supone es un medio de la realización del supremo fin de los derechos fundamentales. La respuesta creo que debe conservar el mismo condicional de la pregunta, es decir, la resistencia sí es un mecanismo de defensa del sistema, en tanto y en cuanto este último defienda los derechos a toda costa, incluso a expensas de su existencia, pues no se debe repetir el absurdo de que se ponga el sistema por encima de los derechos que debe defender. La discusión aquí se torna epistemológica, pues se puede argumentar, en un sentido, que sin sistema no hay derechos, pero los naturalistas, y neoconstitucionalistas por extensión, replican que sin sistema si

¹¹⁷ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Art. Cit.*, pp. 60 - 63.

hay derechos pues estos son anteriores, por lo que la falla del sistema no significa la falta de los derechos, sino más bien, alguna especie extrema de vuelta al origen primitivo de organización pre social, donde los derechos si existen, pero en el campo y posibilidades de cada persona individualmente. Creemos también, que otra lectura válida de la situación que estamos comentando, es que muy hábilmente la redacción del artículo 98 logra expandir infinitamente el sistema jurídico y político, logrando así la imposibilidad de salir del mismo incluso cuando se lo resiste, nos explicamos mejor, al haber incluido la posibilidad de resistir, lo que se está haciendo es que esta situación irracional y metasistémica forme parte de un hipersistema, con lo cual, no es posible salir del sistema y por tanto nunca dejan de regir los derechos; estamos conscientes de las contradicciones lógicas insalvables de lo propuestos, pero a estas alturas ya no nos es permitido volver a la clásica ordenación cerrada y coherente, más bien la paradoja es necesaria para que nuestra idea sea completa. De esta forma, la resistencia como artículo en la norma fundamental, puede llegar a ser hasta un acto más de control constitucional y político de la constitucionalidad de las leyes¹¹⁸. Creemos conveniente añadir a todo esto, que los actuales y predominantes regímenes políticos y jurídicos de los países, no han tomado en cuenta las expresiones contundentes de resistencia, y más bien trata de tener expresiones racionalizadas y dentro del sistema, de ahí que los diferentes países en América latina no tengan en sus Constituciones literalmente incluidos el derecho a la resistencia, pero si otras instituciones paralelas como la objeción de conciencia, la huelga, el referéndum o la legítima defensa¹¹⁹.

1.3.3. El desarrollo jurisprudencial

Finalmente, en este último apartado del primer capítulo, nos referiremos a otra vía por la que el recurso a la resistencia puede tener anclaje formal y sistémico, tanto en su formación teórica como en su ejercicio, en referencia a los derechos fundamentales como la medida de legitimidad. Estamos hablando de la Corte Constitucional y sus atribuciones para pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de los actos en general, y más específicamente, a la posibilidad de emitir criterio sobre la resistencia, a la cual en las líneas precedentes terminamos catalogando como una institución jurídica totalmente abierta, sin más límites que los ya mencionados derechos fundamentales.

¹¹⁸ Cfr. FRANCO FERRARI, Giuseppe y TARZIA, Antonello, *Art. Cit.*, p. 29.

¹¹⁹ Cfr. FRANCO FERRARI, Giuseppe y TARZIA, Antonello, *Art. Cit.*, pp. 30, 31.

Empezamos por resaltar la concreción y establecimiento de la materia constitucional como campo del derecho en su parte adjetiva y sustancial, tal como lo manda el artículo 429 de la Constitución. A su vez, el mencionado artículo conjuntamente con el 430 y la LOGJCC, erigen a la Corte Constitucional como el órgano autónomo y máximo de control, interpretación y de administración de la justicia constitucional, esto debido a que sus funciones ya referidas, la sitúan como garante de la norma jerárquicamente superior de todo el ordenamiento, y dado a que también, dichas funciones tienen un alto grado de elemento político más que del elemento “*jurídicamente puro*”¹²⁰. De esta forma, si la capacidad de resistencia es netamente constitucional, entonces, el único órgano capaz de pronunciarse sobre el mismo sería la Corte Constitucional.

¿Cuál es entonces la forma en que la Corte se debería pronunciar respecto del ejercicio de la resistencia? Una posibilidad, tomando en cuenta sus características meta sistémicas, sería el numeral primero del artículo 436 de la Constitución, el cual establece que la Corte Constitucional es la “*máxima instancia de interpretación de la Constitución [...] a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante*”. Esto significaría que mediante una consulta o cualquier otro mecanismo creado, se puede solicitar a la Corte dictámenes o sentencias que se pronuncien sobre el rango y los límites de la acción en mención. Una vez más volvemos sobre el carácter indeterminado de resistir, con lo cual lo apenas planteado se volvería inconstitucional automáticamente, además *contra natura* del mismo. Por lo tanto, si existiese una sentencia o dictamen de la Corte, los mismos deben cuidar el mantener la difícil y delgada, por no decir imposible, línea entre el regular y el bloquear los derechos. Antes de proseguir, este tipo de control sería sobre el sentido clásico o político que tiene la resistencia.

En el otro sentido de la resistencia, es decir en el jurídico o individual, se puede advertir la posibilidad de que la Corte Constitucional pueda ejercer el control de constitucionalidad, tanto en la modalidad abstracta y concreta, los cuales constan también en el mismo artículo 436 de la Constitución y se desarrolla en la LOGJCC a partir del artículo 74 y 141. Las dos modalidades de

¹²⁰ ESCOBAR GARCÍA, Claudia, *Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional? en. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro edit., Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Primera Edición, 2008. pp. 289, 290.

control se refieren, respectivamente, al cotejamiento de las normas generales infraconstitucionales con las normas constitucionales, y al cotejamiento de los hechos de un caso concreto con las normas constitucionales a través de las normas generales infraconstitucionales en procesos judiciales. Desde esta perspectiva, se podría únicamente realizar control de constitucionalidad abstracto, tanto en la modalidad acciones de constitucionalidad como el de control de constitucionalidad¹²¹, de temas relacionados con reformas y enmiendas a la Constitución, tratados internacionales y leyes infraconstitucionales, en relación claro está, a la resistencia como garantía o como medida cautelar. En cuanto al control concreto de constitucionalidad, no se podría activar la jurisdicción constitucional debido a que este control se ejerce únicamente sobre procesos jurisdiccionales, los procesos de garantía o medida cautelar la hacen los jueces en calidad de juez constitucional.

Finalmente debemos destacar la circunstancia de que la LOGJCC, en su artículo 126 y siguientes, que corresponden al Título III, Capítulo VIII denominado Control constitucional de los mecanismos de participación popular directa, hace caso omiso del llamado Derecho a la Resistencia del artículo 98 de la Constitución y no desarrolla sobre su control de constitucionalidad, tal como si lo hace con la iniciativa popular normativa y la consulta popular. Esta circunstancia particular, reforza la idea de que las calidades de abierta, indeterminada y metasistémica son propias y naturales de resistir, es decir el punto de vista clásico-político, con lo cual la LOGJCC implícitamente estaría aprobando las características referidas, y entonces no regula lo que por naturaleza no es necesario.

¹²¹ LOGJCC artículo 75.

CAPÍTULO II

CONTENIDO DEL DERECHO A LA RESISTENCIA

Una vez que hemos establecido las dos modalidades en las que la resistencia se puede presentar, es decir, la clásica o política y la actual o netamente jurídica, y a pesar de que recalcamos la posición, para las dos modalidades, de que por naturaleza no puede ser desarrollada, lo que exactamente significamos no es el vacío de contenido sustancial, sino todo lo contrario, la infinitud de posibilidades en las que se puede resistir; de esta forma, cualquier referencia a delinear este panorama, no tiene como resultado automático la detrimento de esta idea y concepto, sino más bien, el de tratar de establecer límites o umbrales objetivos dentro de los cuales es debida o no la recurrencia a la resistencia. La obligación de este esfuerzo de objetivización, como se comprenderá, tiene antes que fines teóricos, motivos eminentemente prácticos y de defensa de los mismos derechos fundamentales, pues es conocida, por ejemplo, la arbitraria y terrible situación vivida por los grupos humanos regidos por la indeterminación del naturalismo puro en la Edad Media.

En este capítulo no buscaremos agotar sino más bien establecer las condiciones o umbrales en forma de rangos abiertos, con dos límites extremos, que objetivarán y sobre todo mostraran las fronteras donde el uso de la resistencia deja de ser un mecanismo de protección de los derechos fundamentales para convertirse en un medio de su violación. Siendo coherentes con nuestra ya enunciada teoría integracionista del Derecho, en la cual todo elemento que en el momento práctico se encuentre formando parte de las decisiones jurídicas se impregna de la característica de juridicidad, toda condición debería ser englobada bajo el calificativo de jurídica, a pesar de ello y con fines eminentemente didácticos, todavía clasificaremos y estudiaremos algunas de ellas en condiciones políticas e ideológicas como argumentos suficientes para resistir. De esta forma iniciamos con el campo político.

2.1. Condiciones Políticas

Nombraremos como condiciones políticas a aquellas que no se corresponden directamente a las establecidas en las leyes escritas y codificadas, pero que se refiere al escenario de participación y toma de

decisiones en el grupo social, relacionado directa o indirectamente con el poder constituido. Por lo dicho, las acciones de resistencia que aquí se abordarán, serán aquellas que se relacionan con un colectivo de personas en busca de ser parte, controlar o detentar el poder.

Lo que se debe advertir de la precedente definición, es la inevitable referencia al campo jurídico a través del principio de legalidad como el freno de la actuación estatal, de ahí que toda referencia a lo estrictamente político termine con una referencia a lo jurídico, con lo cual probamos una vez más la teoría neoconstitucionalista del continuo jurídico con los aparentemente ajenos elementos no jurídicos.

2.1.1. El abuso del Poder

En la actualidad, la teoría dominante sobre el origen del poder, la soberanía popular y el derecho, como ya se estableció en el primer capítulo, es aquella que podemos denominar contractualista y racional, con lo cual, se relega al olvido teorías extremas e irracionales como la de Robert Filmer, quién en su obra sobre la Monarquía adámica desarrolla el origen divino del poder político y la entrega exclusiva a Adán, y a los primogénitos de su descendencia, de la capacidad de ser los únicos elegidos para ejercer el poder¹²². Actualmente, con el fin de tener una panorámica más completa del poder político, de la mano de la explicación racional del origen del Estado y sus funciones, es necesaria también la mención y el estudio del modelo democrático como el régimen predominante para la organización política y también las otras formas de gobierno, como el presidencialismo, el parlamentarismo y otros.

Con todo este brevísimo antecedente, al referimos al abuso del poder, o a la desviación como llamaba Aristóteles, nos remitimos a aquellos regímenes políticos en los cuales subyace el inicio contractual, se mantiene una forma de gobierno presidencial o parlamentaria democráticamente constituida, pero que por diversas razones políticas, como la coyuntura, los ideales políticos o las mismas ambiciones personales o de grupo, se empiezan a tomar decisiones,

¹²² GODOY ARCAYA, Óscar, *Absolutismo, Tiranía y resistencia Civil en el pensamiento político de John Locke*, Desobediencia Civil Vol. II, http://148.206.53.231/especiales/desobediencia_civil2/pc_content/libros/pdf/04_oscar_godoy.pdf, pp. 260-262, acceso 4 de agosto de 2012, 19h10.

tanto de parte de los gobernantes como de los gobernados, que van en contra de los intereses y fines que dieron origen y vida a la sociedad civil organizada. ¿Qué y cuáles son los intereses y fines que dieron origen a la estructura Estado? La pregunta tiene variadas respuestas, dependiendo de la época y de la ideología con que se la aborde, desde el que aquí nos interesa, es decir el Neoconstitucionalismo, son aquellos entes naturales y prejurídicos que se expresan en las potestades y capacidades que tenía cada individuo aisladamente para poder preservar y desarrollar su existencia, los cuales al ser cedidos con el fin de crear la sociedad políticamente organizada, se constituyen en la base, la forma y el límite de la organización Estado.

Como es obvio, existen infinitas formas de abusar del poder, en los términos que aquí se define tal expresión, por lo que consideramos desarrollarlo un poco más en los términos abstractos y posteriormente citar unos ejemplos concretos en los cuales se ejemplifica en mejor forma las ideas de nuestra definición. Básicamente creemos que los que pueden abusar del poder son dos sujetos: los gobernantes y los gobernados. Los primeros, por su posición, lo hacen al faltar a los intereses y fines sociales y políticos (aunque suene redundante) del grupo social al que dirigen, o en su defecto, al intentar por todos los medios disponibles y accesibles, perennizarse en el gobierno; la mejor forma de resumir lo anterior sería cuando el gobierno actúa anteponiendo los intereses del caudillo o jefe y el de su círculo, por encima de los intereses de todo el resto de personas, desde esta perspectiva, cualquier actividad que emprenda el gobernante ya tiene esa falla de origen que lo transforma automáticamente en abuso de poder. Por su parte, los gobernados o parte de ellos, también pueden abusar del poder, debido a que a estos les basta llegar a organizarse y actuar en conjunto para hacer frente al poder constituido, de esta forma, el mismo criterio diferenciador aplicado a los gobernantes no podría ser aplicado a los gobernados en forma directa, pues los gobernados organizados se constituirían en el soberano originario del poder y por tanto en los únicos y legítimos detentadores del mismo; más bien el problema que aquí se vislumbra es el encausamiento que dicha organización popular vaya tomando y vaya consiguiendo, de ahí que es totalmente aceptado que el soberano se organice para expulsar a un mandatario corrupto o déspota, pero tiene sus reparos, y de hecho el Neoconstitucionalismo también plantea los Derechos Fundamentales como un núcleo duro e indisponible, el pueblo, o parte de él, organizado para violentar los derechos de una minoría étnica, por ejemplo. Los medios por los

que se logra el abuso del poder por parte de los sujetos identificados también son indefinidos, pero dada la muy profunda correspondencia entre lo político y jurídico, el no sometimiento al ordenamiento jurídico¹²³, en su parte dogmática y orgánica, es una excelente primera pista que podemos encontrar como antesala del abuso del poder.

Ejemplos de abuso del poder en general, en el cual se gobierna contra los fines sociales propuestos o en el que se desconoce y aparta del poder a un gobierno legítimo, constituirían respectivamente la desaparición de los hermanos Restrepo – Arismendi en la década de los años ochenta del siglo pasado y lo sucedido en Chile en el año de 1973, con la muerte de Allende y la asunción de Pinochet.

Ya en concreto, un caso de abuso del poder que fue objeto de resistencia, constituyó la situación en la cual un Estado poderoso, como Estados Unidos de América se vio involucrado en el conflicto armado en el país asiático de Vietnam, en la década principalmente de 1960, decisión con la cual resultaron contrariados los intereses de sus nacionales, que presenciaron la ingente utilización de recursos económicos de su erario nacional para bombardear y arrasar villas enteras de personas desconocidas, en nombre realmente de la dominación geopolítica, y no para construir o mejorar carreteras o cualquier servicio social; de igual manera se vio vulnerado el Derecho de la comunidad internacional, específicamente el constante en Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945, al ser los nacionales vietnamitas privados del derecho básico de autodeterminación y al recurrir el país del norte directamente al recurso de la guerra para erigirse arbitrariamente como el Juez de la organización política internacional¹²⁴, que justamente es lo que trataba de prevenir y abolir el documento geopolítico y jurídico en mención, una vez que se soportaron los flagelos inhumanos de la Segunda Guerra Mundial. El registro histórico nos muestra que se ejerció la resistencia por parte de los jóvenes norteamericanos que se negaban a realizar el servicio militar obligatorio y por los miles de personas que realizaron marchas y discursos en

¹²³ Para cumplir estos desviados fines, entre otras cosas, se recurre a la arbitraria interpretación del vigente ordenamiento jurídico con una perspectiva utilitarista acorde al momento político, o en último caso, se derogan ciertas normas, como la Constitución, mediante la aprobación de otras a la medida y voluntad del detentador, con lo cual aparentemente se ha cambiado de ordenamiento, pero lo que en realidad se ha conseguido es darle una falsa legitimidad política para gobernar.

¹²⁴ Cfr. CHOMSKY, Noam, *Sobre la resistencia*, Desobediencia Civil Vol. II, http://148.206.53.231/especiales/desobediencia_civil2/pc_content/libros/pdf/12_chomsky.pdf, p. 8, acceso el 17 de octubre de 2012, a las 23h59.

varios lugares del país, especialmente en Washington y en Virginia frente al Pentágono¹²⁵. De estas manifestaciones es muy importante señalar y hacer notar las convicciones políticas de los disidentes, contrarias a las órdenes y directivas oficiales belicistas y direccionadas a obtener hegemonía mundial, los cuales llegaron a un grado máximo de exponerse y soportar la violencia de los soldados y agentes apostados para contener estas acciones de hecho¹²⁶.

Otro ejemplo particular de abuso del poder, que no proviene del Estado, y que curiosamente su centro está en el mismo Estados Unidos, es el poder económico concentrado en los bancos internacionales y en las multinacionales, todas ellas localizadas en Wall Street. Como vemos, estamos ante un ejemplo de poder político de un poderoso cartel privado, el cual maneja la economía mundial con muy mal criterio, pues los últimos años principalmente los Estados Unidos y Europa han sufrido constantes crisis económicas, como consecuencia de sus políticas implantadas. Como una respuesta indignada y hasta desesperada, aparece el conocido movimiento *Ocupa Wall Street*, el cual justamente tiene como objetivo, a través de los movimientos de resistencia y el principio de solidaridad, devolver el poder a cada una de las personas, para que actúen contra el ya mencionado poder económico mundial, el cual, según este movimiento, se encuentra concentrado en el 1% de la población más rica del mundo¹²⁷.

De esta forma, el momento en que cualquier ciudadano o colectivo observe o es afectado directamente por la acción del Estado en detrimento de sus derechos y principios, que para ser exactos se traducirán en el desconocimiento del ordenamiento jurídico, sin hacer ninguna escala valorativa de calidad o cantidad de los motivos o fines desconocidos y violentados, entonces los mencionados al inicio del párrafo pueden, en potencial, hacer uso de la capacidad de resistir esta arbitrariedad. Como nos podemos dar cuenta, no se busca ni es posible lograrlo, enumerar taxativamente las condiciones donde se puede resistir, sino tan solo avisar o informar que dentro del rango de la situación descrita, el titular de la capacidad puede resistir.

Es probable que nuestra concepción jurídica, todavía marcadamente positivista, se sienta muy inquieta ante esta aparente falta de definición, y con

¹²⁵ Cfr. CHOMSKY, Noam, *Ibid.*, p. 4.

¹²⁶ Cfr. CHOMSKY, Noam, *Ibid.*, pp. 5 y 6.

¹²⁷ Cfr. OCCUPY WALL STREET, *About*, <http://occupywallst.org/about/>, acceso el 11 de noviembre de 2012, 21h54.

mucha facilidad lo primero que se imagine en este escenario es el caos, la guerra y la destrucción del sistema jurídico limitado. La verdad es que ni siquiera el positivismo es una doctrina que demuestre la certeza y seguridad en el grado que exige a sus teóricos, y tampoco es que el desorden y el caos han sido detenidos con el positivismo, antes bien, se han presenciado en su vigencia infinidad de casos, huelgas y paros, en los que los elementos metapositivos son visibles y deben ser tomados en cuenta, en aras de una concepción real y no artificial de lo que es el Derecho.

2.1.2. El Estado de Justicia

El estatus político opuesto al anterior, y que constituye el otro extremo de este espectro posible para resistir, lo hemos denominado el Estado de Justicia. Este punto es una situación ideal en el que todos los fines y medios por los que fue creado el Estado son conseguidos y cumplidos, o sea, las instituciones se fortalecen y logran su cometido, razón por la cual, ante esta realidad sería innecesario y contraproducente resistirse al gobierno que finalmente ha conseguido las condiciones que sus creadores buscaron para desarrollarse y existir. Cabe recalcar que como un ideal, o como un punto referencial al que tratamos de emular, el acercarnos al mismo no desaparece nuestra capacidad y posibilidad de resistir, sino que más bien postulamos la presencia de la tendencia a su no uso.

