

**Perspectiva de análisis del Derecho
Constitucional ecuatoriano a la resistencia**

**Analysis perspective of the Ecuadorian
Constitutional Right to resistance**

Mónica Cecibel Gallegos-Avenidaño
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
mgallegos@ucacue.edu.ec

Fausto Ricardo Barrera-Bravo
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
fbarrerab@ucacue.edu.ec

doi.org/10.33386/593dp.2021.6-1.947

RESUMEN

En el Ecuador, al año 2008 se constitucionalizó el Derecho a la resistencia, el cual, desde hace varias décadas se considera un tema agotado, o por lo menos, abandonado para la teoría constitucional por considerarlo como un derecho de imposible asimilación dentro de la estructura de los contemporáneos estados de Derecho basados en la primacía de la ley y en los que la sola vigencia de las normas son su parámetro de validez, sin reparar en la justicia o injusticia del resultado obtenido producto de su aplicación. Por lo tanto, el propósito inicial del presente trabajo investigativo es brindar desde la dogmática jurídica, una comprensión clara sobre la naturaleza del Derecho a la resistencia y evidenciar su problemática y posibles alcances dentro de nuestro estado constitucional de derechos y justicia. Un segundo propósito será constatar que la validez, vigencia y eficacia del derecho a la resistencia solo será posible si su contenido se adapta al nuevo paradigma constitucional que abandera el constitucionalismo de derechos, tarea en la que no se podrá desconocer los aportes de nuestra realidad jurídica, política y social.

Palabras clave: resistencia, dogmática jurídica, estado constitucional, paradigma constitucional, constitucionalismo

Cómo citar este artículo:

APA:

Gallegos-Avenidaño, M., & Barrera-Bravo, F. (2021). Perspectiva de análisis del Derecho Constitucional ecuatoriano a la resistencia. 593 Digital Publisher CEIT, 6(6-1), 713-725. <https://doi.org/10.33386/593dp.2021.6-1.947>

Descargar para Mendeley y Zotero

ABSTRACT

In Ecuador, in 2008, the Right to Resistance was constitutionalized, which, for several decades, has been considered an exhausted issue, or at least, abandoned for constitutional theory because it is considered as a right of impossible assimilation within the structure of the contemporary states of law based on the primacy of the law and in which the sole validity of the norms are its parameter of validity, regardless of the justice or injustice of the result obtained as a result of its application. Therefore, the initial purpose of this investigative work is to provide, from legal dogmatics, a clear understanding of the nature of the Right to Resistance and to highlight its problems and possible scope within our constitutional state of rights and justice. A second purpose will be to verify that the validity, validity and effectiveness of the right to resistance will only be possible if its content is adapted to the new constitutional paradigm that is championed by the constitutionalism of rights, a task in which the contributions of our legal reality cannot be ignored, political and social.

Key words: resistance, legal dogmatics, constitutional state, constitutional paradigm, constitutionalism

Introducción

El derecho a la resistencia es un derecho novedoso para la legislación ecuatoriana, sólo así se explica que careza de antecedentes en nuestro Derecho constitucional. Pero no se trata de un derecho novedoso para la doctrina constitucional, misma que, por la influencia del positivismo jurídico se desentendió de su debate desde los inicios de la Edad Moderna; influencia positivista, a la que no escapa nuestra cultura jurídica y que explica su actual proscripción y falta de eficacia. El derecho a la resistencia es un derecho antecesor del movimiento constitucionalista en tanto postula la necesidad de limitar al poder, lo que explica que el constitucionalismo clásico lo consagrara como un derecho garante de sus iniciales postulados; realidad garantista que se plasma en nuestro actual paradigma constitucional (Alvaracin, 2018).

Este nuevo paradigma constitucional, que en una visión dualista del fundamento de los derechos concilia al iusnaturalismo y al iuspositivismo, permite que el Derecho - vinculado a la moral - cambie en interpretación y aplicación, contexto en el que se explica la renovada vigencia del derecho a la resistencia en nuestro país. Es innegable que actualmente el derecho a la resistencia encierra problemáticas, acrecentadas con el reconocimiento ambiguo realizado por el constituyente ecuatoriano en el artículo 98 de la actual Constitución; dando lugar a interpretaciones y empleos discrecionales y arbitrarios que repercuten en su actual ineficacia (Colusorio et al., 2017).

La última ratio del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia es la última razón de este derecho, identificable en el agotamiento de los recursos jurídicos eficientes y eficaces empleados en la defensa de los derechos constitucionales frente acciones y omisiones que amenacen, vulneren o nieguen el reconocimiento de nuevos derechos. Última ratio; parte del contenido esencial del derecho a la resistencia que permite configurar su ejercicio constitucional, en el que la justicia constitucional juega un papel importante (Torres & Vázquez, 2021).

Realidad social y jurídica del Derecho Constitucional a la resistencia en el Ecuador

El derecho a la resistencia en el periodo pre-cons-posconstituyente

El reconocimiento, defensa y exigencia de eficacia de los derechos constitucionales no siempre se ha realizado a través de los mecanismos que prevé el Derecho positivo, por el contrario, en nuestro país la lucha por ellos ha sido una constante a través de acciones extra legem – pacíficas como violentas – amparadas en el derecho de protesta, acciones que debiendo ser sancionadas por el Derecho, se han exceptuado de sanción. Contexto en el que el derecho a la resistencia ha venido a reforzar dicha lucha, constituyéndose las acciones amparadas en el derecho de protesta en un antecedente importante a considerar al momento de hablar de las acciones extra legem que han de ser amparadas por el Derecho a la resistencia de su calificación (Fernando et al., 2021).

Periodo preconstituyente

Desde 1979, e incluso desde los inicios de la República en 1830, en los textos constitucionales ecuatorianos que antecedieron a la actual Constitución, ni en la legislación y la jurisprudencia existe mención expresa o implícita del derecho a la resistencia. Doctrinariamente tampoco se conoce desarrollo alguno al respecto en nuestro país. Sin embargo, en este periodo, e incluso mucho antes, en nuestra praxis social se evidencian numerosas acciones realizadas al amparo del derecho de protesta – pacíficas y violentas – en la lucha por los derechos, importantes de revisar para evidenciar la excepcionalidad del Derecho positivo punitivo frente a ellas, y contrariar el criterio de aquellos que hoy se escandalizan frente a la posibilidad de validar desde el Derecho positivo actos extra legem a través del derecho a la resistencia (Antonovna, 2015)

Ecuador, en el periodo comprendido entre 1996-2007, experimentó la aparición de multitudinarios actos de protesta – pacíficos como violentos –, ocasionando continuos

periodos de inestabilidad política, lo que incluso dio lugar a la sucesión de ocho presidentes dentro de un periodo que abarca aproximadamente diez años, 58 actos pacíficos y violentos respecto de los cuales, al resultar victoriosos los manifestantes, no se conoce de judicialización alguna a sus actores. En la región amazónica, que pese a su riqueza, contradictoria e históricamente ha sido una región pobre, también han acontecido manifestaciones; inicialmente planteadas como pacíficas pero que generalmente degeneraron en violentas (Odeku, 2013).

Periodo constituyente

A finales del año 2007 aconteció uno de los últimos episodios de protestas violentas en la región amazónica, cuando los pobladores de la Parroquia Dayuma perteneciente a la Provincia de Orellana, por exigencias de vialidad y electricidad protagonizaron la obstaculización de la producción petrolera, bloqueo de vías, daños a la propiedad pública y privada, ingreso indebido a instalaciones petroleras estatales, e incluso mediante el empleo de explosivos. Lo que motivó que el gobierno ordenara la intervención de las fuerzas de seguridad al considerar a dichos actos como terroristas (Yadav, 2020).

Pero, el 15 de enero de 2008, el presidente de la República, durante la presentación de su primer Informe a la Nación ante la Asamblea Constituyente, le solicitó a esta se otorgue la amnistía e indulto entre a otros, para las personas acusadas por la toma ilegal de los correos del Ecuador, por el bloqueo de las vías de Machachi y por el paro violento en Dayuma. Pedido que se replicó por parte de las organizaciones defensoras de los derechos humanos y del ambiente a favor de luchadores sociales criminalizados por haber ejercido su derecho a protestar y resistir (Franco et al., 2018).