En busca de ejemplos de países que hayan alcanzado o se aproximen al aquí denominado Estado de Justicia en la realidad política mundial, podemos recurrir a los informes del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, en cuyo contenido sobre el Desarrollo Humano del año 2011¹²⁸, nos propone un listado de naciones que aparentemente habrían alcanzado una situación tal, que sus ciudadanos en general perciben que sus mandatarios han sido capaces de obtener una especie de paz ciudadana, confianza y tranquilidad en el sistema toda vez que se ha cumplido los fines. En realidad, lo que el antedicho informe de las Naciones Unidas ofrece como medida de un Estado justo es un indicador denominado Índice de Desarrollo Humano, el cual, tratando de ser más amplio y menos convencional, tomaría como parámetros los niveles de salud de la población, el tipo de educación que reciben y finalmente la cantidad de ingresos que disponen, con lo cual, a mayor cantidad

¹²⁸ Cfr. PROGRAMA DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS, *Indicadores Internacionales sobre Desarrollo Humano*, <http://hdrstats.undp.org/es/indicadores/103106.html>, acceso 2 de agosto de 2012, 23h20.

de los mismos, más justo y más justificada la existencia de un Estado se presenta; de todos modos, la mayor satisfacción posible de cada uno de los indicadores mencionados, con el concurso de algunos otros, es lo que hace que el individuo se someta a vivir en sociedad. Más bien, la pregunta clave en este aparente escenario de bienestar y plenitud sería: ¿los ciudadanos de los estados más desarrollados tienen siempre la capacidad de resistir en los sentidos que hemos venido conociendo? La respuesta inmediata y definitiva es afirmativa, ya que una vez que hemos señalado los estragos que causa el culto a cualquier sistema como infalible, y sobre todo, al tratar de blindarlo como la máxima expresión de su clase, no pocas veces se termina desconociendo y devolviendo resultados contrarios a las expectativas que le dieron origen. De esta forma, a pesar de que los indicadores económicos, sociales y políticos sean los más altos en el mundo, por ejemplo en Noruega¹²⁹, esto no obsta para que las instituciones puedan tomar un rumbo equivocado y que por tanto sus ciudadanos puedan y deban tomar cartas en el asunto para buscar el restablecimiento del camino perdido, más aún, es probable que el horizonte político, económico y social que las Ciencias Sociales tienen como un país desarrollado sea cuestionado y luego superado, y entonces, se necesite el respectivo reajuste en este aspecto. En estas circunstancias, la institucionalidad como una maquinaria pesada y reticente al cambio, muy posiblemente sabotee la aceptación e implementación de una nueva perspectiva, entonces la posibilidad de resistir ocupa muy bien el puesto de mecanismo idóneo para lograr estas transformaciones. Debemos hacer notar la circunstancia afortunada de que varios parámetros han sido tomados por las Naciones Unidas para considerar un país desarrollado, a saber, salud, educación e ingresos, siendo este un caso de un intento por obtener un índice de desarrollo integral más humano y real, con lo cual, se estaría dibujando la situación con un mejor contexto para decir con mejores elementos que un Estado está o no cumpliendo con su papel; lo cual a su vez, nos serviría como un indicador para predecir la mayor probabilidad de que los países con estos niveles de funcionamiento sean más estables y por tanto sus poblaciones recurran mucho menos a ejercer su acción de resistirlo. Pero como volvemos a repetir, incluso en el mejor Estado del mundo, el resistir siempre es una prerrogativa inherente y latente al accionar del mandante.

¹²⁹ Cfr. *Id.*

Concluimos este apartado proponiendo que dada la continúa posibilidad y tendencia de violación de los derechos fundamentales por parte de particulares y el estado, sin importar el régimen y la forma de gobierno que se encuentren rigiendo, la capacidad de resistir, en cualquiera de sus formas de ejercicio, se encuentra siempre latente para ser utilizada, debido a un punto de vista pesimista sobre la naturaleza del accionar humano y de las instituciones, como también, debido a la superioridad teleológica de los derechos fundamentales del ser humano sobre el sistema político y jurídico; este último en circunstancias muy especiales tiende a sobreponerse a los derechos, pero que gracias a la resistencia se puede volver a situar la adecuada escala de importancia entre los dos entes.

2.2. Condiciones Jurídicas

Volviendo sobre el punto de nuestra teoría integracionista en el neoconstitucionalismo, todas las condiciones que tratamos en este segundo capítulo son condiciones jurídicas, pues tanto lo político como lo ideológico constituyen elementos del sistema jurídico. Lo apenas señalado tiene congruencia con la estructura de nuestra Constitución vigente, ya que la misma alberga todos estos elementos explícitamente reconocidos como partes integrantes de la misma¹³⁰, y por tanto de lo jurídico. Ya que hemos mantenido la separación de lo político e ideológico por razones didácticas, lo seguimos haciendo así, por lo que este apartado, en la medida de lo posible, tratará solo de lo jurídico en el sentido mencionado.

De la misma manera que puntualizamos en el apartado de las condiciones políticas, es menester manifestar que estas condiciones guardan una estrecha relación con la modalidad de resistencia que en el primer capítulo catalogamos como actual o jurídica, lo dicho, por que el referido artículo 98 de la Constitución no excluye que la resistencia pueda ser ejercida dentro del sistema del funcionamiento del ordenamiento jurídico. Por esta razón, a continuación enfrentaremos la posibilidad de que la resistencia sea utilizada contra decisiones jurisdiccionales o administrativas que no gustan a alguna de las partes de dichos procesos, por lo que es nuestra aspiración al final, proponer una solución que por lo menos ayude a conciliar las partes

¹³⁰ Desde el artículo 1 en el cual define al Ecuador como un "*Estado constitucional de derechos y justicia...*", se puede apreciar la explicitud mencionada, igualmente en el artículo 11.7 se hace referencia directamente a la dignidad humana como la fuente supletoria de todos los derechos constitucionales necesarios para el desarrollo de la persona.

enfrentadas, y porqué no, conseguir hacerlas compatibles, con el fin siempre de defender los derechos humanos.

2.2.1. La vulneración de derechos

Hemos establecido que el fin de la sociedad políticamente organizada es la consecución de los fines e intereses que la generaron. Estos fines o motivos, a través del ordenamiento jurídico y la estructura Estado, toman naturaleza jurídica en los conocidos principios y derechos fundamentales, una vez que se efectiviza el pacto social en toda su extensión. De esta forma, las condiciones jurídicas que generan la posibilidad de ejercer la resistencia se concretan en la violación de la Constitución vigente, especialmente en la parte que denominamos dogmática, y necesariamente en la parte orgánica que constituye la estructura del sistema y su funcionamiento, es decir, constituye el medio para que se realicen los derechos y principios. ¿Cuáles son los derechos fundamentales y principios? La Constitución del 2008 enumera algunos como el derecho al agua, a la alimentación, a la información, a la educación, al trabajo, o la libertad, pero también, con la cláusula abierta del artículo 11.7 se establece que son derechos fundamentales todos los demás que sean necesarios para el pleno desenvolvimiento de las personas, con lo cual se logra incluir como derecho toda prerrogativa o facultad que ayude a la persona a ser, logrando así despejar cualquier resquicio para su vulneración. En referencia a los principios, la Constitución vigente contiene también un conjunto de ellos, entre los que podemos enumeramos el de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías constitucionales o el de dignidad humana, los cuales por su parte tienen el fin de maximizar la vigencia de los derechos en la cotidianidad social.

Por lo antes dicho, el momento que la creación humana Estado no persigue o transgrede los derechos como su fin último, principalmente al no obedecer ni cumplir con los medios, el sistema jurídico en general, entonces nos encontramos ante la vulneración de los derechos directamente e indirectamente respectivamente. En este apartado nos centraremos y trataremos de ampliar los dos tipos de quebrantamientos: directo e indirecto, como la condición para apelar a la capacidad de resistir.

La vulneración de la Constitución, para su mejor comprensión debe estar con la siguiente aclaración necesaria: la Constitución contiene la totalidad

de los aspectos que se pueden imaginar dentro del mundo jurídico; dentro de este continente se incluye los derechos como elementos naturales principales y por tanto abiertos, capaces de remontar, de ser necesario, los límites del sistema; y también tenemos como otro elemento al ordenamiento jurídico, el cual se pueden objetivar como ente positivo sintéticos y subordinado a los derechos. Hay que tomar en cuenta y diferenciar la vulneración de los derechos, de la que se dijo hay dos clases: la directa a ellos mismos y la indirecta, a través del ordenamiento jurídico. La proposición es que los Derechos no se corresponden fielmente con el ordenamiento jurídico que los objetiviza, de lo cual se puede desprender por ejemplo, que la violación del ordenamiento jurídico no necesariamente trae consigo la violación de un derecho básico, tal es el caso de una ley ilegítima¹³¹, a la cual hay que no respetar para no atacar al derecho fundamental; o también se puede inferir que la violación de un derecho fundamental necesariamente debe conllevar la vulneración del ordenamiento jurídico. En el caso de la resistencia, lo que nos interesa es la violación de los derechos, con sus adjetivos de directa e indirecta, para tener presente la superioridad de los mismos sobre las normas sistematizadas del ordenamiento. Retomando la proposición de la correspondencia entre derechos y ordenamiento jurídico, diremos que ésta es plausible en un escenario ideal y estático, pero al ingresar en el escenario dinámico o práctico, se presentan las derivaciones anotadas, pues dependiendo de factores como el contexto o el método para aprehender la realidad jurídica¹³², no siempre se da la mencionada correspondencia, sino el cuidado de un derecho que significa la contradicción del ordenamiento o el cuidado del ordenamiento que puede ser la vulneración de los derechos. Para concluir, planteamos que la forma de solucionar la disociación referida, se resume en el cumplimiento y protección de los derechos a toda costa, incluso por encima de la herramienta ordenamiento jurídico; entonces, este extremo de la vulneración de los derechos contemplaría la situación en la cual existe la vulneración a los mismos debido a la vulneración del ordenamiento jurídico que los objetiviza, el cual es el escenario ideal de total correspondencia, o también debido a la obediencia del ordenamiento jurídico vigente, en cuyo caso estamos ante la normativa ilegítima; para el primer caso siempre ha existido las vías ordinarias correspondientes en los campos jurisdiccionales,

¹³¹ Es contraria a los Derechos Constitucionales.

¹³² Una excelente descripción sucinta de estas perspectivas relativistas y actuales de conocer el Derecho, nos las traen los paradigmas como el de la argumentación o el de la hermenéutica, para este fin ver: SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Editorial Porrúa, México, Primera edición, 2006.

administrativos, etc., en cambio para el segundo escenario, por excelencia ha existido y esta vigente la acción de resistencia.

Desde un punto de vista “lockeano”, esta situación de vulneración es mucho peor que el estado de naturaleza, pues según su entender en este escenario pre Estatal, los individuos tienen intacto todo su poder para existir y desarrollarse, en cambio bajo el régimen de un Estado que no cumple su fin, no se les está dando las condiciones de certeza y seguridad que se le prometió y más bien se le cercenó su poder absoluto de autodefensa, por lo que tienen que defenderse doblemente: frente al Estado que no cumple y frente a sus iguales para poder sobrevivir¹³³. En cuanto al Estado, existen tantos escenarios adversos que se producen al no cumplir con las normas, como derechos constitucionalizados en el ordenamiento jurídico, como cuando no tienen los ciudadanos trabajo digno, ambiente saludable, información, acceso a la propiedad, etc.; o en su defecto, en cuanto a o los entes privados, con determinado poder suficiente, igualmente existen infinidad de escenarios en los que se encuentren obstaculizando y vulnerando los derechos legítimos que los ciudadanos comunes tienen, por lo que entonces también nos encontramos ante las condiciones para empezar a pensar en resistir. Sin embargo el meollo del asunto es exactamente proponer en qué medida de vulneración, o amenaza de vulneración, se puede recurrir a la resistencia, pues, es fácilmente comprensible lo inconveniente, ilógico y antijurídico que es la situación donde al mínimo resquicio de vulneración de derechos, no se acuda a la competencia ordinaria, sino que directamente se plantee la resistencia, o peor, que ante una decisión de Juez competente que no es favorable para una parte procesal, la misma interponga la resistencia como mecanismo para no acatar la resolución y por tanto no someterse a la Jurisdicción; estamos conscientes de la inestabilidad e inseguridad jurídica que esto generaría, por lo que necesariamente debemos sugerir límites a esta prerrogativa.

Autores como Roberto Gargarella, han propuesto límites a esta desbandada posibilidad, en su criterio, únicamente la pobreza extrema constituye un tipo de violación de los derechos fundamentales que justifica el supremo ejercicio del derecho a la resistencia¹³⁴. Debemos acotar que es muy acertada su propuesta, en tanto y en cuanto atiende únicamente a la

¹³³ GODOY ARCAÑA, Óscar, *Art. Cít.*, p. 273.

¹³⁴ Cfr. GARGARELLA, Roberto, *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema en*. GARGARELLA, Roberto comp., *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, Primera edición, 2005, p. 14.

característica de ser *última ratio* o aplicable en una situación extrema. Desafortunadamente hay un doble inconveniente para esta propuesta en nuestra realidad jurídica, primero, que dicha propuesta, desde un punto de vista muy constitucionalista, no está integrada a la norma del artículo 98 de la Constitución, por lo que dicha incorporación estaría limitando el ejercicio de la resistencia y por tanto sería inconstitucional, y segundo, desde un punto de vista más moderado, como hemos enumerado, existen otros criterios adicionales para hacer una completa delimitación de la resistencia, a los cuales no deberíamos desatender una vez que nos proponemos dar cierta limitación a esta institución; de esta forma, la propuesta planteada por Gargarella no es contradictoria, pero deviene en insuficiente en el contexto que hemos mencionado. Por lo dicho, tomando en cuenta nuevamente lo que propusimos en el Capítulo I, una posibilidad para limitar el ejercicio de la resistencia en los casos que se vulneren los derechos constitucionales, tendría que tomar en cuenta que la misma se desarrolle dentro de la competencia constitucional, que sea ejercida como una medida cautelar, que sea exclusiva y excluyente de otras vías jurisdiccionales y administrativas y además que sea subsidiaria y como *última ratio* también.

En el ejercicio de la resistencia, todas las características apenas señaladas redundarían en el mantenimiento de la cualidad de superioridad, emergencia y último recurso que el punto de vista histórico ha dado a resistir, lo cual también no solo redundaría en una mejor institucionalidad de las vías ordinarias, sino también, en la efectividad del mecanismo de desobedecer. Lo contrario, peligroso e inestable es la banalización de resistir, al poder invocarla, por ejemplo, antes o incluso durante un proceso ordinario en curso; esto puede tener además como consecuencia el germen para una situación de anarquía. A manera de resumen de lo tratado, podemos proponer que solo debe utilizarse y oponerse la fuerza de la resistencia a la fuerza ejercida ilegítimamente por parte del infractor de los derechos fundamentales y principios, sólo cuando las garantías ordinarias fallen y haya indefensión¹³⁵.

Finalmente, dentro de este mismo esquema jurídico, consideramos necesario hacer constar la explicación de la naturaleza del resistir, como una forma de legítima defensa, ante la extrema indefensión que significa la vulneración de derechos y del ordenamiento en el escenario que proponemos,

¹³⁵ GODOY ARCAÑA, Óscar, *Art. Cit.*, pp. 275, 276.

de esta forma, la legítima defensa se constituye como una capacidad inalienable y fundamental de proteger la vida y más derechos como bienes esenciales de ser humano¹³⁶.

2.2.2. El desacato

Una vez que hemos delimitado el ejercicio de la resistencia cuando existe vulneración de los derechos, es menester describir y definir aún más este otro extremo, con el fin de completar el rango jurídico en el cual se puede ejercer la resistencia. El desacato, en el sentido que aquí vamos a desarrollar y que es más amplio que el tipo penal, entraña la situación de violación del ordenamiento jurídico cuando el mismo está en total correspondencia con los derechos a los que se supone protege, de ahí que la violación de cualquier ley o norma del ordenamiento es de capital importancia.

Con el propósito de ser lo más precisos posible, es menester que nos refiramos a la zona no muy clara que se forma en la intersección entre la desobediencia a la ley y una posible o ficticia vulneración de los derechos de los disidentes. Lejos de ser puramente utilitaristas, como también muy conscientes de la complejidad de este tema, al menos propondremos algunas variables que deberán ser tomadas en cuenta durante el desarrollo de esta situación. Primero hay que tener presente que esta es una situación ubicada en la línea divisoria entre la institucionalidad de las vías ordinarias y la situación de hecho de una forma de la resistencia, pues basta que una de ellas posea suficiente fuerza para arrastrar a sus dominios la decisión, es decir, tendremos la decisión del juzgador correspondiente catalogando y condenando a los actores por desacato, infracciones contra el Estado, sublevación; o, una situación de facto en la cual la fuerza pura tome el mando y establezca ad hoc quién juzga, a quiénes y por qué. Debemos también tener presente los derecho en conflicto, pues por un lado está el o los que resisten con el planteamiento de su o sus derechos vulnerados, pero también tenemos al resto de la comunidad y a los sujetos transgresores de los derechos como receptores de las consecuencias del predominio del ordenamiento o de la resistencia en su forma política. Volviendo sobre la planteada definición del desacato, usando otras palabras, la misma significaría que en determinados casos es preferible sancionar la violación del ordenamiento jurídico como mejor opción para proteger la vigencia de los Derechos Fundamentales. Finalmente, creemos

¹³⁶ GODOY ARCAÑA, Óscar, *Art. Cit.*, p. 274.

también conveniente subrayar que una posible predominancia del ordenamiento jurídico debe también tomar en cuenta la circunstancia de la inferior posición que tiene el resistente común y el infractor estatal o privado, lo cual se traduce en la desigual posesión de medios y recursos de fuerza, información y hasta propaganda. Quizá en cambio, éste sea un argumento a favor de estatuir la resistencia en forma tan abierta que permita tratar de equilibrar el desigual enfrentamiento descrito, con el fin de hacer respetar los derechos.

Siendo ya más específicos, el desacato o rebelión, como denomina nuestro Código Penal vigente, es un tipo penal, que contiene varios subtipos, que sancionan el acto y la omisión de todo ente no estatal, persona natural, persona jurídica y colectivo, con respecto a la ejecución de lo ordenado por las leyes vigentes y los entes estatales¹³⁷, que se suponen respecto y acorde a esas leyes. De esta generalización es necesario puntualizar el empleo de la violencia que tienen los artículos 218, 220, 221 y la idea de causa legítima del artículo 235, los cuales, como hemos desarrollado en este trabajo, son elementos que están incluidos en el abierto artículo 98 de la Constitución y que paradójicamente nos servirán para tratar de dar forma y limitar la resistencia en este aspecto jurídico.

Tal como está redactado el artículo constitucional a la resistencia y los tipos penales señalados, deberíamos establecer la contradicción de los mismos, señalando la inconstitucionalidad de los segundos debido a la jerarquía constitucional. Este mismo problema, pero abordado con una visión más optimista, busca plantear la constitucionalidad de los tipos, para lo cual se deberá encontrar el límite que mostrará que de la resistencia se pasó a la rebelión; proponemos una posible respuesta basada en las dos puntualizaciones hechas arriba: la causa legítima y la fuerza. La causa legítima hace referencia única y exclusivamente a el o los derechos que pueden ser violentados con la existencia de una Ley o con las actuaciones del Estado, ninguna otra causa justificaría la resistencia, ya que de haberla, se debería calificar a esto como rebelión; pero tampoco esta puntualización nos aclara el panorama como desearíamos, pues toda acción está compuesta a su vez de un escenario que favorece unos derechos y del escenario que los perjudica,

¹³⁷ Ver Título III de los delitos contra la administración pública, capítulo I de la rebelión y atentados contra los funcionarios, especialmente los artículos: 218, 220, 221, 222, 232, 234 y 235.

entonces cómo se decide que bando vence y por tanto logra ser visto como legítimo. Puede que no comulguemos con lo que a continuación se señalará, pero con un punto de vista fuertemente empírico, creemos que en este escenario límite, la fuerza es la que finalmente confirma y señala cuál es la causa que llevará el adjetivo de legítima. Definitivamente nos encontramos ante un escenario donde la resistencia es ejercida en su modalidad política y clásica, de ahí que la modalidad jurídica haya sido relegada y por tanto veamos la ausencia de métodos sistémicos, como la ponderación; como es una situación de facto, entonces totalmente nos encontramos ante un veredicto que dará la fuerza.