Las resoluciones constituyentes de amnistías que hacen referencia expresan al derecho a la resistencia, aportan algunos elementos para su comprensión al considerar a los actos extra legem, pacíficos y violentos, como amparables por el derecho a la resistencia, así como dentro del derecho de protesta, aunque

no logran aportar criterios jurídicos que permitan diferenciarlos en función del momento en que han de ser ejercidos, etc. Tal aporte tampoco se constata en varias de las actas constituyentes revisadas (Colusorio et al., 2017).

Periodo posconstituyente: Análisis comparado del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia

Una vez en vigencia la actual Constitución en el año 2008, hasta la actualidad, numerosos casos de acciones de hecho se han suscitado en el país, argumentando ampararse en el derecho a la resistencia, dando paso al debate teórico jurídico, político y social en torno a las problemáticas que este derecho plantea para nuestro ordenamiento jurídico, tanto por la insuficiencia y ambigüedad de su redacción, como de su abandono por parte de la teoría constitucionalista, que en nuestro país se refleja en la ausencia de desarrollo constitucional, legislativo o jurisprudencial; y que se replica internacionalmente (Alvaracin, 2018).

En esta parte del estudio se ha creído conveniente realizar un análisis comparado del derecho a la resistencia, abarcando las dimensiones constitucional, legal y jurisprudencial, confrontándolas con la doctrina internacional y nacional en función de temas como (Antonovna, 2015):

Fundamento del Derecho Constitucional a la resistencia.

El fundamento del derecho a la resistencia hace referencia a aquellas raíces teóricas iusnaturalistas que le brindan su razón de ser y fuera de la cual no sería posible concebir su existencia, tal como acontece con la teoría iuspositivista. Este enfrentamiento entre iusnaturalismo e iuspositivismo en torno al derecho a la resistencia, que no es nueva en la doctrina internacional, desde el año 2008, tiene sus escasas manifestaciones en nuestro país. La Constitución ecuatoriana, en el artículo 98 reconoce el derecho a la resistencia y de su lectura resulta imposible establecer el fundamento del cual está dotado dicho derecho. Tampoco existe

desarrollo infra constitucional que permita dilucidar tal inquietud (Colusorio et al., 2017).

La Ley Fundamental de Alemania (en adelante LFA) de 1949 reconoce el derecho a la resistencia en el artículo 20 numeral 4,77 artículo que fue incorporado en 1968 mediante una reforma constitucional. Basándose en algunos doctrinarios que han realizado el análisis de la jurisprudencia alemana sobre el derecho a la resistencia, y que sería abundante por los casos de resistencia ejercidos por los miembros del Partido Comunista Alemán durante el régimen nazi, manifiesta que el derecho constitucional a la resistencia tiene su origen en el derecho a la resistencia originado en la teoría del Derecho Natural (Fernando et al., 2021).

Ordenamiento al cual se encontraría subordinado el Derecho Positivo, debido a que el Derecho Natural estaría dotado de un contenido axiológico inmutable e imprescriptible, y de una existencia que escapa a la voluntad humana, por lo tanto, a la necesidad de su reconocimiento expreso, de allí que en igual forma sea concebido el derecho a la resistencia originado en su seno, y que se hable de un derecho suprapositivo a la resistencia en aquellos ordenamientos que no lo contemplan y más aún en aquellos que si realizan tal reconocimiento (Franco et al., 2018).

Resulta ser evidente que el derecho a la resistencia tiene su fundamento en el iusnaturalismo, no obstante, ello no significa que para su fundamentación debamos reducirnos exclusivamente al iusnaturalismo, en desmedro del Derecho positivo. Tampoco cabe radicalizarnos en el iuspositivismo, en perjuicio del Derecho natural, cuya negación implicaría al mismo tiempo la negación de la existencia del derecho a la resistencia. Si hemos de hablar del fundamento del derecho a la resistencia, corresponde hacerlo extensivo respecto de todos los derechos humanos, los cuales resultarían imposibles de entender plenamente (Franco et al., 2018).