Como la segunda parte de nuestra posible respuesta, y una vez que ya la hemos incrustado en nuestro análisis, hablaremos entonces de fuerza y sus posibles sentidos en el contexto que estamos tratando. Una primera vía es la fuerza como acción violenta en sí, la cual aplicada a un conflicto de derechos, simplemente nos lleva a la antítesis de lo que queremos buscar, o sea al estado de arbitrariedad y de dominio cruel y denigrante de mayorías engegucidas o de minorías controladoras y despiadadas, y también a calificar a un hecho de resistencia como rebelión; es muy complejo y delicado este tópico, ya que puede darse el escenario donde la este tipo de fuerza sea la única vía para detener violación de derechos, con lo cual se la estaría justificando, pero una vez más estamos a merced de la perspectiva ganadora del conflicto, la misma que la calificará como heroica defensa de los derechos o simplemente como un golpe de estado, por ejemplo. En cambio, si introducimos la fuerza como forma de razón, creemos que primero, las posibilidades de respeto, pacificación y convivencia civilizada es más cercanas, pero también sería una fuerza que legitimaría una acción de resistencia, con un estatus moral y hasta espiritual, tal como lo hizo teórica y prácticamente el Mahatma Gandhi en su cruzada de no violencia para liberar a su país¹³⁸; de esta forma el uso de la fuerza en este sentido haría que la institucionalidad reconozca el ejercicio de la resistencia y no que se detenga y juzgue a los actores por un posible delito de rebelión. Al hablar de la fuerza de la razón, claramente hemos sobrepasado el estrato objetivo en el que acostumbran moverse los juristas y abogados para el ejercicio de su profesión, pues estamos presuponiendo, entre otras cosas, un estado ideal de seres que no

¹³⁸ Una ponencia bastante clara sobre el Ahisma o no violencia la encontramos en "El ahisma o el camino de la no violencia", dentro del libro: GHANDI, Mahatma, *En lo que yo creo*, Ediciones Dante/Quincenal, México, Primera Edición, 1985.

son egoístas pero si nobles, que no sucumben ante la egolatría, sino que buscan el bien de otro, o en palabras de Leon Tolstoi que cita los Evangelios de la Biblia: tratar al resto como me gustaría que me trataran a mí¹³⁹. Pero como dijimos, acabamos de cruzar una nueva frontera y nos hemos situado en el mundo ideológico, el cual a continuación tratamos.

2.3. Condiciones Ideológicas

Aquí nos referiremos al sustrato que da forma y sostén a toda construcción intelectual humana, ya sea esta política, jurídica, social o cualquier otra que se nos pueda ocurrir. Nos estamos refiriendo a la dimensión de las nociones, percepciones y hasta emociones que, no con un simple proceso de racionalización, erigen un sistema de ideas que lo conocemos como ideología. Debido al esquema integracionista del presente trabajo, las ideas que esbozaremos aparentemente como únicas de este apartado, se referirán siempre a los desarrollados campos político y jurídico, lo cual nos permitirá tener mejor sustento para entender los límites propuestos al resistir.

Creemos necesario empezar estableciendo la ideología que subyace debajo de la creación del Estado, específicamente lo que se refiere a su existencia y poder, es decir, a tratar de entender el porqué de la reunión e interacción de las voluntades de los individuos con el fin y sentido de alcanzar el bienestar de si mismos. En este mismo nivel, también trataremos de entender el encargo a ciertos individuos, representantes o mandatarios elegidos, del manejo del Estado hacia el cumplimiento de sus fines, para lo cual, incluso reciben la curiosa capacidad de forzar a los otros individuos, electores o mandantes, a acatar el sistema social, que permita alcanzar el ya mencionado bienestar a través de una sociedad organizada¹⁴⁰.

El sistema social, que en este contexto está conformado por ideología, instituciones y derecho, se supone creado por los mismos mandantes a través de sus interacciones cotidianas y a través de sus mandatarios estatales, por lo que este último se constituye en el punto de vista hegemónico y hasta obligatorio para todos dentro de la sociedad organizada, si es que se quiere alcanzar su fin establecido. Sin embargo, debemos remarcar la idea de que los individuos creadores del Estado como tales, tienen ciertas prerrogativas o

¹³⁹ Cfr. TOLSTOY, León, *Cristianismo y Anarquismo*, Ediciones Antorcha, México, Primera Edición, 1982, p. 84.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibid.* p. 67.

facultades intrínsecas que son anteriores e inmunes al sistema social, y que siempre son recurribles y también forman parte del objetivo social. Algunas de estas prerrogativas se denominan derechos, entre ellos a la libertad de pensamiento, expresión, reunión, etc., con lo cual, la actividad en torno a su existencia, aplicación y desconocimiento siempre es muy elevado, como cuando aparecen individuos con ideas y convicciones diferentes al estatus regular de los mismo, que buscan y logran su cambio o sustitución por otros, de mejores o peores características que aseguren el logro del objetivo social; la Historia nos muestra muchos casos de este esfuerzo reformativo, desde pacíficos y honorables hasta violentos e inhumanos.

Actualmente se habla de que el sistema y su dominio tienen una particularidad definitiva frente a los de los años y siglos anteriores: su invulnerabilidad y firmeza para repeler los cambios, gracias al desarrollo y monopolio de la ciencia, medios de información, religión, etc. El resultado de este escenario, en el tema que nos refiere en este trabajo, nos muestra que la resistencia, en la modalidad política especialmente, se ha vuelto casi imposible, a no ser que se acceda a los elementos estratégicos monopolizados apenas mencionados¹⁴¹. Debemos puntualizar que al hablar de sistema no necesariamente hablamos de gobierno, sino de los verdaderos grupos de presión y decisión, como los propietarios de los estratégicos centros de ciencia, información, religión y otros, ya que es muy común actualmente, que los mandatarios elegidos por el pueblo no cumplan más que con un rito formal y tradicional de mantener la fachada de una aparente democracia, mientras que las verdaderas decisiones las toman los grupos referidos, casi siempre ocultos, pero cuyas acciones rigen efectivamente la vida de todos los individuos¹⁴².

Revisaremos entonces las ideas que por un lado sostienen con amplia razón y moral la posibilidad de resistir al statu quo social, con el uso de cualquier medio; pero también nos referiremos al otro extremo, el cual no encaja en nuestras perspectivas de cómo se debe concebir y expresar la existencia y fines del hombre y el Estado en esta realidad, por lo que no justificaría la resistencia. Recurriremos al planteamiento de la existencia de una autoridad racional y otra irracional; en la primera, los intereses del magistrado y

¹⁴¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 68 y 69.

¹⁴² No puede ser más evidente el caso del actual presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Barak Obama, el cual en su posición de candidato prometió con toda vehemencia el cierre de la vergonzosa e infame prisión de Guantánamo, ofrecimiento que hasta la actual campaña de reelección no cumple.

del subordinado son similares, por lo que hay acuerdo y entonces se tiende al progreso, a través de la razón y la aceptación; en cambio en la segunda, los intereses de los dos actores son contrapuestos, por lo que existe conflicto y explotación de uno, a través de la fuerza o la sugestión del otro¹⁴³. Entonces, para esta dualidad existen las posibilidades de obedecer o desobedecerlas, desde su fundamento moral, y si se quiere psicológico, y es justamente lo que desarrollaremos respectivamente a continuación en cada apartado.

2.3.1. Los valores morales

Las ideas que vamos a proponer aquí, por su naturaleza básica, pueden también englobarse en otras áreas de igual profundidad y sencillez, como lo psicológico, lo religioso y hasta lo místico. Lo que trataremos es buscar definir a que nos referimos cuando hablamos de valores morales y cuál sería el sustrato mental que los genera, para posteriormente analizar si estos influyen y en qué forma lo hacen en el proceso de resistir. Continuando el argumento último del apartado anterior, los valores morales serían estándares o patrones de acción o comportamiento, resultado de un estado mental generado dentro del contexto de la autoridad racional, lo cual es posible, pues el individuo tiene la posibilidad de un autoconocimiento y manifestación suficiente, denotando lo que es y lo necesario que busca para ser¹⁴⁴, nada más ni nada menos; estos estándares entonces son traducidos como lo justo. Ante esta situación, la desobediencia por defender y potenciar estos patrones es totalmente legítima y bien intencionada, pues de la definición apenas propuesta, tenemos que simplemente esta defendiéndose así mismo y lo que quiere lograr, siendo más bien el problema, la verificación objetiva de que esta intención de ser y llegar a ser, lo complicado en un acto de resistencia. Trataremos de mejorar el panorama de esta última limitación, con la ayuda del pensamiento de los actores de algunos de los más renombrados actos de resistencia en la historia, los cuales son aceptados mayoritariamente como actos basados en valores morales.

Para iniciar nuestra labor, hay que hacer notar primero el hecho de que los prenombrados actores han sobresalido por una situación profunda, pero a veces mal entendida como fanatismo: abrazar, vivir y hasta morir, por su

¹⁴³ Cfr. FROMM, Erich, *Sobre la desobediencia y otros ensayos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1984, pp. 14, 15.

¹⁴⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 12, 13, 14.

concepción de resistencia, justamente en contextos históricos vergonzosos de opresión, violencia o discriminación. De esta forma, lo que debemos es tratar de comprender la naturaleza de dicha concepción, de dónde proviene, cuáles son sus características y también cuáles son sus exigencias y consecuencias, todo esto claro está, a través de conceptos trascendentales como la dignidad humana, la moral y otros.

Para continuar, es necesario aceptar la noción de que el Estado puede crear dos tipos de leyes y consiguientemente dos situaciones: las justas y las injustas. Martin Luther King les da tal naturaleza debido a su correspondencia o no, con la ley moral o la ley de Dios, así, la ley justa esta de acuerdo a la ley señalada, por lo que su resultado es el enaltecimiento de la personalidad humana¹⁴⁵, la ley injusta es todo lo contrario, o sea, riñe con la ley de Dios y degrada la personalidad del hombre; León Tolstoy, por su parte, también evoca esta dicotomía y señala que la situación injusta es aquella carente de principios humanos, igualitarios y sobre todo espirituales, por lo que la única forma de mantenerse vigente es la violencia, de esta forma, el poder se ha constituido en una consecuencia grosera de la dominación de unos sobre otros, por lo que aconseja abandonarlo¹⁴⁶.

Definido el escenario dual precedente y sus implicaciones, analizamos cada uno por separado para una mejor comprensión. Se pregona la obediencia firme e indiscutible a la ley y situación justa. León Tolstoi explica esta obligación moral con lo que él llama una “concepción religiosa” de la realidad, la cual la resume en que la vida actual está atada y es subsidiaria de otra infinita, justa y de total valor, por lo que, todo en nuestra realidad que este conforme a esta última debe ser obedecida¹⁴⁷, y concomitantemente, lo que se le opone debe ser resistido; también este autor propone la forma de vencer la situación injusta, y a su entender se lo logra mediante el arma espiritual, la cual evoca un estado de convicción interna, y no fuerza externa, mediante el cual se trata a los demás como uno quiere que lo traten¹⁴⁸.

En el otro extremo de la dualidad, y con la proposición de la concepción religiosa de Tolstoi, en cambio se estatuye la obligación a resistir las leyes y

¹⁴⁵ Cfr. LUTHER KING, Martin, *Art. Cit.*, p. 12.

¹⁴⁶ Cfr. TOLSTOY, León, *Op. Cit.*, p. 74, 75.

¹⁴⁷ Cfr. TOLSTOY, León, *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁴⁸ Cfr. TOLSTOY, León, *Op. Cit.*, p. 84.

situaciones injustas que se generan en la vida en sociedad. Luther King señala aquí que este quebrantamiento de la ley injusta se lo debe hacer de forma pública, abierta, con amor y sobre todo con la aceptación de la consiguiente sanción jurídica, ya que esto demuestra conciencia de lo que se está haciendo y proponiendo, pero sobre todo demuestra un profundo respeto por el Derecho vigente¹⁴⁹. También señala, en esta misma línea, que esta resistencia crea una clase de tensión no-violenta, necesaria para el crecimiento, pues sitúa a los transgresores de los derechos en una condición que le obliga a ponerle atención y a resolverle el conflicto, ya que nunca el opresor da la libertad voluntariamente, sino que el oprimido debe exigirla¹⁵⁰.

Concluyendo, diremos entonces que la acción de resistencia única y exclusivamente se debería iniciar cuando se tiene una base moral e ideológica ampliamente entendida y más que todo internalizada, o como mejor lo expresa Martin Luther King Jr., la acción directa de resistir no violentamente, es la última opción, luego de estar seguros de las injusticias cometidas, luego de agotar la negociación y luego de que los que van a resistir tengan pleno conocimiento y conciencia del acto a ejecutar¹⁵¹. La resistencia entonces se debe dar con libertad y sin inducciones¹⁵².

Finalmente, es inevitable la idea en autores como Tolstoi y Thoreau sobre la posibilidad y conveniencia de la disolución y fin del Estado. La idea de la anarquía no como una cura para los males e injusticias generados, sino como una meta o fin último al que se debe llegar, luego de superar las circunstancias y la psicología limitante de los individuos, que necesitan vivir bajo la tutela del Estado. Henry David Thoreau plantea la cuestión de superar el Gobierno, ya que desde una perspectiva optimista, este sería “un mal recurso que generalmente se convierten en un inconveniente”¹⁵³. En cambio Tolstoi es mucho más concreto y radical, pues al describir al Gobierno como totalitario y casi invencible, propone que dicha situación hace que los derechos y la libertad del pueblo están en proporción inversa al poder del Estado y de las clases dominantes¹⁵⁴, por lo que una forma de mejorar esta injusta situación sería

¹⁴⁹ Cfr. LUTHER KING, Martin, *Art. Cit.*, pp. 13, 14.

¹⁵⁰ Cfr. LUTHER KING, Martin, *Art. Cit.*, p. 9.

¹⁵¹ Cfr. LUTHER KING, Martin, *Art. Cit.*, p.p. 7-9.

¹⁵² Cfr. CHOMSKY, Noam, *Art. Cit.*, p. 12.

¹⁵³ THOREAU, David Henry, *Del deber de la desobediencia civil*, Desobediencia Civil Vol. II, http://148.206.53.231/especiales/desobediencia_civil2/pc_content/libros/pdf/05_thoreau.pdf, p. 1, acceso 7 de octubre de 2012, 20h35.

¹⁵⁴ Cfr. TOLSTOY, León, *Op. Cit.*, p. 82.

quitándole el apoyo que lo sostiene¹⁵⁵. Por esta razón, la única vía que les queda a los individuos sería el anarquismo individual, ya que él cree que el esfuerzo personal no debe ser invertido en mejorar las instituciones, sino que debe ser utilizado para el perfeccionamiento de uno mismo y de demás hombres¹⁵⁶. Advierte eso sí, que el perfeccionamiento de uno mismo y el camino espiritual y religioso cristiano del que se habló, es difícil, lento, tortuoso, sin gloria ni reconocimiento, y en el cual hay que dejar hasta la vida; pero de igual forma pregonaba que este sendero es el que da verdadera paz y libertad, por lo que infiriendo lógicamente el resto, el camino del Estado protector y paternalista, es el que busca todo lo contrario y en el que no hay un verdadero cambio¹⁵⁷.

2.3.2. La subjetividad irracional

Finalmente, para completar este capítulo, desarrollaremos este otro extremo al que lo hemos denominado subjetividad irracional, esperando plantear en forma sencilla y clara porqué no la podemos considerar como una base sólida para el ejercicio de resistir, en el sentido que le hemos dado en el precedente apartado.

Podemos entender por subjetividad irracional, recurriendo al contrapuesto de la definición de los valores morales, al estado de alienación del individuo. Así, igualmente sería los patrones de comportamiento o acción generados por aquel estado mental en el cual sus consecuentes ideas no tienen origen en el sustrato propio del individuo sino en uno ajeno y externo. Desde esta perspectiva se puede observar con un poco más de claridad algunos reparos a las dos definiciones de los dos extremos ideológicos de los que nos ocupamos en este último apartado. El más importante y pertinente por la naturaleza de nuestro trabajo es la dificultad, y por no decir imposibilidad, de que en el campo psicológico e ideológico se pueda hablar de un compartimiento denominado propio del individuo, cuando Sigmund Freud en su teoría sobre la estructura de la personalidad, llegó a la conclusión de que la misma no era más que la combinación irracional de factores, que se manifiestan en el ello¹⁵⁸. En todo caso, volviendo a recalcar que no es este nuestro tema principal a desarrollar, y tal como lo hacen los paradigmas

¹⁵⁵ Cfr. TOLSTOY, León, *Op. Cit.*, p. 70

¹⁵⁶ Cfr. TOLSTOY, León, *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁵⁷ Cfr. TOLSTOY, León, *Op. Cit.*, pp. 88, 89.

¹⁵⁸ Cfr. SEPÚLVEDA TORRES, Enrique, *Teoría Psicoanalítica de la Personalidad*, <http://esepulveda.cl.tripod.com/freud.htm>, acceso 28 de octubre de 2012, 06h54.

naturalistas, entre los que se encuentra el Neoconstitucionalismo, recurrimos a una de las posibilidades del Trilema de Munchhausen para zanjar este problema de justificación de la aserción: el dogmatismo o interrupción arbitraria de la regresión infinita o del círculo lógico¹⁵⁹, el cual en nuestro caso son las mismas fuentes de justificación de los Derechos Fundamentales del hombre: la naturaleza humana y la dignidad de las personas. Completando la idea, entonces existe aquella sustancia mínima que origina e identifica al ser humano, la cual necesariamente tiene características y propiedades para ser y para llegar a ser, entonces es a esta idea a la que nos hemos referido cuando hemos definido los valores morales y la subjetividad irracional.

Creemos que el adjetivo subjetivo, está suficientemente explicado por el campo en el que nos movemos en este apartado, por lo que nos parece una redundancia su ampliación. En cambio, si es pertinente que amplíemos algo más del calificativo irracional, el cual podemos describir como aquella situación en la cual, a pesar de tener la capacidad y potencialidad intrínseca para manifestarse, sin razón plena y suficiente, se acoge y se disfraza de propio algo que no le pertenece, logrando así negar y hasta autodestruir la identidad del individuo. Hay que recalcar que este proceso de alineación es uno nada falto de complejidad y sufrimiento, pues es etiquetado e internalizado como propio, por lo que el momento en que se le solicita manifestarse al individuo, éste ingresa a su fuero interno, encuentra lo ajeno internalizado, y lo muestra y brinda al entorno como suyo propios¹⁶⁰.

Las ideas que surgen de esta negación son nada alentadoras, pues al no provenir del propio individuo, que conoce a ciencia cierta lo que es y lo que necesita para ser, el otro externo que está a cargo empieza a manifestar pedidos contrarios al huésped y desorbitados a lo esencialmente humano, que se supone es lo justo o lo correcto. Por todo lo explicado, el momento en que el ejercicio de la resistencia se ubique en este escenario, no puede ser considerado como tal, sino como una situación arbitraria y extraña que, como ya se dijo, no busca cuidar ni desarrollar al individuo con la defensa de sus derechos, sino continuar con la situación ajena, o por lo menos no permitir que el individuo se reencuentre con su ser. El resultado de lo anterior, es la

¹⁵⁹ Cfr. GUNDELACH, Albrecht, *Una ventana abierta, Página de concepción atea, crítica de las religiones y temas científicos*, <http://pachane.blogspot.com/2010/09/el-trilema-de-munchhausen.html>, acceso 28 de octubre de 2012, 07h52.