El contenido de los derechos constitucionales

Una vez determinado el fundamento dual del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia corresponde hablar de ese mínimo axiológico inmutable e imprescriptible que el Derecho Natural dota a los derechos nacidos en su seno, tal es el caso del derecho a la resistencia; y que en este trabajo se asimila como el contenido esencial del derecho a la resistencia. La Constitución ecuatoriana en el artículo 11 numeral 4 se refiere en forma general al contenido de los derechos, sin hacer referencia al contenido esencial. La revisión de algunas actas constituyentes evidencia que los constituyentes si realizaron mención expresa al contenido esencial al momento de debatir el actual artículo constitucional 11 numeral 4 (Medina et al., 2018).

En forma similar, la Corte Constitucional del Ecuador en algunas de sus sentencias también ha hecho referencia expresa al contenido esencial de los derechos. Entonces, ¿debe entenderse que la Constitución en el artículo 11 numeral 4 reconoce la existencia del contenido esencial como parte de los derechos constitucionales? Para la jurista Claudia Storini el contenido esencial debe considerarse implícito dentro de dicha norma al ser una garantía que obliga al legislador y por extensión también abarcaría a los jueces a respetar un mínimo al momento de trabajar con derechos (Fernando et al., 2021).

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

verdad universal, en verdad lo sean (Medina et al., 2018).

El contenido no esencial del derecho a la resistencia es aquel que podría ser modificado, por ejemplo, a través de su regulación. El contenido esencial del derecho a la resistencia, que implica la existencia de un mínimo axiológico inalterable, ¿en realidad configura una esfera de lo indecible democráticamente? Si así fuese, se configuraría una especie de congelamiento de dicho contenido en todos los derechos frente al debate político en desmedro del principio democrático, por lo que acorde a la evolución progresiva de los derechos humanos (Ronquillo et al., 2021).

Acorde a lo expresado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha manifestado que: En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, es decir, se requiere que las leyes respondan, inter alia, a la voluntad de una democracia representativa, que no solo implica el respeto de las mayorías, sino también de las minorías, todas ellas ordenadas hacia el bien común. Hipotéticamente supongamos que al derecho a la resistencia se le privará de acudir a los medios extra legem ¿se afectaría su contenido esencial? Sí, ya que con seguridad terminaría siendo asimilado dentro del derecho de impugnación (Nevondwe, 2013).

Establecido que el derecho a la resistencia está dotado de un contenido esencial, corresponde saber si el contenido esencial es de índole moral, político, religioso, etc. Aquel puede estar ya definido en la propia Constitución o que puede, por el contrario, encontrarse de manera implícita en la misma. Así, Ramiro Ávila, al poner de manifiesto la existencia de la relación entre iusnaturalismo y iuspositivismo en el texto constitucional ecuatoriano, se concluye que el contenido esencial del derecho a la resistencia como de todos los derechos es ante todo de índole moral; obviamente que no sería religioso como si fue en la Edad Media, pues el Ecuador se encuentra consagrado como un Estado laico (Villacres, 2021).

Sujetos activos

En el Ecuador, se atribuye el ejercicio del derecho a la resistencia a favor de los individuos y los colectivos, términos cuya significación nos lleva a pensar que no se trata de un derecho atribuible solo a los ecuatorianos, más aún con el postulado constitucional de la ciudadanía universal, mediante el cual se reconceptualiza el significado tradicional de ciudadanía; que más que vinculada al lugar de nacimiento de las personas, la relaciona con los derechos humanos, de los cuales somos titulares todas las personas humanas, súmese a ello que el artículo constitucional primero nos consagra como un estado de derechos y justicia, así, no resultaría tan descabellado postular que el derecho a la resistencia le corresponde también a los extranjeros (Perlaza et al., 2021)

Tratándose de un derecho individual, manifiesta Salazar, no le corresponde ejercerlo a las personas jurídicas; lo cual no impide que los individuos en aras de conseguir resultados eficaces con su resistencia cosa muy difícil de lograr si se actúa individualmente se asocien colectivamente para ejercerlo en común, lo que en forma alguna lo convierte en un derecho de asociación. Frente a este criterio, en el Ecuador, el reconocimiento de los derechos colectivos permite trascender la concepción tradicional de concebir al derecho a la resistencia como un derecho individual (Perlaza et al., 2021).