¹⁶⁰ Cfr. FROMM, Erich, *Op. Cit.*, pp. 12, 13, 14.

creación de condiciones de inseguridad y temor, el cual los lleva a conseguir objetivos nada loables y mezquinos, como la gratificación psicológica del control hasta réditos políticos como el derrocamiento de un gobierno democrático y la ascensión al poder para beneficiarse.

Es claro que todo lo expuesto es totalmente interno y sujeto a la intención, por lo que su discriminación objetiva es muy complicada, pues solo podemos lograrlo, al poder observar el acto final de resistir; no podemos verificar sus verdaderas intenciones, sino que solo podemos inferir con cierto grado de probabilidad lo bien o mal intencionados que actúan los resistentes. Por ejemplo si en una manifestación vemos personas que buscan el choque violento con las fuerzas policiales, o que proceden a destruir la propiedad ajena y buscan el anonimato para no ser responsables de los desmanes que causaron, entonces con muchas seguridad, estamos ante personas mal intencionadas, que no actúan en función de su ser simple y llano, sino que actúan como instrumento de lo que no es la persona.

CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN LA REALIDAD ECUATORIANA

3.1. Caso “Cervecería Nacional”

Este caso que puede ser catalogado como un ejercicio de la acción de resistencia prácticamente no violento, pero si bastante mediatizado. Tenemos una situación muy compleja, al contraponer los intereses de unos individuos particulares frente a los de otros individuos particulares, situándose el Estado en medio de esta confrontación con decisiones contradictorias y perjudiciales para la vigencia plena de los derechos de las partes. Veremos como estas decisiones, que también rayan en la ineptitud y corrupción de algunos órganos del poder judicial y de la justicia constitucional, forzan a uno de los involucrados a recurrir a la resistencia, llevando el transcurso de este conflicto a un escenario delicado y límite, que puede innecesariamente socavar los cimientos de por si endebles de la institucionalidad estatal ecuatoriana, pero recalcando que no debido a la existencia del artículo 98 de la Constitución, sino justamente al presupuesto de hecho que la resistencia busca corregir: las acciones u omisiones de entes estatales que vulneran o pueden vulnerar derechos constitucionales.

3.1.1. Contextualización

En octubre del año 2008, un grupo de 300 ex empleados tercerizados de la compañía Cervecerías Nacional S. A., actualmente Cervecería Nacional CN S. A., a nombre de 1 000 ex trabajadores y trabajadores de la misma, iniciaron en sede administrativa un procedimiento ante el entonces Ministerio de Trabajo y Empleo, con la pretensión de que les sean canceladas las utilidades correspondientes al período comprendido entre los años 1990 a 2005¹⁶¹, y que según los accionantes estaban impagos.

Hasta antes del Mandato Constituyente 8¹⁶², en nuestro país, las figuras de intermediación y tercerización se encontraban vigentes, cada cual con sus condiciones especiales para su legal y justa aplicación¹⁶³. Sin embargo, como era bien conocido, los sujetos regulados por esta ley, específicamente los

¹⁶¹ Cfr. EL HOY, *Industriales respaldan a CN*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/industriales-respaldan-a-cn-475873.html>, acceso 19 de agosto de 2012, 19h52.

¹⁶² Norma aún vigente, publicada en el Suplemento del R. O. 330 de 6 de mayo de 2008.

¹⁶³ La última reforma que las contenía era la del Suplemento del R. O. 298 del 23 de junio de 2006 y en cuya codificación del Código del Trabajo se encontraba como artículos innumerados a partir del 346.

empleadores, buscaron mecanismos que les permitieran beneficiarse ilegalmente de las figuras mencionadas, lo cual a la postre significó el perjuicio de los trabajadores sujetos a estas modalidades de contratación. En el caso que nos ocupa, los ex trabajadores de Cervecería Nacional S. A. nunca tuvieron contrato laboral directo con ésta, sino que laboran a través de tercerizadoras e intermediadoras relacionadas, que eran manejadas por la misma Cervecería, pues hasta reportaban el mismo domicilio comercial.

La acción administrativa, planteada primero ante el Director Regional del Trabajo de Guayas, y luego, apelada ante el Ministro del nuevo Ministerio de Relaciones Laborales, Ing. Richard Espinoza, en julio de 2010, fue negada en ambas instancias, debido principalmente a que este último se declaró incompetente para conocer de estos reclamos, con el argumento de que los derechos de los trabajadores a recibir utilidades son derechos que deben determinarse judicialmente de manera individual, y que al no haber tal determinación, no la podía hacer él como autoridad administrativa¹⁶⁴. Los ex trabajadores, en octubre del mismo año, plantean una acción de protección en contra del Ministro y su resolución, y también en contra de la Cervecería Nacional CN S. A. como coadyuvante posterior, la cual por sorteo recayó para su conocimiento en el Juzgado XII de lo Civil del Guayas, cuyo titular a la fecha era el Juez Pedro Iriarte¹⁶⁵. Este funcionario judicial, luego del trámite correspondiente, resuelve acoger el pedido de los ex empleados de la Cervecería, declarando que efectivamente, tal como los accionantes habían propuesto en su demanda, habían sufrido la vulneración de sus derechos, entre otros, a la igualdad y a la seguridad jurídica. Según la motivación del Juez Iriarte, se violó el derecho a la igualdad debido a que el Ministerio de Relaciones Laborales, llamado antes Ministerio de Trabajo y Empleo, no aplicó el mismo criterio para resolver este procedimiento, como aquel que utilizó para resolver el presentado por los ex trabajadores de la compañía Holcim, y en el cual se declaró competente y ordenó se cancelen los valores adeudados¹⁶⁶. De

¹⁶⁴ Cfr. TERCERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAS, *Sentencia del proceso 982-2010-B*, http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CCEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambano.com%2Fdoctrina_penal%2F130311%2Fdp-cerveceria_caso.doc&ei=GGWdUMDoAZCG8QTTxICgDQ&usq=AFQjCNE15x69YPrtUF9OvzvN5AAoDNjupg&sig2=YBTGSKul3Es15Pt6xh88tg, p. 35, acceso 9 de noviembre de 2012, 12h23.

¹⁶⁵ Cfr. EL HOY, *Iniciarán instrucción fiscal en contra de los jueces del caso Cervecería Nacional*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/iniciaran-instruccion-fiscal-en-contra-de-jueces-del-caso-cerveceria-nacional-481202.html>, acceso 20 de agosto de 2012, 19h39.

¹⁶⁶ Cfr. JUZGADO DUODÉCIMO DE LO CIVIL DEL GUAYAS, *Acción de Protección No. 893-2010*, http://www.funcionjudicial-guayas.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=63, pp. 5, 6, acceso 10 de noviembre de 2012, 17h37.

igual manera, el Juez argumenta que se violó el derecho a la seguridad jurídica de los ex trabajadores de la Cervecería, el momento en que el mismo órgano administrativo, no aplicó y tomó las mismas decisiones sobre administrados que se encuentran básicamente en la misma posición jurídica¹⁶⁷. Es importante subrayar que el Juzgador enfatizó que el Ministerio de Relaciones Laborales se encontraba obligado a seguir su dictamen de Holcim en este caso de Cervecería, ya que el mismo era vinculante por que había sido confirmado en instancias como el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, el Tribunal de Garantías Constitucional y la misma Corte Suprema de Justicia¹⁶⁸. La parte resolutive de la sentencia de la acción de protección declaró la violación de los derechos constitucionales de los administrados, dejó sin efecto la decisión del Ministerio de Relaciones Laborales y ordenó que se les restituya los derechos violados con la ejecución y pago de las utilidades adeudadas, tal como se hizo en el caso Holcim¹⁶⁹.

Después de notificada esta resolución, y una vez que se la aclaró en el mismo sentido, la Cervecería, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio de Relaciones Laborales y finalmente los mismo accionantes apelan la sentencia¹⁷⁰. El conocimiento de esta causa recayó en la Tercera Sala de lo Penal del Guayas, la cual avoca conocimiento y convoca a la respectiva audiencia para el día 17 de enero de 2011, pero dos días antes, el 14 de enero, se le comunica a la Sala que el caso ha sido seleccionado para que sea remitido a la Corte Constitucional¹⁷¹. Ya en la sede de este organismo en Quito, con providencia de fecha 20 de enero de 2011, los jueces suplentes Patricio Pazmiño Freire, Edgar Zárate Zárate y Patricio Herrera Betancourt, deciden iniciar un expediente sobre la base de una acción de protección que la Cervecería había propuesto en contra de las medidas cautelares para ejecutar el pago, el mismo que había sido iniciado por los ex trabajadores ante el Juez Noveno Temporal de la Niñez y Adolescencia de Guayas¹⁷²; en su resolución los jueces constitucionales también deciden suspender los efectos de la sentencia del Juez Iriarte y de todos los otros procesos iniciados con el fin de

¹⁶⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 7.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 10.

¹⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 8.

¹⁷⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 8, 11.

¹⁷¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, *Acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales No. 0116-11-IS*, <http://186.42.101.5:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/19b54637-ab62-4bf7-bfba-f185219d4dd9/deman.pdf?quest=true>, p. 5, acceso 8 de noviembre de 2012, 20h56.

¹⁷² Cfr. EL HOY, *Industriales respaldan a CN, Art. Cit.*

ejecutar la sentencia, hasta que la Corte decida sobre el punto principal¹⁷³.

De hecho, para el 3 de febrero de 2011, la Corte Constitucional dictó sentencia anulando todos los procesos que hasta ese momento se habían propuesto en este caso, lo cual significó básicamente un triunfo de la Cervecería sobre las pretensiones de los ex trabajadores¹⁷⁴. Al siguiente día, es decir el 4 de febrero del año indicado, el asambleísta Galo Lara Yépez denuncia que para la emisión de la sentencia antes señalada, la Corte Constitucional había sido sobornada con el pago de más de 1 millón de dólares¹⁷⁵: un cheque de medio millón a favor de Alfredo Larra Jijón, hermano del entonces Secretario de la Corte Constitucional Arturo Larrea Jijón, y otro cheque, por el valor restante, a través del Banco Central a una Cooperativa de Ahorros supuestamente relacionada con el Juez Patricio Pazmiño y Arturo Larrea Jijón¹⁷⁶. Esta denuncia, debido al escándalo político y mediático que generó, logró que la Corte Constitucional deje sin efecto su resolución de 3 de febrero, devuelva el expediente a la Tercera Sala de la Corte Provincial para que continúe con la tramitación de la apelación de la acción de protección y además que la Fiscalía General del Estado empiece una investigación y considere internamente pedir al Juez de Garantías Penales día y hora en las que se realice la Audiencia de Formulación de Cargos en contra del Presidente de la Corte Constitucional Patricio Pazmiño, Roberto Jarrín Tamayo Representante de la Cervecería Nacional, Arturo Xavier Larrea Jijón Secretario de la Corte Constitucional y su hermano Alfredo Mauricio Larrea Jijón¹⁷⁷.

Una vez que regresa el expediente a la Tercera Sala de lo Penal del Guayas se prosigue el trámite correspondiente, los jueces emiten resolución con fecha 4 de marzo de 2011, a las 11h30, la cual declara que la resolución del Ministro de Relaciones Laborales violó los derechos constitucionales de igualdad y debido proceso de los ex trabajadores de la Cervecería. Esto debido a que: el Ministro es competente, ineludiblemente, para investigar, controlar, ordenar e imponer sanciones en lo referente a la distribución del 15% de las

¹⁷³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, *Acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales No. 0116-11-IS, Art. Cit.*, p.p. 5,6.

¹⁷⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, *Acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales No. 0116-11-IS, Art. Cit.*, p. 6.

¹⁷⁵ Cfr. EL HOY, *Industriales respaldan a CN, Art. Cit.*

¹⁷⁶ Cfr. REVISTA LA VERDAD, *El fallo de la CC sobre el caso cervecería avanza y retrocede*, <http://www.revista-laverdad.com/Paginas/Articulos.php?Codigo=566>, acceso 9 de noviembre de 2012, 06h02.

¹⁷⁷ Cfr. EL HOY, *Fiscalía acusará al presidente de la CC*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/fiscalia-acusara-al-presidente-de-la-cc-476840.html>, acceso 19 de agosto de 2012, 22h52.

utilidades de los trabajadores¹⁷⁸; la competencia administrativa del Ministro no es renunciable y no puede ser ejercida caprichosamente ni a conveniencia¹⁷⁹, lo cual se evidencia cuando declara que la Cervecería vulneró los derechos laborales de los ex trabajadores al abusar de la figura de la tercerización e intermediación, pero al mismo tiempo se dice incompetente para ordenar su restitución; el Ministerio de Relaciones Laborales inexplicablemente en el caso Holcim, que es idéntico, toma una posición diametralmente opuesta¹⁸⁰. Por lo tanto, confirma la resolución venida en grado menor y adicionalmente ordena dos puntos importantes: sustituye al Ministro de Relaciones Laborales y ordena que Cervecería deposite el monto de las utilidades adeudadas en la cuenta del juez *a quo* y además establece la inmunidad de esta resolución frente a posibles recursos u orden de cualquier naturaleza que tienda a dilatar o evitar que se haga el pago¹⁸¹.

Este fallo, especialmente estos dos últimos puntos, les costó a los jueces provinciales Guevara, Intriago y Cabezas el inicio de una instrucción fiscal por un supuesto delito de prevaricato y la pérdida de la competencia, por expedir la sentencia señalada¹⁸².

Inmediatamente después de conocida la sentencia de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas y devuelta una copia del expediente al juez *a quo* para su ejecución, ingresan en el escenario de esta disputa, inicialmente laboral, los actuales trabajadores de la Cervecería Nacional, quienes conjuntamente con la compañía en mención, se oponen a la ejecución de la sentencia de la Tercera Sala, es decir, al cobro de las utilidades adeudadas más los intereses respectivos. Dichos sujetos recurren, para sustentar su negativa a la ejecución, al ejercicio del Derecho a la Resistencia constante en el artículo 98 de la Constitución vigente. A través de un comunicado exponen que en caso de ejecutarse la sentencia, se estaría vulnerando sus derechos constitucionales al trabajo, a la seguridad jurídica y a la propiedad¹⁸³, pues sus puestos de trabajo, los de otras personas indirectamente y la estabilidad económica de todas esas familias, se verán

¹⁷⁸ Cfr. TERCERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAS, *Art. Cit.*, p. 32

¹⁷⁹ Cfr. TERCERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAS, *Art. Cit.*, p. 44.

¹⁸⁰ Cfr. TERCERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAS, *Art. Cit.*, pp. 42, 43.

¹⁸¹ Cfr. TERCERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAS, *Art. Cit.*, pp. 60, 62

¹⁸² Cfr. EL HOY, *CN: instrucción fiscal se abre contra jueces*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/cn-instruccion-fiscal-se-abre-contra-jueces-481276.html>, acceso 20 de agosto de 2012, 20h20.

¹⁸³ Cfr. EL HOY, *Los empleados de CN ratifican la resistencia*, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/los-empleados-de-cn-ratifican-la-resistencia-467234.html>, acceso 11 de noviembre de 2012, 12h14.

afectados; dicen también que la sentencia es ilegítima e injusta por que las acciones laborales prescriben en tres años y la sentencia de la Sala Penal les ordena pagar deudas de hace 21 años; también dejan en claro que su ejercicio del derecho-garantía a la resistencia no desconoce el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador¹⁸⁴. Entre las acciones que realizaron para ejecutar la resistencia estuvieron los plantones y manifestaciones en Quito y Guayaquil, especialmente en las afueras de las instalaciones de la compañía, exponiendo sus puntos de vista y rechazando la resolución judicial de la Sala provincial referida¹⁸⁵; la campaña denominada “*chuta aguanta*”, cuyo fin era informar y ganar voluntades entre el público en general al exponerle el conflicto laboral y constitucional que estaba atravesando la Cervecería Nacional¹⁸⁶.

Con todo este escenario dispuesto y la sentencia esperando ser ejecutada, los actores de este proceso constitucional empiezan a interponer recursos, medidas cautelares y hasta acciones de incumplimiento de la sentencia, cada uno desde la perspectiva de sus intereses. Por el lado de la Cervecería Nacional CN S. A., en el mes de abril de 2011, se plantea una acción extraordinaria de protección con el fin de dejar sin efecto lo resuelto en marzo por la Tercera Sala Penal de la Corte del Guayas¹⁸⁷, para esto, se envía el expediente original a la Corte Constitucional, pero sobre la base del artículo 62 de la LOGJCC se continúa con la ejecución de la sentencia; también presenta una acción civil de nulidad de sentencia, la cual es desechada por el Juez Duodécimo de lo Civil de Guayas en un decreto general de 20 de mayo de 2012 debido a que considera improcedente aplicar normas civiles a un proceso constitucional¹⁸⁸; y finalmente podemos anotar las varias medidas cautelares para suspender la ejecución de la sentencia, al menos hasta que se resuelva la acción extraordinaria de protección, como las presentadas ante la Jueza 31 de lo Civil del Guayas, y que la rechazó por improcedente, o las presentadas y tramitadas favorablemente ante los Jueces Cuarto de la Niñez de Milagro y Sexto de Garantías Penales de Ventanas, las cuales a su vez,

¹⁸⁴ Cfr. ECUADOR INMEDIATO, *Expreso (Guayaquil)*, *Cervecería se acogerá al derecho a la resistencia*, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=145742&umt=expreso_guayaquil_cerveceria_se_acogera_al_derecho_a_resistencia, acceso 21 de agosto de 2012, 19h56.

¹⁸⁵ Cfr. BURÓ DE ANÁLISIS INFORMATIVO, *Los plazos en el caso cervecera nacional aún no están claros*, <http://www.burodeanalisis.com/2011/03/17/los-plazos-en-el-caso-cerveceria-nacional-no-estan-claros/>, acceso 21 de agosto de 2012, 09h45.

¹⁸⁶ Cfr. UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS, FACULTAD DE COMUNICACIÓN, *Caso CN*, http://www.comunicacionudlh.edu.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=168:comunicacioncrisis&catid=19:noticias&Itemid=23, acceso 21 de agosto, 20h19.

¹⁸⁷ Cfr. EL HOY, *El caso de CN ya fue sorteado en la Corte*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-caso-de-cn-ya-fue-sortado-en-la-corte-475002.html>, acceso 19 de agosto de 2012, 22h11.

¹⁸⁸ Cfr. JUZGADO DUODÉCIMO DE LO CIVIL DEL GUAYAS, *Art. Cit.*, p. 32.

fueron aceptadas en el proceso principal mediante auto de un Juez encargado del Juzgado Duodécimo de lo Civil del Guayas, lo cual significó la suspensión de la ejecución de la sentencia constitucional ejecutoriada de segunda instancia¹⁸⁹. En cambio, por parte de los ex trabajadores podemos nombrar la apelación del antedicho auto ante la Tercera Sala de lo Penal de Guayas, la cual para este tiempo, 19 de octubre de 2011, estaba integrada por Jueces distintos a los que conocieron este proceso a inicio del año 2011, los cuales en su resolución no resuelven sobre el asunto de fondo sino que más bien la remiten nuevamente a la Corte Constitucional, para que sea esta la que dirima sobre la vigencia de las medidas cautelares o la facultad del juez *a quo* para ejecutar la sentencia¹⁹⁰; también debemos citar la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales que fue propuesta a fines de noviembre de 2011 y mediante la cual se persigue finalmente la ejecución de la sentencia de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas de fecha 4 de marzo de 2011, así como también se solicita se declare la nulidad de las medidas cautelares que suspendieron la ejecución de la mencionada sentencia y del auto de la nueva Tercera Sala de lo Penal, en el cual envía a la Corte Constitucional para que dirima entre la ejecución o las medidas cautelares¹⁹¹.

Así las cosas, el panorama es bastante sombrío para la demandada, ya que la sola cuantificación de lo adeudado, más los intereses, más multas y más los posibles daños inmateriales, supera fácilmente los 300 millones de dólares¹⁹²; este monto sería insostenible para sus actuales propietarios, los mismos que aseguran que en el evento de cancelar esta acreencia se situarían al borde de perder la compañía, y con ella todos los empleos directos e indirectos que generan. Adicionalmente, lo que preocupa a grupos empresariales relacionados como Coca Cola o Porta, es el potencial evento en el cual enfrenten esta misma situación en caso de que se de la razón a los ex trabajadores¹⁹³.

¹⁸⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, *Acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales No. 0116-11-IS, Art. Cit.*, p.p. 15, 16, 17.

¹⁹⁰ Cfr. TERCERA SALA DE LO PENAL, COLUSORIOS Y TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS, *Apelación de Acción de protección No. 982-2010*, http://www.funcionjudicial-guayas.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=63, pp. 2, 3, acceso 10 de noviembre de 2012, 19h10.

¹⁹¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, *Acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales No. 0116-11-IS, Art. Cit.*, p. 20.

¹⁹² Cfr. EL HOY, *Industriales respaldan a CN, Art. Cit.*

¹⁹³ Cfr. EL HOY, *Industriales respaldan a CN, Art. Cit.*

Finalmente, la actual situación de este litigio constitucional se puede resumir en el estancamiento, ya que están pendientes, hasta que la Corte Constitucional así lo decida, la resolución de los siguientes procesos: de la Acción Extraordinaria de Protección presentada por la Cervecería para que se revoque la sentencia constitucional de última instancia de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Guayas de marzo de 2011¹⁹⁴; de la Acción de Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes constitucionales planteada por los ex trabajadores de Cervecería y con el que aspiran que se ejecute la Sentencia de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Guayas de marzo de 2011¹⁹⁵; de la Acción de Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes constitucionales planteada por la nueva Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas, con la que solicitan se dirima sobre la ejecución de su sentencia de marzo de 2011 o la suspensión por las medidas cautelares interpuestas en otras judicaturas del país¹⁹⁶; y, finalmente un cuarto proceso de Acción de Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes constitucionales planteada por otro grupo de ex trabajadores de Cervecería, los cuales se adhieren por el efecto *inter comunis* a la Acción de Protección 983-2010 y con la cual solicitan se disponga que el Ministerio de Relaciones Laborales ejecute la sentencia constitucional de la Acción de Protección referida¹⁹⁷.

3.1.2. Análisis

Dado el esquema y la teoría integracionista del Neoconstitucionalismo, sobre el que hemos desarrollado este trabajo, el presente análisis buscará establecer si la evocación de la resistencia por parte de los trabajadores de este caso, cumple con los aspectos fáctico y axiológico para ser considerados legítimos, así como también parte del objeto de estudio de la teoría del Derecho.

En referencia al elemento eminentemente fáctico, la medida que nos permitirá concluir si se actuado, dentro de los rangos permitidos de legitimidad, constituye la redacción del artículo 98 de la Constitución vigente. Recordamos nuevamente que la positivación en el texto constitucional no tiene el sentido puramente clásico, en el cual se trata de subsumir, muchas veces con

¹⁹⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, *Búsqueda de casos de Cervecería Nacional*, <http://www.corteconstitucional.gob.ec/> <http://186.42.101.5:8080/busqueda/index.php>, acceso 10 de noviembre de 2012, 20h35.

¹⁹⁵ Cfr. *Id.*

¹⁹⁶ Cfr. *Id.*

¹⁹⁷ Cfr. *Id.*

reduccionismos desnaturalizantes, los hechos en lo establecido constitucionalmente, para luego declarar que si o no se ha ejercido el derecho a la resistencia, eso no es lo que se busca; más bien tratamos al tipo constitucional (si es que cabe este término) como un parámetro de objetivización y límite abierto, dentro del cual se pueden permitir varios actos y también el elemento axiológico. Como sabemos, todo esto con el fin de lograr una mejor protección de los derechos vulnerados.

El primer elemento que contiene el artículo constitucional de la resistencia es el de los sujetos que son sus titulares. En este caso de la Cervecería, tenemos a un agregado o colectivo de personas bajo la denominación de “empleados de la Cervecería” sumado con el o los empleadores, los cuales conjuntamente hacen conocer que van a ejercer su derecho a resistir. En este aspecto, no habría ninguna contradicción con la norma constitucional, pues ninguno de los mencionados son una institución del Estado, como tampoco son terceras personas no afectadas por los hechos aquí narrados. De igual manera, la posibilidad de que el conglomerado que se resiste tenga o no personalidad jurídica, carece aquí de importancia relevante.

El siguiente aspecto es la forma en que se ejerció la resistencia por parte de los sujetos que la invocaron, tomando muy en cuenta que no está definida la misma en el artículo 98 de la Constitución vigente. Los actores, trabajadores actuales y la Cervecería, recurrieron básicamente a dos estrategias “públicas”, la una se refirió a las manifestaciones, marchas o plantones en diferentes lugares y en los cuales daban a conocer su inconformidad con el actuar del correspondiente órgano judicial, las consecuencias nefastas para los derechos de ellos como trabajadores y de sus familias, el mal precedente jurídico al aceptar obligaciones jurídicas de cerca de 20 años de antigüedad; la otra estrategia se desarrollo en el plano de lo informativo, por lo que la parte publicitaria tomó el rol importante al difundir el mensaje de resistencia a través de medios de comunicación masivos (televisión, radio, prensa escrita), vallas publicitarias y en los mismos camiones repartidores del producto de la compañía. Las dos vías enunciadas aparecen totalmente legítimas, ya que de su aplicación aparentemente no ha resultado la vulneración de los derechos de otras personas, no se ha recurrido a situaciones violentas ni de confrontación física, ni tampoco se ha desafiado el sistema político y jurídico vigente en forma directa, pues de sus propias

declaraciones, su posición de desobediencia no significaba el desconocimiento del ordenamiento jurídico.

Pero lo que hay que resaltar aquí, son las diferentes acciones que fueron tomadas por los participantes de este proceso, especialmente la Cervecería, hasta llegar a la invocación del derecho a la resistencia con la ayuda de la fuerza de los trabajadores actuales. Desde el inicio, fue claramente establecido, incluso por el Ministerio de Relaciones Laborales, el abuso del derecho que la Cervecería, y la compañía precedente, perpetraron a través de la tercerización e intermediación laboral, hasta llegar al absurdo de producir grandes ganancias sin ningún empleo directo. Luego está la nada sustentada y por tanto sospechosa declaración de incompetencia del Ministerio de Relaciones Laborales para resolver el conflicto jurídico, cuando de los argumentos de los Jueces Duodécimo de lo Civil del Guayas y Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Guayas, se observa la clara y sencilla vía motivacional para defender los derechos de los accionantes y aplicar la Ley. A continuación tenemos el vergonzoso, por decirlo menos, suceso de cohecho denunciado por el asambleísta Lara, lo cual afortunadamente ayudó descubrir y revocar la resolución que hubiera violentado aún más los derechos de los ex trabajadores, y decimos que violentó los derechos por que luego de que salió a la luz pública los hechos del soborno, inmediatamente los Jueces de la Corte Constitucional retrocedieron en su decisión y permitieron que el proceso vuelva a sus Juzgadores naturales. Finalmente, en el último tramo de este accidentado periplo jurídico, y una vez que los jueces de primera y segunda instancia han dado la razón a los ex trabajadores de la Cervecería en la acción de protección que presentaron contra el Ministerio de Relaciones Laborales, la Cervecería otra vez recurre a una decisión, para nuestro modo de ver, astuta y con cierto grado de malicia: utilizar y enfrentar a sus actuales trabajadores con los demandantes sobre los argumentos señalados en el párrafo precedente. Los actuales trabajadores están amparados en sus derechos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual incluye el ejercicio de la resistencia el momento que crean conveniente; pero, la Cervecería, en las persona de sus actuales propietarios y los precedentes, cometieron abuso de la Ley y perjudicaron a los ex trabajadores, por lo tanto, la consecuencia es el resarcimiento del daño, no la resistencia escudados en el nítido derecho de sus actuales trabajadores.

Seguidamente, analizamos las causas de la resistencia en este caso, es decir, la acción u omisión del Estado o de persona naturales o jurídicas no estatales que vulneran o puedan vulnerar los derechos de los que resisten. Los trabajadores actuales y la empresa en sí se enfrentarían tanto a una acción y a una omisión como causales para vulnerar o potencialmente vulnerar sus derechos. La acción se concreta en la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Provincial de Guayas, la cual perjudicaría a los actuales trabajadores el momento en que se logre ejecutarla. En tanto que la omisión se presentaría desde el momento que la Corte Constitucional no ha resuelto las cuatro acciones constitucionales presentadas ante sus autoridades: la acción extraordinaria de protección planteada por la Cervecería Nacional y las tres acciones de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, dos planteadas por los ex trabajadores y una planteada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas. De todas formas lo que resaltamos aquí es el estatus de incertidumbre que se genera al actuar u omitir por parte del Estado, desde el punto de vista de quien reclama que están siendo vulnerados sus derechos.

Consecutivamente, analizamos si el acto u omisión determinados, vulnera o pueda vulnerar los derechos constitucionales de los resistentes. Para entender la especie podemos observar la postura de ambos lados del proceso constitucional. Del lado de ex trabajadores, los jueces de Guayas han establecido la vulneración de sus derechos al trato igualitario y no discriminación, a la seguridad jurídica y al debido proceso; en tanto que del lado de los trabajadores actuales y la Cervecería, los mismos proclaman que se resisten a la violación de sus derechos al trabajo, a la seguridad jurídica y a la propiedad, en caso de que la Corte Constitucional deseche la acción de protección de la Cervecería, revoque las medidas cautelares y ordene la inmediata ejecución de la sentencia del Juzgado Duodécimo Segundo de lo Civil del Guayas. De esta forma podemos establecer que los derechos de los que se acogen a la resistencia no están siendo actualmente vulnerados, pero si que pueden haber sido puestos en peligro una vez que se ordene la ejecución de la sentencia, y utilizamos esta construcción gramatical pues la cancelación de lo adeudado por las utilidades impagas a los ex trabajadores, más las multas e intereses, no necesariamente pueden terminar con la actual Cervecería Nacional y su monopolio desempeño en el mercado nacional. Así,

estaríamos ante el controvertido escenario de desobedecer una sentencia constitucional por un cálculo a priori que presagia daños en los derechos.

Finalmente, en cuanto a la inclusión del elemento axiológico en el ejercicio de resistir de los actuales empleados de la Cervecería, volvemos a postular que dado el desarrollo de la nueva teoría neoconstitucionalista, este elemento moral se encuentra ya integrado dentro de toda la normativa constitucional, que incluye el artículo 98, y específicamente en los derechos y principios que moldean a la misma. Lo dicho debido a que los derechos actualmente no son simples prerrogativas ni facultades que nacen de la ley positiva, sino que son entes metapositivos, naturales e inherentes a la dignidad del ser humano, de ahí que su vulneración es también la vulneración a los elementos morales, psicológicos y hasta políticos que contienen, y concomitantemente, la lucha por su vigencia y eficacia es también la lucha por el respecto a los valores morales que incluyen. En el hipotético caso de que la ejecución de la sentencia del Juzgado Duodécimo de lo Civil de Guayas vulnere los derechos al trabajo, a la seguridad jurídica y a la propiedad de los que la resisten, inmediatamente también se configura el ataque a la naturaleza humana, a la posibilidad de su desarrollo por sus propios medios, la libertad, etc.

3.1.3. Soluciones y consecuencias

Por la naturaleza misma de la resistencia, y por las circunstancias problemáticas que deben existir para su invocación, el recurrir a esta garantía sui generis no es una solución deseable. Más bien deberíamos apelar a que el órgano constitucional, utilizando todos los recursos jurídicos que le da la Constitución y las leyes, llegue a una decisión si es que no justa, por lo menos que no violente la norma y la parte axiológica que subyace en ella, más allá de una posición en la que los perjudicados se sientan incentivados a retomar, o a su vez, empezar a ejercer el derecho a resistir.

Desde otra perspectiva, si el recurrir a resistir es inevitable, entonces el escenario que se prepara es una confrontación de razones y física, pues cada uno de los bandos ante lo posible ineptitud del juzgador constitucional, filosóficamente hablando, recobrarían la totalidad de su soberanía delegada al Estado y la aplicarían para defender sus derechos. A nuestro entender y

llegadas estas circunstancias, la resistencia como garantía de los derechos debe cumplir su papel protector, pero tan pronto como se hace visible la violación de los derechos, o su posibilidad, debe agotarse necesariamente ya que la resistencia, aunque sea repetitivo lo decimos de nuevo, no es un método para tomar o imponer decisiones sobre las partes en disputa; además en un escenario de resistencia política, es muy fácil dejar el campo racional del derecho para instalarse en el puramente fáctico. Es necesario recalcar aquí la existencia de la resistencia de su modalidad jurídica o dentro del sistema, la cual, no ha sido expresada así por los actuales trabajadores y tampoco ha sido entendida en ese sentido por los distintos juzgadores, de todas formas, no ayudaría de mucho en las circunstancias de este caso, pues contaría como una garantía más pendiente de resolver, por lo que aparentemente esta sería una situación donde la resistencia en su modalidad política clásica va a operar finalmente.

El mal uso o el uso abusivo de cualquier derecho o garantía, mucho más de la resistencia, en este o cualquier otro caso, tienen consecuencias nefastas por la tensión e inestabilidad que comporta su ejercicio. El sistema entero es puesto en entredicho al acusarlo de no conseguir sus fines, y consecuentemente, se está propugnando su modificación específica o su cambio total. Como describimos en el apartado de la contextualización, al parecer los actuales trabajadores de la Cervecería han sido bien informadas de este estatus peligroso y complejo, por lo que en su manifiesto de resistencia puntualmente aclaran que su ejercicio del artículo 98 de la Constitución, no comporta el desconocimiento ni la desobediencia al resto del ordenamiento jurídico vigente, por lo que siendo muy optimistas, estaríamos ante un ejercicio consciente y voluntario. Expresamos estas dudas, pues aún no se toman decisiones definitivas que afecten a cualquiera de las partes, ya que sólo ahí comprobaremos cuán informadas y concientizadas han estado. Habría que observar, si la parte que ha sido notificada con una decisión adversa, como por ejemplo la Cervecería y sus actuales trabajadores, sigue acatando el ordenamiento jurídico que le acaba de condenar a multas, intereses, las utilidades pendientes, además de la muy probable inestabilidad laboral que se puede generar en este escenario. Recordemos aquí el elevado criterio de Sócrates, Gandhi o Martín Luther King, al aceptar y afrontar con ejemplo las sanciones que les fueron impuestas, con tal de mantener la coherencia de su

discurso y mantener los derechos de las otras personas a vivir en un ambiente de paz, seguridad y bienestar.

El buen uso en cambio nos puede llevar a tener un precedente muy importante, y que con urgencia lo estamos necesitando, para futuras invocaciones del acto de resistir. Esto a su vez permitirá que nuestra institucionalidad se fortalezca y que los fines del Estado, como el buen vivir que ahora se busca, sean alcanzado, eso si, dentro de una especie de contradicción entre un escenario totalmente abierto para proteger al máximo los derechos humanos pero siempre dentro de la racionalidad de este ordenamiento flexible.

3.2. Caso “Ley de Aguas”

Este caso podemos proponerlo como el uso de la resistencia en su modalidad clásica o política, aunque ciertamente los reclamos versaban principalmente sobre materia netamente jurídica, como es el caso de la consulta previa a las comunidades afectadas por el proyecto de Ley en mención, también hay que hacer notar el uso de cierto grado de violencia, pero que al final sirvió para conseguir el cometido de los actores. Por esto, observaremos que la escalada de violencia no deslegitima la resistencia, sino que por ser justo el pedido de respeto a los derechos que se poseen, más bien se vuelve hasta cierto punto necesaria, para que el enorme poder del Estado sea vuelto a su cauce, y sobre todo, para que se tomen los correctivos necesarios, aunque solo queden en ofrecimientos para enfriar la situación política y más no como una obligación de los mandatarios de respetar y hacer cumplir los efectos de la resistencia.

3.2.1. Contextualización

El llamado “movimiento indígena”, constituido por algunas agrupaciones del país, que poseen una determinada raíz étnica común, formó parte de la alianza que en el año 2006 llevó al Economista Rafael Correa a la presidencia de la República del Ecuador¹⁹⁸. En realidad se trató de una coalición de partidos de izquierda del país que consiguieron el objetivo especificado. Más al transcurrir el gobierno del citado mandatario dicha unión definitivamente colapsó, pues a decir de los disidentes, el rumbo de acción del gobierno y su

¹⁹⁸ Cfr. EXPLORED, *Última hora – Elecciones 2006*, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/ultima-hora-elecciones-2006-252196-252196.html>, p. 1, acceso 21 de agosto de 2012, 20h50.

agrupación política se alejó de los ideales de la izquierda y el socialismo¹⁹⁹. En este contexto, los indígenas se han situado en la oposición, participando y pronunciándose activamente frente a temas tanto de interés particular de ellos como los de interés nacional.

De esta manera, para el mes de septiembre de 2009 la prensa escrita del país recogía las crónicas preliminares de un posible levantamiento total del sector indígena y popular, el cual era programado para finales de septiembre de ese año²⁰⁰. A esta convocatoria también se adherían sectores como la Unión Nacional de Educadores (UNE), que también había tenido ya su enfrentamiento político con el gobierno de Correa por el tema de las evaluaciones a los docentes²⁰¹. Las razones por las que planteaban esta acción todos los grupos sociales mencionados eran, entre otras, el rechazo al proyecto de Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (Ley de Aguas), que a su entender privatizaba el agua y les quitaba el derecho que tenían sobre la misma, a la política de manejo del petróleo, a la Ley de Educación General y al desconocimiento de la autonomía de las Instituciones Indígenas²⁰². Las circunstancias que construyeron esta convocatoria a las paralizaciones fueron de tal magnitud, que el gobierno nacional al pronunciarse a través de sus ministros, lo hizo con cautela, recordando que todos los ciudadanos tienen derecho a pronunciarse, pero siempre bajo lo establecido por la Constitución y las leyes, de igual manera recalcando que los canales de diálogo estaban abiertos para llegar a acuerdos y evitar cualquier situación crítica²⁰³. Llevada a cabo la movilización indígena, esta no tuvo la fuerza y la adhesión esperadas, evidenciándose así fracturas en su estructura, pues mientras algunos de sus dirigentes ordenaron la suspensión de la medida, otros desmentían dicha orden²⁰⁴.

Dado este traspié, la Asamblea Nacional prosiguió en su labor de aprobar la Ley de Aguas, por lo que se convocó para el día 5 de mayo de 2010 para el debate definitivo sobre la norma enunciada. Los indígenas, sin

¹⁹⁹ Cfr. CENTRE TRICONTINENTAL (CETRI), *Ruptura entre los movimientos sociales y el presidente Correa?*, <http://www.cetri.be/spip.php?article799>, p. 7, acceso 21 de agosto de 2012, 20h51.

²⁰⁰ Cfr. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN MAPUCHE, *Ecuador: CONAIE anuncia movilización indígena y popular en el país*, <http://www.mapuche.info/indgen/ecuador090922.html>, p. 1, acceso 21 de agosto de 2012, 21h52.

²⁰¹ Cfr. *Ibid.*, p. 3.

²⁰² Cfr. *Ibid.*, p. 1.

²⁰³ Cfr. *Ibid.*, pp. 2, 3.

²⁰⁴ Cfr. EL UNIVERSO, *CONAIE se reúne para evaluar jornada de movilización*, <http://www.eluniverso.com/2009/09/28/1/1355/conaie-reune-evaluar-jornada-movilizacion.html>, p 1, acceso 21 de agosto de 2012, 22h05.

amainarse por lo sucedido, volvieron a presentarse en esta fecha en los alrededores del Palacio Legislativo pero esta vez armados con palos y demás instrumentos, lo cual hizo que la situación llegue a un nivel muy alto de violencia entre los manifestantes y la Policía, resultando de este escenario, daños materiales a las instalaciones del ex Congreso Nacional, miembros de la Policía heridos y Asambleístas retenidos dentro del recinto legislativo hasta las 22h00 de aquel día. Finalmente, la fuerza pública logró establecer un cordón policial para evacuar a los Asambleístas, el tratamiento del cuerpo normativo se suspendió y el presidente de la Asamblea Nacional, Arq. Fernando Cordero, rechazó lo sucedido por cuanto, a su parecer, no es posible que se trate de imponer a la fuerza, en la Asamblea, una tesis que debe ser discutida en términos de racionalidad²⁰⁵. En Cuenca incluso hubo cinco manifestantes con orden de detención preventiva acusados de sabotaje al servicio público, más el mismo día, alrededor de las 18h58, fueron liberados en una Audiencia de Amparo de Libertad²⁰⁶

Para el día siguiente, el 6 de mayo, a más de reinstalarse la sesión del Pleno de la Asamblea y de no llegar a un acuerdo sobre la naturaleza vinculante o no de la consulta pre legislativa, como parte del proceso de socialización del proyecto de la Ley de Aguas, la situación empeoró pero sin salirse de control. Se reportaron dos indígenas heridos de bala y cuatro detenidos, un policía retenido por los manifestantes y buses detenidos antes de su llegada a Quito y al edificio legislativo²⁰⁷. Al final del día, el Pleno concluyó el segundo debate, ofreció a los indígenas tomar en cuenta sus posiciones y postergó para otra fecha la votación de la Ley²⁰⁸.

El 17 de mayo del 2010, los dirigentes del movimiento indígena, a través de los diferentes medios de comunicación, hacían pública una especie de evaluación a la reciente decisión de la Asamblea Nacional de suspender el

²⁰⁵ Cfr. EL UNIVERSO, *Golpes y gases en cerco indígena a la asamblea*, <http://www.eluniverso.com/2010/05/05/1/1355/indigenas-acordonaron-asamblea-presionar-archivo-ley.html>, p. 1, acceso 21 de agosto de 2012, 22h06.

²⁰⁶ Cfr. EL UNIVERSO, *Acusados de terrorismo salieron libres*, <http://www.eluniverso.com/2010/05/06/1/1355/detenidos-acusados-terrorismo.html?p=1355A&m=256>, acceso 22 de agosto de 2012, 00h08.

²⁰⁷ Cfr. EL UNIVERSO, *Dos indígenas resultaron heridos de bala durante manifestaciones*, <http://www.eluniverso.com/2010/05/06/1/1355/retenciones-protesta-ley-agua.html?p=1355A&m=256>, acceso 22 de agosto de 2012, 00h01.

²⁰⁸ Cfr. EL UNIVERSO, *Asamblea Nacional concluyó debate de Ley de Aguas*, <http://www.eluniverso.com/2010/05/06/1/1355/asamblea-nacional-concluyo-debate-ley-aguas.html>, acceso 22 de agosto de 2012, 00h16.

tratamiento de la denominada Ley de Aguas²⁰⁹. En sus declaraciones, los líderes de organizaciones como la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), la Federación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras (FENOCIN) y la Federación de Pueblos y Organizaciones Indígenas Evangélicas del Ecuador (FEINE), celebraban el triunfo de la unidad de los pueblos indígenas para luchar contra el afán legislativo de aprobar la Ley de Aguas sin su consentimiento²¹⁰. En estas mismas declaraciones hacían referencia a la plataforma sui generis sobre la que habían logrado dicha reivindicación social: el derecho constitucional a la resistencia; de esta forma, las vías de hecho que siempre habían utilizado y que habían sido catalogadas como tales en gobiernos anteriores, adquirirían el estatus de constitucionales y legítimas, dado que a su entender, las mismas se encontraban plenamente contempladas como un derecho de las personas y de los grupos sociales en el artículo 98, como medio de hacer respetar sus derechos²¹¹.

3.2.2. Análisis

Con el mismo esquema que analizamos la resistencia de los trabajadores de la Cervecería, procederemos en este apartado. En cuanto a los actores, tenemos a los colectivos indígenas organizados en diferentes asociaciones, movimientos y hasta partidos políticos, que no pertenecen a ningún organismo estatal, esto los hace capaces de recurrir a la resistencia si así lo consideraren, ya que no son parte del Estado y también por que el proyecto de Ley viola sus derechos constitucionales. Un punto importante aquí es puntualizar que por el carácter general del tema que regula el proyecto de Ley resistido, los únicos afectados no serían solamente los indígenas sino todos los ciudadanos, por lo que todos los legitimados para resistir no la harían, y más bien, puede que estén de acuerdo con el proyecto en mención. Aparece entonces el escenario donde sobre un mismo derecho existen dos posiciones diametralmente opuestas y en las cuales cada una puede apelar a la misma capacidad de resistir para tratar de defender sus derechos, pero que a la larga puede ser visto como imponer su “perspectiva” de la forma en que se deben manejar los recursos hídricos en el país.

²⁰⁹ Cfr. AGENCIA INTERCULTURAL DE NOTICIAS INDÍGENAS DE BOLIVIA, *Ecuador: Asamblea Legislativa suspende tratamiento de Ley de Agua*, <http://www.aininoticias.org/?p=758>, pp. 1 y 2, acceso 21 de agosto de 2012, 22h20.

²¹⁰ Cfr. *Id.*

²¹¹ Cfr. *Id.*

En cuanto a la forma del ejercicio de la resistencia, los conglomerados indígenas se vieron forzados a recurrir a medios físicos de un nivel de violencia relativamente alto, tal como se describió en la contextualización del caso, ya que este ambiente de enfrentamiento era fácilmente previsible por las condiciones que rodearon el nacimiento del proyecto de Ley y su posterior intento de aprobación. Lo dicho por que en primer lugar la Asamblea Nacional, como órgano encargado de la elaboración y aprobación de las leyes, en el momento que se presentan estos hechos, estaba bajo el manejo de la mayoría perteneciente y afín al movimiento de Gobierno Alianza País, el cual además había propuesto dicho proyecto, por lo que era inevitable que se buscara su aprobación y entrada en vigencia lo más fiel posible a como había sido concebido originalmente. En tanto que los indígenas, como grupos que habitan las áreas semiurbanas y rurales del país y por tanto con una cosmovisión diferente sobre el recurso hídrico, estuvieron en desacuerdo con muchos puntos del proyecto planteado, lo dicho pudo suceder por percepción y entendimiento propios o tal vez por que el proyecto en mención les fue presentado, por ciertos dirigentes con ciertos intereses políticos principalmente, como una estrategia para quietarles el manejo y control del agua. Por todo esto, se ven impelidos a utilizar las medidas de hecho para captar la atención y para frenar la que parecía inminente aprobación del proyecto. Con todo este contexto, la movilización que llegó a Quito e ingresó hasta el Palacio Legislativo lo hizo enfrentándose con la fuerza policial, teniendo tal hecho como resultado lamentable la muerte de dos indígenas. Ya en este tipo de acciones se puede vislumbrar el escenario inestable y conflictivo que entraña el ejercicio de resistir tal como está planteado en la Constitución vigente.

Las acciones u omisiones desarrolladas por la Asamblea Nacional, y que según el movimiento indígena violentan sus derechos de tal forma que merecen la resistencia, es lo siguiente a desarrollar. Tal como los indígenas reclamaban, al igual que las noticias de la prensa lo recogían, y principalmente, la actuación final de los mismos Asambleístas de mayoría, revelan con bastante claridad que definitivamente no se estaba cumpliendo con todo el procedimiento legislativo para poder discutir y poner en vigencia la nueva Ley de Aguas. Concretamente, lo que no se estaba ejecutando era el mandato constitucional del artículo 398 en concordancia con el artículo 57.7, el cual ordena la realización de una consulta previa, una vez que se ha informado amplia y oportunamente por parte del Estado, de las decisiones o

autorizaciones que afecten al medio ambiente; lo que hay que hacer notar es que bajo ningún escenario se había previsto el cumplimiento de esta norma, ya que, ni se había aprobado la Ley correspondiente que regule el trámite de la consulta previa, y peor aún se había realizado campaña alguna para informar a la comunidad en general. Por lo anotado podemos expresar que la acción de resistencia de los grupos indígenas se encontraba plenamente justificada, pues para empezar se había violado su derecho colectivo a ser consultado en asuntos que influyen directamente en su desarrollo y existencia, como es el caso del tema ambiental del manejo y control de las fuentes de agua dulce en el país.

Por todo lo anotado, podemos expresar que en primer lugar se habían vulnerando efectivamente los derechos constitucionales de los grupos indígenas, el momento que no se sigue el procedimiento constitucional vigente, aunque no exista la Ley que lo concreta, para aprobar el proyecto de Ley de Aguas, específicamente se ha vulnerado su derecho colectivo a ser consultados previamente sobre decisiones trascendentes que los afecten ambiental y culturalmente. En segundo lugar, también enunciamos que con la aprobación del proyecto mencionado se podrían bajo amenaza de vulneración a otros derechos constitucionales de los indígenas; pues si es correcta la apreciación de los sujetos que se resistieron, y el fondo de la norma es privatizar (ponerla en ciertas manos para ser manejada) y quitarles la posibilidad de disponer libremente del agua, esta vez en cambio se violenta derechos fundamentales a tener una vida digna, al agua, a la alimentación, y otros relacionados. Debemos puntualizar aquí otro aspecto que nos ayuda a dimensionar mejor la resistencia con la riqueza de cada caso, nos referimos a que el ente resistido en este caso es el órgano legislativo, cuya naturaleza en la teoría política y constitucional le da una característica particular al ser considerado como el órgano estatal que mayor grado de representatividad democrática posee en su conformación; a lo que nos queremos referir es que esta futura Ley en realidad nos afecta a todos los ciudadanos, pero a pesar de ello muchos de nosotros no hemos adherido al planteamiento indígena de resistencia, o a su vez, diferimos de aquél, por lo que especialmente en este último caso podríamos plantear que el ejercicio de la resistencia indígena vulnera nuestro derecho a tener una ley que nos parece justa, y que por tanto, automáticamente nos legitima para poder utilizar los mecanismos ordinarios formales o también recurrir a la resistencia en su versión política para vencer la

primera resistencia. Como bien lo dijimos, el ejercicio de resistir sólo aclara el panorama del conflicto político, jurídico e ideológico, luego de lo cual es menester de que las partes recurran a todos los instrumentos sistémicos (por excelencia los jurídicos) para encontrar soluciones razonables y racionales.

Finalmente, con el ánimo de echar más luz sobre el aspecto causal de la resistencia en este caso, es decir sobre la real o posible vulneración de derechos, recordaremos que la estructura de un derecho fundamental en el paradigma neoconstitucionalista, trae incluido el aspecto metafáctico, de esta manera, cuando decimos que se ha vulnerado el derecho a la consulta previa en el contexto ya mencionado, nos estamos refiriendo no sólo al aspecto jurídico, sino también a todo aquel substrato psicológico, sociológico y hasta religioso que contiene. Por ejemplo, para establecer que hay el derecho a la consulta previa, con anterioridad se asume que los colectivos indígenas son iguales a cualquier otro colectivo, y cuando declaramos esto, se presupone la calidad de personas con los mismos derechos, oportunidades y capacidades para participar en la formación y desenvolvimiento del campo político y jurídico de nuestro país; también podemos mencionar como anclaje metafáctico del derecho a la consulta previa, la circunstancia de que los indígenas de alguna forma son los habitantes autóctonos de las zonas donde nace y se extiende este elemento, por lo que su cosmovisión, su relación con el agua y el significado que tiene en su vida, los ritos y más elementos de sus antepasados, se verán seriamente afectada al imponerle un régimen formal, casi extraño y hasta alienante con referencia a sus costumbres. Por lo dicho, tenemos justificada la acción de la resistencia tanto en la pura norma jurídica, como en los elementos metafácticos, como la justicia, la religión, etc., que ahora se acepta que contiene la norma jurídica.

3.2.3. Soluciones y consecuencias

Una vez que se dieron todos los hechos narrados y analizados, hasta la actualidad, no tenemos vigente la nueva Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua que se intentó aprobar en el 2010. Tampoco hasta la fecha está vigente una ley o reglamento que desarrolle y establezca,

de una vez por todas, la naturaleza y el procedimiento de la consulta previa²¹² en las circunstancias que establecen los artículos 398 en concordancia con el artículo 57.7 de la Constitución vigente.

Podemos inferir entonces que la acción de resistencia violenta indígena en mayo de 2010, logró al menos que se frene el tratamiento y posterior vigencia de la ley, se ponga en evidencia las fallas de dicho proceso y que se les exija a los Asambleístas cumplir a cabalidad con las normas vigentes, con sus roles de legisladores y representantes directos de sus electores. Lamentablemente, luego de que la resistencia mostró estas fallas del sistema, no se han tomado los correctivos necesarios por las competentes autoridades, por lo que el limbo jurídico y político es lo que se ha establecido, de ahí que ante la presencia de otra situación límite, como el intento de volver a aprobar la Ley de Aguas a la fuerza, los sectores indígenas y demás involucrados invocarán nuevamente su derecho a la resistencia, manteniéndose así el presente escenario de inmovilización.

Un tema importante de puntualizar, aunque sea de forma tangencial, es la naturaleza vinculante o no de la consulta previa. Esta disyuntiva parece ser el principal escollo por el cual no se ha llegado a aprobar la correspondiente Ley, ya que los asambleístas ven amenazada su independencia y poder de decisión en el ámbito de sus competencias, entre tanto que los colectivos, como el indígena, tratan de ganar la posibilidad de tener canales directos para expresar su pensamiento sobre los temas que se legislan y que les afectan directamente. Lo último se acerca al tipo de democracia directa que se propugna en la Constitución vigente, por lo que a nuestro parecer, se debe dar paso a la consulta previa vinculante, claro que siempre está presente el riesgo de que un mal uso de esta potestad, por parte de cualquier colectivo, pueda traer obstáculos e ingobernabilidad principalmente.

Para finalizar, un gran avance, y tal vez el inicio de la solución del presente problema, constituiría la aprobación de la Ley que desarrolle la consulta previa. Se necesita para esto declinar posiciones radicales de todos los bandos comprometidos, como los hechos nos señalan que no hay viso de tal, tenemos esta situación de incertidumbre para largo rato. El problema es

²¹² El presidente Rafael Correa, mediante Decreto Ejecutivo 1247, R. O. 759, de fecha 2 de agosto de 2012, puso en vigencia el Reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos.

que el tema del agua es muy álgido ahora y más en el futuro, dada su naturaleza no renovable, por lo que el alcanzar la normativa que regule su aprovechamiento, con mayor justicia y equidad, es una cuestión de no solo de convivencia, sino de supervivencia.

3.3. Caso “Evaluación a los Profesores”

El presente caso muestra el desarrollo y el desenlace coherente de lo que podemos encasillar como mal uso o abuso del derecho a la resistencia frente a acciones legal y moralmente tomadas, las que por tanto no vulneran derechos de los supuestos afectados, sino que más bien ayudan a resarcir y cumplir otros que si se están vulnerando. La cuestión es establecer, cada vez que se recurra a este mal uso, un resultado también adverso para el falso resistente, lo cual por tanto, puede determinar una pseudo garantía de infalibilidad de la muy abierta resistencia constitucional; no tenemos elementos suficientes y objetivos que puedan establecer la antedicha relación, tal vez por la inclusión de los elementos metafácticos, podamos recurrir a la fuerza de la razón como un enlace para dar forma a la relación nombrada, pero debido al carácter científico que debe dominar en la teoría del Derecho no podemos plantearla, ni racional ni empíricamente.

3.3.1. Contextualización

El gobierno del economista Rafael Correa Delgado en el año del 2008, por intermedio de un plan piloto, puso en marcha el Sistema de Evaluación y Rendición de Cuentas (SER)²¹³, con el cual, a decir del régimen, buscaba el mejoramiento de la calidad de la educación en sus niveles primario y medio del país²¹⁴. La posición de los maestros como tales nunca se ha conocido, mas el planteamiento de los profesores organizados en la UNE se fijó finalmente en la oposición a cómo se llevó a cabo este proceso²¹⁵.

Entre las herramientas que tiene el mencionado sistema para obtener sus fines mencionados, está la evaluación académica tanto de los estudiantes como de los maestros, siendo esta justamente la principal razón para el desacuerdo de los educadores agremiados en la UNE. Alegaban, por ejemplo,

²¹³ Acuerdo Ministerial 25, publicado en el R. O. 539, del 3 de marzo del 2009.

²¹⁴ Cfr. EL CIUDADANO, *Se realizará evaluación docente para el mejoramiento de la educación*, http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=1341:se-realizara-evaluacion-docente-para-el-mejoramiento-de-la-educacion&catid=1:actualidad&Itemid=42, p. 1, acceso 21 de agosto de 2012, 19h53.

²¹⁵ Cfr. EL HOY, *UNE no aceptará la evaluación a maestros*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/magisterio-exige-que-evaluacion-no-sea-solo-a-maestros-346883.html>, p 1, acceso 21 de agosto de 2012, 20h12.

que dichas pruebas eran de tipo “persecutorias”, que lo que pretendían es dejar sin empleo a muchos de sus asociados, que no eran adecuadas por ser estandarizadas, que no se podía evaluar de la misma forma a un profesor que labora en el área rural y a otro que labora en el área urbana, ni tampoco que se podía exigir la misma evaluación a un profesor de Lenguaje que a un profesor de Matemática, entre algunas otras razones más²¹⁶.

La respuesta del gobierno del economista Correa no se hizo esperar. Como es su estilo, los cuestionamientos variaron desde un tono más ligero, al llamarlos a que eduquen con el ejemplo o al expresarles que el negarse a la prueba desdice de su profesionalismo²¹⁷, hasta expresiones más duras como “no parará ‘guerra’ a mediocridad”²¹⁸.

La situación en si no mejoró al pasar el tiempo, pues para fines mayo de 2009 ya se decretó el inicio de la evaluación obligatoria de todos los docentes en un plazo de cuatro años²¹⁹. Los maestros agremiados en la UNE se negaron a ser evaluados, amparándose e invocando el derecho constitucional a la resistencia del artículo 98²²⁰. Este llamado tuvo de alguna manera eco en los maestros, los mismos que en esta primera instancia, en su mayoría, no se presentaron a las mencionadas evaluaciones; el gobierno tuvo entonces una reacción más dura y determinante: convocó para una segunda evaluación, para junio de 2009, pero esta vez con el agravante de que la inasistencia acarrearía automáticamente la calificación de cero puntos y el inicio de sumarios administrativos en contra de los maestro rebeldes²²¹. Tampoco hubo la asistencia esperada a pesar de las sanciones, ya que se tuvieron que iniciar 1735 sumarios.

A finales de julio de 2009, con las posiciones de los dos bandos indeclinables, se inician en todo el país movilizaciones violentas en contra de las evaluaciones, de la aprobación de la reforma a la Ley de Carrera Docente y

²¹⁶ Cfr. *Id.*

²¹⁷ Cfr. EL TIEMPO, *Evaluación a maestros no se detiene: Correa*, <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/16431-evaluacion-a-maestros-no-se-detiene-correa/>, p 1, acceso 21 de septiembre de 2012, 22h20.

²¹⁸ EL UNIVERSO, *No parará ‘guerra’ a mediocridad, dice Correa a maestros*, <http://www.eluniverso.com/2009/05/19/1/1355/7241276B56334072B4C2C6139B9BF48B.html>, p 1, acceso 21 de agosto de 2012, 22h24.

²¹⁹ Cfr. EL CIUDADANO, *Art. Cit.*, p. 1.

²²⁰ Cfr. EL HOY, *Sin justificación resistencia a la evaluación docente*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/sin-justificacion-resistencia-a-la-evaluacion-docente-350404.html>, p 1, acceso 21 de agosto de 2012, 22h25.

²²¹ Cfr. EL HOY, *Persiste resistencia de maestros ante segundo llamado a evaluación*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/persiste-resistencia-de-maestros-ante-segundo-llamado-a-evaluacion-357174.html>, p 1, acceso 21 de agosto de 2012, 22h26.

en apoyo a los maestros, en contra de los cuales se había iniciado sumario administrativo. Para mediados de septiembre del mismo año, y a pesar de las amenazas del Gobierno, la UNE conjuntamente con organizaciones afines, como Federación de Estudiantes Universitarios del Ecuador (FEUE) y la Federación de Estudiantes Secundarios del Ecuador (FESE), decretan un paro nacional indefinido, el cual es llevado a cabo a través de cortes de rutas, marchas, toma de planteles y la preparación para una huelga de hambre²²². Para el 7 de octubre, y luego de 22 días de paralización indefinida, se reúnen los dirigentes de la UNE con el vicepresidente de la República, luego de 6 horas de conversación llegan a un acuerdo de varios puntos, entre los más importantes: las evaluaciones son aceptadas por la UNE, se levanta el paro y se logra mejores posibilidades para los maestros que no aprueben las evaluaciones²²³.

La forma como se manejó este enfrentamiento de perspectivas por parte de los actores determinó cual de ellas se impondría, así la del Gobierno Nacional terminó sobreponiéndose, ya que éste recurrió al discurso pro regeneración del pésimo sistema educativo, premios y estímulos a los maestros con mejores conocimientos y de nivelación a los que obtengan insuficientes puntajes²²⁴. En tanto que los maestros agremiados no tuvieron más ideas que sólo volver a la desgastada estrategia de las medidas de hecho, lo cual trajo como consecuencia el evidente debilitamiento de la UNE, pues el 7 de abril de 2010 una nueva organización de maestros, afín al gobierno, apareció en la palestra: la Red de Maestros por la Revolución Educativa²²⁵.

La prensa escrita del país recogió el criterio de algunas personas respecto de los hechos aquí narrados, especialmente en lo referente al derecho a la resistencia que invocó la UNE para tratar de eludir las evaluaciones. A más de los editoriales que criticaban esta posición, claramente injustificada para su parecer²²⁶, se publicaron también opiniones de juristas, como la del Dr. Ramiro Aguilar, quien expresó que se debe distinguir entre el derecho a la resistencia y el delito de desacato, el primero es utilizado para anteponerse a resoluciones

²²² Cfr. TORRES DEL CASTILLO, María Rosa, *Reseña del conflicto (2009-2012)*, <http://evaluaciondocenteecuador.blogspot.com/>, acceso 23 de agosto de 2012, 03h59.

²²³ Cfr. *Id.*

²²⁴ Cfr. LA TELEVISIÓN, *Evaluación a profesores del Ecuador*, http://www.tvecuador.com/index.php?id=1056&option=com_reportajes&view=showcanal, acceso 2 de noviembre de 2012, 11h47

²²⁵ Cfr. TORRES DEL CASTILLO, María Rosa, *Art. Cit.*

²²⁶ Cfr. EL HOY, *Sin justificación resistencia a la evaluación docente*, *Art. Cit.*, p 1.

que vulneren derechos fundamentales (a la vida, libre expresión, la misma educación); en tanto que el delito se refiere a la oposición sin sentido a toda orden estatal, sin que haya la violación de derecho alguno²²⁷. Acota el Dr. Aguilar que “lo que existe es una actitud de desacato a las decisiones del Ministerio de Educación, escondida bajo el discurso del derecho a la resistencia, y que, en este caso, no aplica por que no se violan derechos constitucionales e individuales de una persona, ni de un colectivo.”²²⁸. Entre tanto, el constitucionalista Ernesto López calificó a este derecho, contenido en la Constitución aprobada por los asambleístas constituyentes en Montecristi, como:

Novedoso y no existen antecedente histórico para saber cómo proceder [...] ‘Este articulado era muy amplio y peligroso y, por su puesto, ahora los ex constituyentes que redactaron la nueva Constitución están cosechando esa ambigüedad, por que no tenían idea de lo que estaban haciendo’²²⁹.

3.3.2. Análisis

En cuanto al primer elemento que se debe analizar, sobre si los profesores agremiados en la UNE pueden o no encajar en los titulares de la acción de resistencia, tendremos algunas novedades. Hay que considerar que de conformidad con el artículo 26 de la Constitución vigente, la educación es un derecho humano básico y una área estratégica para el desarrollo del país, razones por las cuales, la organización administrativa del Estado ha considerado necesario convertirla en un servicio público, tal como lo establece el artículo 345 de la misma Carta Fundamental; de esta forma, los profesores al brindar un servicio público, pasan a ser indefectiblemente servidores públicos, tal como lo establecen los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público. La pregunta entonces que surge es ¿pueden los servidores públicos, como integrantes del aparato estatal, ejercer el derecho a la resistencia? La respuesta *prima facie* sería negativa, pues en tal calidad el artículo 98 no los legitima, y más bien lo que obtendríamos sería una discordancia funcional al permitir que una parte del Estado empiece a resistir a otra de superior jerarquía. Sin caer en artificios, los docentes si podrían tener derecho a la resistencia, solo si comparecen a tal acción en calidad de individuos o como organización gremial no estatal, como la UNE, lo dicho debido a que como tales, poseen derechos y garantías que pueden ser vulnerados. Estamos conscientes de que lo descrito abre la posibilidad para que la resistencia sea

²²⁷ Cfr. EL HOY, *Resistencia no aplica a UNE*, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/resistencia-no-aplica-a-une-352236.html>, p 1, acceso 21 de agosto de 2012, 22h29.

²²⁸ *Id.*

²²⁹ *Id.*

invocada por parte de otros sectores similares o hasta más centralizados del Estado, tanto que podríamos tener a los miembros de un Ministerio compareciendo a ejercer la resistencia frente a algún otro órgano que aparentemente vulnera sus derechos. La situación es crítica, pero dado el paradigma neoconstitucionalista que cimienta nuestro ordenamiento jurídico, es preferible extender la protección de los derechos a la mayor cantidad de individuos o colectivos, a tener reservas por temas de incongruencias teóricas del funcionamiento del Estado o por riesgo de su inestabilidad, tal como vimos en el primer capítulo, el fin no es el armazón institucional, ni si quiera las normas, sino únicamente los derechos inherentes al ser humano.

Las conductas con las cuales los actores practicaron su potestad a resistir tienen algunos puntos peculiares para analizar. Los profesores agrupados en la UNE promovieron entre sus asociados, y los profesores en general, la no presentación a rendir las pruebas del plan de evaluación. La omisión que propusieron, resultó ser una forma relativamente sencilla y efectiva de salir exitosos en su posición, razón por la cual en un primer momento se sintieron victoriosos y seguros en su postura antievaluación. Por su parte, el Ejecutivo al ver el primer fracaso de su intento valorativo, recurrió a la amenaza de la penalidad de la ley, pero también buscó estímulos positivos, como becas y reconocimientos económicos, para los profesores que demostraran en este proceso, desde conocimientos medios hasta avanzados. Finalmente cuando el gobierno, en los siguientes intentos de evaluación, había logrado que más docentes se acercaran a rendir las pruebas, los miembros de la UNE al ver que su llamado perdía adeptos, tuvieron que volver a las viejas prácticas de las medidas de hecho a nivel nacional, para tratar de revertir la situación que se les salía de las manos.

En cuanto al análisis de la posible causa que se invocó en este caso, es decir, si el Estado había realizando alguna acción u omisión que haya vulnerado los derechos de los docentes, tendremos lo siguiente. El centro de la discordia era la aplicación del sistema de evaluación, específicamente la modalidad de la prueba y las consecuencias de sus resultados. De acuerdo al artículo 23 y siguientes de la Ley de Educación o Ley 127, que se encontraba vigente a la fecha de los hechos relatados, el Ministerio de Educación y Cultura, con ayuda de los demás organismos inferiores, tenía la potestad de organizar y administrar el Sistema Educativo, lo cual comprende lógicamente el

proceso evaluativo, más nunca se dio ni se conoció de tal proceso a los docentes, mientras estuvo en vigencia la mencionada Ley 127. Sobre esta base legal, la Función Ejecutiva, encabezada por el presidente Rafael Correa, expidió, es decir se realizó un acto, el Acuerdo Ministerial 25 arriba referido, con lo cual inició, dentro de su competencia, con bastante apoyo ciudadano y desde su perspectiva, el proceso de mejoramiento de la calidad de educación primaria y media del país; una vez que se ha constatado lo anterior, nos queda averiguar si a pesar de esto, se han vulnerado derechos que los maestros dicen tener.

Debemos buscar parámetros objetivos para responder la precedente pregunta. De los hechos recogidos en la contextualización del caso, podemos inferir que los maestros reclamaban básicamente dos cuestiones: la primera referida a la idoneidad de los instrumentos y mecanismos evaluativos aplicados en forma estandarizada a todos los maestros, sin tomar en cuenta realidades como el lugar dónde enseñan, la especialidad a la que se han dedicado y más aún la situación cómo ingresaron a trabajar como docentes, ya que algunos de ellos, a decir de la Presidenta de la UNE, ingresaron a trabajar como profesores sin tener siquiera título de bachiller y al parecer así han seguido hasta la actualidad²³⁰; y segundo, apelaban a su derecho al trabajo y a su estabilidad dentro del mismo. Puntualmente, el pedido de discriminación al momento de tomar las evaluaciones por las referidas circunstancias no tiene base en ningún derecho constitucional, tentativamente se lo puede derivar de la naturaleza de la acción afirmativa que contiene el artículo 11.2 de la Constitución, pero la situación de los profesores no cuadra en la teoría de dicha institución jurídica; en lo referente a su derecho al trabajo y su estabilidad, tampoco hay violación, pues el plan enunciado por el gobierno, específicamente en el artículo 6 del Acuerdo Ministerial 25, no eran separados automáticamente los maestros con bajas calificaciones en las evaluaciones, sino que más bien se les proveía de nivelación gratuita para que así puedan alcanzar un mejor nivel, y así puedan rendir las pruebas por segunda ocasión. Más bien, es preciso establecer que en contraposición a los docentes resistentes, no sólo se encuentra el ejecutivo sino también los padres de familia y sobre todo los educandos que asisten a las cátedras de los evaluados. Podemos decir que dado el bajo nivel educativo que con toda seguridad

²³⁰ Cfr. LA TELEVISIÓN, *Art. Cit.*

nuestra educación tiene, en cambio, se han violado los derechos constitucionales de los estudiantes y los padres de familia, tales como el derecho a una educación de calidad, el derecho a la igualdad de oportunidades, el derecho a un mejor estándar de vida, etc.; por lo que más bien a los profesores se les constituye, por contrapartida, la obligación de evaluarse, rendir en límites mínimos aceptables y prepararse continuamente para cumplir en mejor manera su trabajo asignado. Por todo lo anotado, el ejercicio de la resistencia de los maestros de la UNE no está ni jurídica ni moralmente fundamentada, más se nos asemeja su accionar a una actitud de desacato, capricho y hasta temor por los resultados que se puedan obtener, ya que al confirmarse y detectarse oficialmente las fallas del sistema educativo, entre las consecuencias de los correctivos podemos tener la pérdida de las cuotas de poder que la UNE ha mantenido en el sistema educativo y, lamentablemente, verse obligados a una constante preparación. Se asemeja esto a un tipo de abuso de la especialísima garantía del derecho a la resistencia.

En la parte valorativa, no encontramos elementos metafácticos para sostener la resistencia a la evaluación docente, más bien todo lo contrario, todos los elementos confluyen en que deben ser evaluados, pues los derechos a una educación de calidad, a la igualdad de oportunidades, a una vida más digna, empiezan por mostrar y enseñar a los alumnos, con ejemplo: la excelencia en la preparación, la integridad, la verdad, la coherencia en las actuaciones, la responsabilidad y hasta el respeto y valoración del otro. Son todas estas razones metafácticas más que suficientes, para que los docentes se sometan a las evaluaciones referidas.

3.3.3 Soluciones y consecuencias

Conocemos el desenlace final de los hechos aquí descritos: las evaluaciones fueron rendidas por los maestros, los resultados se publicaron, se premiaron a los mejores y los no tan afortunados en los resultados tuvieron que empezar a prepararse mejor. Como ya expresamos al inicio, al no existir una mejor definición y un camino metodológico cerrado y concreto para un ejercicio más adecuado del artículo 98 de la Constitución, aquí podemos vislumbrar un inadecuado uso del mismo, el cual, felizmente no tuvo efectividad y por tanto no trastocó los objetivos evaluativos previstos. Retomando nuevamente al tema

de la posible existencia de una relación causal entre el ilegal e inmoral uso de la resistencia con un resultado adverso de la misma, debemos ampliar, que dados nuestros parámetros de análisis racional, sólo una explicación con elementos científicos pueden avalar y establecer dicha conclusión, más al no resultar fácil esta empresa, por la falta de datos experimentales adecuados y por la naturaleza del campo en el cual se los quiere encontrar, proponemos que la fuerza moral de un cierto y actual daño a los derechos fundamentales de las personas, proporciona la suficiente capacidad para exigir y ejecutar todos los actos necesarios que permitan denunciar, combatir y tratar de resarcir el resultado dañoso. Lo dicho lo sustentamos en la repetición de ciertas acciones en ejemplos históricos de resistencia, como por ejemplo, en el ya mencionado movimiento de resistencia no violenta por parte de Gandhi en la India, en el cual, preferían recibir castigo físico y hasta la muerte en vez de renunciar a la defensa de sus derechos de libre determinación y otros; o, sin irnos demasiado lejos, el ejemplo de la familia Restrepo-Arizmedi en su lucha continua por más de 20 años, con el fin de reclamar que se haga justicia y que no vuelva a ocurrir lo mismo con otras personas. No podemos establecer una regla abstracta predictiva y sujeta a indefinidos casos de verificación, pero si podemos enunciar la existencia de la enunciada fuerza moral, que la llamamos la fuerza de la razón.

Desde un punto de vista optimista, podemos proponer que tenemos ya un ejemplo para juzgar otros casos futuros, donde no haya derechos vulnerados y por tanto falte la contundente fuerza moral del reclamo.

3.4. Caso “Arbitraje”

El caso desarrollado a continuación constituye un ejemplo de lo que hemos denominado la modalidad moderna o particular de la Resistencia, en la cual, nos olvidamos de las características clásicas y originarias de la misma y más bien nos aprestamos a conocer de que también se puede resistir dentro del sistema, a través del derecho de petición, ante un Juez y sin tener que recurrir a la violencia. Claro está, todo esto en presencia de voluntad jurídica de los competentes funcionarios para impartir Derecho, en todo el amplio sentido que la actual Constitución establece para el mismo.

3.4.1. Contextualización

El día 3 de agosto de 2009, el abogado Dr. Luis Oswaldo Tamayo Sánchez, por sus propios y personales derechos, presenta “recurso de resistencia” al amparo de los artículos 98, 11.3 y 86 de la Constitución de la República y el artículo 44 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición²³¹, en contra del Ing. Rodrigo Ricaurte Marín, Árbitro único del Tribunal Arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito CENAMACO. Por sorteo conoce de este acción el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha con el número 1028-2009, cuyo titular califica la demanda, inicia y prosigue el trámite y finalmente se dispone a resolver.

El actor expresa que propone este recurso debido a que el recurrido lo sancionó, mediante providencia de fecha 17 de julio de 2009, al pago de una multa de 50 “salarios mínimos vitales generales”, notificación de esta sanción al registro del Colegio de Abogados de Pichincha y epítetos que afectan su honor y buen nombre. La antedicha sanción le fue impuesta por un supuesto desacato y entorpecimiento del proceso arbitral 001-2008, el cual tiene por objeto la celebración de las escrituras definitivas de un contrato de Promesa de Compraventa con canje entre los clientes del sancionado y otras terceras personas.

Para empezar, fundamenta su recurso en el hecho de que él no es parte procesal en el arbitraje, y que por tanto, las actuaciones dentro del mismo no son por si mismo, sino a nombre y por orden de sus representados. Luego argumenta que se ha violado su derecho al debido proceso²³², especialmente el derecho a la defensa, al negar su solicitud de revocatoria y por tanto dejar en firme la resolución de sanción²³³, 50 minutos después de haber presentado la antedicha solicitud, es decir, antes de que precluya el término; también expresa que se han violado estas garantías y derechos debido a que la resolución del CENAMACO, persona jurídica de derecho privado que no está sujeta al control del Consejo de la Judicatura ni de ningún otro superior, es inapelable ante otra instancia²³⁴. Finalmente, alega que se vulneraron sus derechos al trabajo, al honor y buen nombre y a ser tratado como igual sin ser discriminación, ya que

²³¹ Registro Oficial Suplemento 466 de 13 de noviembre de 2008, aparentemente todavía en vigencia.

²³² Artículo 75 y 76 de la Constitución de la República.

²³³ Artículo 291 del Código de Procedimiento Civil.

²³⁴ Artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación

sólo se sancionó al recurrente y no al abogado de la otra parte, el cual sí habría tratado de dilatar el proceso.

El recurrido, Ing. Rodrigo Ricaurte Marín, en su intervención pide que se rechace la acción de resistencia, argumentando que la sanción la ordenó amparado en lo que establecen los artículos 33 de la Ley de Mediación y Arbitraje (LMA) y los artículos 335 y 336 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). Agrega que por su calidad de Árbitro y por la cláusula de confidencialidad que acordaron las partes en el proceso arbitral que conoce, no puede presentar prueba alguna para demostrar lo acertado de sus decisiones, razón por la cual deja en claro su estado de indefensión. Finalmente expone que el recurso de resistencia no es aplicable a resoluciones judiciales ni arbitrales.

3.4.2. Análisis

El Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha empieza determinando su competencia para conocer este recurso y el procedimiento seguido para tramitar el mismo. En cuanto a la primera expresa que lo hace como Juez Constitucional, tal como lo establecen los artículos 7 del COFJ y la concordancia entre los artículos 86, 424 y 426 de la Constitución de la República. En referencia al procedimiento, establece que la aplicación del Derecho a la Resistencia está regido por el artículo 86 de la Constitución, por lo cual, valida todas las diligencias procesales realizadas al tenor de esta norma, declarando así la validez del mismo. De lo transcrito, evidenciamos que el Juzgador asimila sin ningún problema la resistencia a una garantía constitucional, a pesar de que ya se da cuenta de la peculiaridad de la misma, cuando expresa que la misma se ejerce de hecho, lo cual crea un conflicto entre las partes, ya que los que resisten pueden simplemente desconocer las actuaciones del Estado o los particulares²³⁵.

Motiva el conocimiento y resolución del presente recurso, en la naturaleza de los derechos constitucionales como los fines últimos del ordenamiento jurídico y en el funcionamiento del mismo para realizarlos y

²³⁵ Considerando Primero de la Sentencia emitida por el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha en el Proceso No. 1028-2009 PT.

defenderlos sobre todas las cosas²³⁶. Con este antecedente, declara la pertinencia de este recurso, el cual, al igual que la institución de la legítima defensa en situaciones extremas, se constituye en la única posibilidad para evitar la vulneración de sus derechos y de la Ley, por los siguientes puntos: entre el recurrente y el recurrido no hay relación procesal ni sustancial alguna, por lo que la sanción del árbitro es ilegal, ya que la Ley no le da tal potestad²³⁷, y el abogado queda en indefensión, ya que no existen otras vías jurisdiccionales y administrativas que le permitan iniciar otra acción o apelar²³⁸; el artículo 98 de la Constitución contempla justamente estas situaciones muy especiales en las que se vulneran derechos y no hay normas expresas que las protejan²³⁹.

Ya en el núcleo mismo del recurso, el Juez limita su actuación al hecho de que el abogado que recurre, por su circunstancia en el laudo arbitral, es sancionado por actos que no puede ejecutar y que por tanto no son suyos, pero que a la final le acarrearán la vulneración de sus derechos constitucionales. Esta síntesis le permite al Juez comprobar que el recurrente no le está planteando abusivamente un simple caso mera de legalidad, para el que puede utilizar otras vías, sino que en realidad es una situación donde el abogado hace conocer de que su ánimo y conducta es resistir la inconstitucional e irrecurrible sanción arbitral. Sustenta entonces el trámite y decisión que está tomando en este recurso de resistencia, en la amplitud e indeterminación del artículo 98 de la Constitución, en el espíritu protector de los derechos del mismo cuerpo normativo y en el estudio doctrinal de Roberto Gargarella, autor que explica que hay dos modalidades de resistir: una comunitaria, contra el poder, violenta, en manos del mismo pueblo y en decadencia por los sistemas democráticos actuales; y otra, particular, contra las violaciones de los derechos, pacífica, en manos de la autoridad para su ejecución y juzgamiento pero sobre todo dentro del ordenamiento jurídico. Como es claro, utiliza esta última modalidad de resistir, la cual no contradice la Constitución y sigue siendo tan abierta para proteger los derechos de todos los vacíos y contradicciones de la Ley positiva,

²³⁶ El Juez en mención sostiene estas aseveraciones citando los artículos 11.3, 11.6, 98, 424 y 426 de la Constitución; 4, 6, 23 y 29 del COFJ.

²³⁷ El artículo 33 de la LMA ordena que por incidentes que retrasan el proceso arbitral, se sancionará a las partes, y el artículo 336 del COFJ establece que las sanciones a los abogados serán impuestas por las respectivas Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura.

²³⁸ Considerandos cuarto y séptimo de la Sentencia emitida por el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha en el Proceso No. 1028-2009 PT. Los artículos 7, 30 y 31 de la LMA establecen que los laudos arbitrales no son apelables ante otra vía o instancia, el problema aquí es que la sanción al abogado recurrente, que no es parte procesal, se lo hace mediante providencia.

²³⁹ Considerando quinto de la Sentencia emitida por el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha en el Proceso No. 1028-2009 PT.

los cuales dicho sea de paso, no están presentes en la sanción arbitral, sino que la misma es una clara violación al artículo 336 del COFJ. La resolución final, como se puede predecir, es favorable al recurrente, por lo que deja sin efecto el cobro de la multa y el envío de los oficios al Colegio de Abogados.

3.4.3. Soluciones y consecuencias

En el presente caso, el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichicha, realiza una interpretación bastante interesante, de alguna forma innovadora, muy enmarcada en lo que conocemos como activismo judicial, y aun así, dentro de los límites que establece la Constitución vigente del 2008. A pesar de las dificultades metodológica, de no tener un procedimiento puntual desarrollado, y sustancial, no conocer con certeza la naturaleza y alcance del derecho a la resistencia al interior de un sistema jurídico y que por tanto este intento de arreglar esta omisión pueda afectar derechos de otras personas o al mismo sistema, el Juzgador toma la opción de aplicar el artículo 98 de la Constitución, lo cual a la postre significa proteger los derechos que estén efectivamente vulnerados, tal como se lo ordenan, entre otros, los numerales 3 y 6 del artículo 11 de la Constitución. Esta postura garantista la toma, eso si, una vez que corrobora que al recurrente efectivamente se le han vulnerado derechos como a la seguridad jurídica, a la defensa, a la igualdad de trato, al buen nombre y al trabajo; y también, al confirmar de que la acción de resistencia presentado es por una situación en la que no se pueda recurrir a otras vías ni instancias.

Lo que se debe rescatar y puntualizar del presente caso, es que el Juzgador, en la forma ya descrita, desecha la fácil posición de cumplir las normas tal cual están establecidas y asume su papel de garante y creador de Derecho, es decir cumple con la Constitución, con lo cual, crea un precedente valioso de que se puede resistir dentro del sistema, en forma racional, no violenta y ante un juzgador constitucional.

CONCLUSIONES

El Neoconstitucionalismo es un paradigma que trata de ser una tercera vía intermedia entre las varias perspectivas que se agrupan bajo el positivismo y las teorías naturalistas del Derecho, con el fin de lograr un modelo integracionista (continuo entre Derecho y Moral, positivamente hablando) que conjugue tanto el elemento artificial y sistémico del primero con las características metafísicas y supra sistémicas del segundo, en un sistema más efectivo pero más justo a la vez.

Con este objetivo ha mantenido las nociones de ambos paradigmas, así del positivismo ha conservado la característica de la norma positivizada como unidad básica dentro de un sistema lógico más complejo que da lugar al ordenamiento jurídico. En cambio, de las teorías naturalistas ha tomado los elementos meta positivos como la naturaleza humana o la justicia para fundamentar el sistema positivo. Con este ejercicio de sincretismo, lo que ha logrado es proponer un orden jurídico que tiene la estructura y la organización de un ente lógico y controlado, pero también en cada uno de sus elementos organizados se encuentra la indeterminación y la naturaleza abierta de los mismos, no por que hayan sido descubiertos o incorporados por el Neoconstitucionalismo, sino por que finalmente se aceptó su inevitable presencia y más bien se ha buscado teorizarlos y racionalizarlos en la medida de lo posible.

El derecho a la resistencia que establece el artículo 98 de la Constitución es una institución política primero y jurídica posteriormente, cuya concreta definición dentro del sistema jurídico ha sido muy complicada, pero finalmente se ha podido clasificar, tomando en cuenta su condición de instrumento o de medio, como una garantía sui géneris o medida cautelar que permite proteger los derechos y participar activamente a los ciudadanos y colectivos en el plano político y jurídico del país. Así al tratar de establecerla como derecho, nos hemos encontrado con su falta de contenido ontológico y por tanto su naturaleza instrumental nos han hecho desistir. En cambio, ha calzado de mejor manera en la definición de una garantía o una medida cautelar, pues de la sola lectura del citado artículo 98 se colige que no tiene un fin en si mismo, sino el de proteger los derechos en todas las formas posibles

que se pueda crear, eso sí, nunca vulnerando derechos de otras personas, o por lo menos vulnerándoles en menor escala; todo esto sin perder de vista la posibilidad reclamar el reconocimiento de nuevos derechos, característica que no forma parte del objetivo central de nuestro trabajo. De esta forma, la teoría integracionista del Neoconstitucionalismo queda plasmada en lo apenas desarrollado, pues al ser una garantía o una medida cautelar, la única forma de conocerla como tal es a través de una norma positivizada en la Constitución principalmente y en cualquier otra norma inferior subsidiariamente; y también, la referencia a elementos como dignidad humana, justicia o buen vivir, es una clara muestra de la presencia de la concepción natural del Derecho.

La imprecisa denominación “derecho a la resistencia” que identifica a la institución del mismo nombre dentro de nuestro ordenamiento jurídico y del paradigma neoconstitucionalista, tiene una naturaleza bastante definida en comparación a la noción clásica que se ha tenido de la misma.

Así, hemos transitado de la exclusiva remisión al naturalismo racionalista, como la contenida en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776, a la actual también remisión al naturalismo señalado, pero esta vez con un límite más desarrollado y definido: los Derechos Humanos. La conjunción del elemento natural abierto de la resistencia con el límite sistémico que necesariamente imponen los Derechos Humanos constitucionalizados, nos ha mostrado por lo menos dos modalidades de resistir en nuestro ordenamiento jurídico. La primera denominada clásica, política y colectiva, todavía tiene muchos rasgos en común con la resistencia clásica, eso sí, al menos en nuestro medio, con la perspectiva de utilizarla cada vez menos con la ayuda de los actuales sistemas de gobierno democrático y sus distintos mecanismos de participación ciudadana. La otra modalidad, actual, jurídica y mayormente individual, con los rasgos necesarios para seguir distinguiéndola como resistencia pero con características incipientes que la hacen sujetarse al sistema que crean los Derechos Fundamentales. La resistencia entonces, puede ser la única forma real, en circunstancias extremas, y más cotidianas de lo que se cree, mediante la cual se efectivicen los derechos que pueden ser vulnerados, o como ya se dijo con anterioridad, para que se reconozcan nuevos.

Dentro de la modalidad del ejercicio del Derecho a la Resistencia que hemos denominado jurídica o actual, es necesario que los jueces constitucionales y la misma Corte Constitucional, dentro de la sustanciación de las acciones de resistencia y en sus respectivos fallos, incorporen los requisitos de subsidiaridad, *ultima ratio* y residualidad de las mismas. Lo dicho con el objetivo de reforzar la institucionalidad jurídica y así evitar el entorpecimiento innecesario de la labor de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, así como de sus respectivas competencias. Antes de catalogar esta regulación como un acto de inconstitucional limitación de la resistencia, se lo debe observar como una inevitable condición metodológica del sistema, luego de que en la modalidad especificada al inicio del párrafo, se asimila para su trámite al procedimiento de cualquiera de las garantías constitucionales formalizadas en la Ley.

La constitucionalización de la garantía de la resistencia, en el modo que ha sido redactado el artículo 98 de la Constitución, es la forma mas adecuada para poner en vigencia esta institución en el actual ordenamiento jurídico; lo dicho, por que el articulo mencionado, los demás Derechos, y, los principios que establecen la Constitución, son suficientes en términos prácticos, para constituir esta garantía sui generis. Así, en primer lugar tenemos definidos los sujetos que pueden invocar esta garantía; luego se encuentran especificados los tipos de conductas y los autores de las mismas, ante cuya manifestación se permite resistir; también se puntualiza el elemento inconstitucional que debe caracterizar a las antedichas acción u omisión; y, se cierra la redacción con la posibilidad de pedir el reconocimiento, no la creación, de otros derechos que la cotidianidad social muestre como necesarios. De igual forma, la Constitución, al definir al Ecuador, en su primer artículo, como un Estado constitucional, de derechos y justicia, en concordancia con los principios que rigen el ejercicio de los distintos derechos previstos en el artículo 11, especialmente los numerales 3, 6 y 7, sumado a la jerarquización y formas de aplicación de las normas constitucionales de los artículos 424 y 426, delimitan flexiblemente las causas para iniciar un acto de resistencia, así como también las formas en que se la puede manifestar: cualquier conducta pero siempre respetando los Derechos Constitucionales como fin último.

En forma contraria, se puede asumir la posición de que la institución de la resistencia, tal como está planteada, demuestra contradicción de esencia,

indeterminación y por tanto facilidad para la arbitrariedad. Hemos desarrollado que la presencia, en el seno de un ordenamiento jurídico, de la capacidad de resistencia al mismo, no necesariamente significa el peligro inminente de ineffectividad, peor aún de su agotamiento, ya que el paradigma neoconstitucionalista propone que el sistema no es lo finalmente importante, sino los derechos mismos, por lo que en un escenario extremo se puede tener que contrariar el sistema pero no los derechos, que es justamente una de las situaciones que el resistir contempla; en cuanto a la indeterminación, por cierto ya limitada, de los supuestos de hecho que legitimarían el resistir y de las formas en que se puede manifestarla, no es ningún problema, ya que la misma naturaleza compulsiva y amplia de defensa que muestra la resistencia y los casos infinitos de posibles escenarios donde se necesite proteger los derechos, hacen que las categorías abiertas sean las mas adecuadas con este fin.

Desde la vigencia de la Constitución del 2008, ya se han producido varios casos de ejercicio de la resistencia con resultados, sino excelentes, aceptables y alentadores. Lo dicho debido a que una vez que se han producido los incidentes señalados, empíricamente podemos demostrar que su invocación no ha llevado al país al caos o a la anarquía, tampoco se han registrado actos violentos extremos, ni mucho menos hemos presenciado la desinstitucionalización del Estado, más todavía de lo que conocemos que está. Más bien, se ha presenciado la creación de un escenario de tensión suficiente como para atraer la atención de los ciudadanos a lo que estaba sucediendo en cada una de las situaciones en concreto y así lograr de alguna manera involucrarlos más en las decisiones políticas y jurídicas que se toman a cada momento en el Ecuador, procurándoles justamente una facultad de acción de primera mano, con casi nada de requisitos formales para utilizarla.

También se ha conseguido, por lo menos, hacer notorio el artículo 98 de la Constitución vigente a los poderes estatales y privados, los cuales deben tomar en cuenta que sus posibles acciones violatorias de los derechos constitucionales no se podrán escudar fácilmente en artificios de procedimiento de vías ordinarias, sino que ahora los ciudadanos podrán directamente plantear su oposición. Lo optimista de lo apenas señalado lo fundamentamos sobre nuestra afirmación de que la resistencia solo es una herramienta para mostrar la situación de vulneración actual o posible, más nunca un método para tomar decisiones.

RECOMENDACIONES

Con base a lo que disponen el artículo 436.6 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 25 de la LOGJCC, que la Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones, seleccione y revise las diferentes sentencias que emitan los jueces constitucionales de primer nivel, en los diferentes casos que acepten, tramiten y resuelvan sobre acciones de resistencia, con el fin de que la Corte forme un pronunciamiento vinculante sobre las circunstancias y características del derecho a la resistencia, al menos en la acepción que aquí hemos denominado jurídica o actual.

Reformar la LOGJCC para que se incluya el Derecho a la Resistencia como una garantía constitucional más, contra todo acto de Estado o de ente privado, reforma que especificará que se puede resistir, en la modalidad jurídica actual, tomando en cuenta las características de subsidiaridad, *ultima ratio* y residualidad, con respecto a las vías ordinarias de protección de los derechos.

Desarrollar campañas legales que den a conocer la existencia del Derecho a la Resistencia, sus características peculiares, las ventajas para proteger directa e inmediatamente los derechos vulnerados así como para demandar el reconocimiento de nuevos, sus modalidades política y jurídica; pero también, que informen sobre el riesgo y la situación política y jurídica de incertidumbre, cuando se resiste abusando del derecho (sin que exista violación de derechos) y sin respetar los derechos de otros.

Incentivar en las personas el ejercicio del Derecho a la Resistencia para que proteja sus derechos, pero tratando de que lo haga, en su totalidad si fuera posible, en la modalidad jurídica o actual, es decir, utilizando las vías constitucionales de las garantías y sin violencia; y muy excepcionalmente, utilizando la modalidad clásica o política a través de la fuerza, en una medida muy controlada, lo suficiente como para crear las condiciones que obliguen al diálogo, mas nunca como un indicativo de supremacía fáctica, y por tanto, de imposición de una perspectiva.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación Ecuatoriana

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998

Constitución de la República del Ecuador de 2008

Código Civil vigente

Código de Procedimiento Civil vigente

Libros

UBIDIA ANDRADE, Santiago y ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando edit., *La transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Primera Edición, 2009

ARAUJO GRANDA, María Paulina, *La desobediencia civil*, Análisis político y penal: Caso ETA, Cevallos editora jurídica, Quito, Primera Edición, 2007.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Segunda Edición, 2008.

ARNAUD, André-Jean, *Entre modernidad y globalización, Siete lecciones de la historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Sigma Editores Ltda., Bogotá, Primera edición, 2000.

AVILA SANTAMARÍA, Ramiro edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Primera Edición, 2008.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Primera Edición, 2008.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D. F., Primera Edición, 1989.

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico, Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Editorial Debate, Madrid, Primera edición, 1993.

CARBONELL, Miguel edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, Cuarta edición, 2009.

FARALLI, Carla, *La Filosofía del Derecho contemporánea, Temas y desafíos*. Servicio de publicaciones-Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, Primera edición, 2007.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL, *El derecho a*

la resistencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo, Poligráfica C. A., Guayaquil, Primera edición, 2011.

FERRAJOLLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, Novena Edición, 2009

FROMM, Erich, *Sobre la desobediencia y otros ensayos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1984

GARGARELLA, Roberto *comp.*, *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, Primera edición, 2005.

GUILLEN, Pedro *comp.*, *Antología de Martín Luther King*, B. Costa – Amic Editor, México, 1968

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional S. A., México D. F., Primera Edición, 1979.

LORCA NAVARRETE, José F., *Temas de teoría y filosofía del Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, Quinta Edición, 2008.

SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Editorial Porrúa, México, Primera edición, 2006.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Derecho y Moral, ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*, Edeval, Valparaíso, Primera Edición, 1989.

TOLSTOY, León, *Cristianismo y Anarquismo*, Ediciones Antorcha, México, Primera Edición, 1982

Revistas

UNIVERSIDAD DE ALICANTE, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, <http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/DOXA/cuadernos.shtml>.

Páginas Web

BURÓ ESTRATÉGICO, Buró de análisis informativo, <http://www.burodeanalisis.com/>.

CENTRE TRICONTINENTAL (CETRI), <http://www.cetri.be/spip.php?mot2&lang=es>.

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN MAPUCHE, <http://www.mapuche.info/?nos>.

CENTRO DE ESTUDIOS APLICADOS A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Agencia intercultural de noticias indígenas, <http://www.ainoticias.org/>.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Búsqueda de casos, <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>.

ECHEVERRÍA, Julio, *La teoría del Sistema Político*, <http://www.flacso.org.ec/docs/antdemecheverria.pdf>.

EDIMPRES S. A., *Diario El Hoy*, <http://www.hoy.com.ec/>.

EL TIEMPO, *Diario El tiempo*, <http://www.eltiempo.com.ec/eltiempo.php?id=32>.

EL UNIVERSO C. A., *Diario El Universo*, <http://www.eluniverso.com/>.

EXPLORED, Archivo digital de noticias desde 1994, <http://www.explored.com.ec/>.

FUNCIÓN JUDICIAL DEL GUAYAS, Consulta de causas, http://www.funcionjudicial-quayas.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=63.

GÁLVEZ BAUTISTA, Julio Alejandro, *Activismo Judicial*, <http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf>.

GUNDELACH, Albrecht, *Una ventana abierta, Página de concepción atea, crítica de las religiones y temas científicos*, <http://pachane.blogspot.com/2010/09/el-trilema-de-munchhausen.html>.

IMPULSO COMUNICADORES SC, *Ecuadorinmediato.com*, <http://www.ecuadorinmediato.com/>.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Biblioteca Jurídica Virtual*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/presenta.htm>.

LATELEVISIÓN, http://www.tvecuador.com/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1.

NACIONES UNIDAS: <http://hdrstats.undp.org/es/indicadores/103106.html>.

OCCUPY WALL STREET, *About*, <http://occupywallst.org/about/>.

REVISTA LA VERDAD, *El fallo de la CC sobre el caso cervecería avanza y retrocede*, <http://www.revistalaverdad.com/Paginas/Articulos.php?Codigo=566>.

SEPÚLVEDA TORRES, Enrique, *Teoría Psicoanalítica de la Personalidad*, <http://esepulveda.cl.tripod.com/freud.htm>.

TERCERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAS, *Sentencia del proceso 982-2010-B*, http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CCEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fdoctrina_penal%2F130311%2Fdp-cerveceria_caso.doc&ei=GGWdUMDoAZCG8QTTxICqDQ&usq=AFQjCNE15x69YPrtUF9OvzvN5AAoDNjupq&sig2=YBTGSKul3Es15Pt6xh88tg.

TORRES DEL CASTILLO, María Rosa, *Ecuador: la batalla en torno a la evaluación docente*, <http://evaluaciondocenteecuador.blogspot.com/>.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA, *Desobediencia Civil,*
Compilación de textos Vol. II,
http://148.206.53.231/especiales/desobediencia_civil2/pc_content/textos.htm.

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS, *Facultad de comunicación,*
<http://www.comunicacionudlh.edu.ec/>.

Sentencias

JUZGADO VIGÉSIMO QUINTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA, Sentencia en la acción protección 1028-2009.

ANEXOS