Sujetos pasivos

Muestro texto constitucional es claro al manifestar que el derecho a la resistencia solo puede ser ejercido en contra del poder público, personas jurídicas naturales y jurídicas no estatales. Contexto en el que resulta incomprensible que personas jurídicas e integrantes del poder público lo hayan invocado, tal como aconteció en el litigio laboral que involucró a la Cervecería Nacional y sus extrabajadores tercerizados por supuestas utilidades impagas entre los años 1990 y 2005 y que tiene como antecedente el mandato constituyente de eliminar la tercerización (Vázquez, 2021)

Bien jurídico protegido

El derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia se ejerce frente a acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos constitucionales, o para exigir el reconocimiento de nuevos derechos. Por lo tanto, todos los derechos constitucionales individuales y colectivos en su conjunto constituyen el bien jurídico protegido por nuestro derecho a la resistencia, lo que adicionalmente lo convierte en una garantía; no jurisdiccional, por cierto, dada la naturaleza extra legem de los medios que emplea para su ejercicio según lo ha desarrollado la doctrina y que lo diferencia de aquellos recursos amparados por el Derecho, pese a coincidir en sus fines con las garantías jurisdiccionales (Villacres, 2021).

Funciones

El derecho a la resistencia ecuatoriano se ejerce para la defensa de los derechos constitucionales a efecto de hacer cesar las amenazas o vulneraciones existentes en contra de ellos, y para exigir el reconocimiento de nuevos derechos, lo que lo convierte en un derecho con una función conservadora, restauradora e innovadora. De allí que sus fines siempre deberán guardar concordancia con sus funciones, explicándose así sus diferencias con los fines que persiguen otras figuras y a las cuales no ampara,

a) sea porque pese a que muchos de los medios extra legem que emplean, siendo similares a los que acude el derecho a la resistencia difieren con sus fines de conservación y restauración; como en el caso de la revolución,

b) o porque coincidiendo con los fines del derecho a la resistencia no han configurado las condiciones que posibilitan su ejercicio.

Si adicionalmente se ha de plantear al derecho a la resistencia como un derecho defensor de la Constitución y del nuevo constitucionalismo ecuatoriano, corresponde adentrarnos a un análisis en el que obligatoriamente debemos de considerar los criterios de validez, vigencia y

eficacia de las normas jurídicas. La constitución ecuatoriana prevé el ejercicio del derecho a la resistencia ante amenazas y vulneraciones a los derechos constitucionales. ¿Cuándo se produciría dicha amenaza o vulneración? (Franco et al., 2018)

Forma de ejercicio

la Constitución ecuatoriana en su artículo, dada la ambigüedad de la que adolece dicho precepto, no establece la forma en que se ha de ejercitar el derecho a la resistencia. Tal omisión sobre la forma de ejercicio del derecho a la resistencia, no solo es patente del constitucionalismo ecuatoriano, lo que también se evidencia en las constituciones de Alemania, Guatemala y Argentina. Contrario a lo expuesto, la Constitución de Portugal autoriza a los titulares del derecho a la resistencia a ejercerlo por la fuerza. De igual forma, la Constitución de Grecia considera que el derecho a la resistencia a de ejercerse por todos los medios (Yadav, 2020).

El jurista Miguel Hernández, plantea un ejercicio pacífico del derecho a la resistencia, sin dejar claro cuáles serían aquellas formas de ejercicio pacífico. Que al parecer no implicaría el cerrar vías según se deduce de sus propias afirmaciones, criterio muy similar al expuesto por el Presidente de la República, y con los cuales se pretende ignorar que los actos extra legem pacíficos como violentos, adicional a ser comunes en nuestra praxis social, son propios de la naturaleza del derecho a la resistencia (Alvaracin, 2018).

Si bien reconoce la existencia de un derecho a la resistencia pacífico y la imposibilidad de una regulación exhaustiva al mismo por parte del Derecho positivo, pone de manifiesto su tendencia iuspositivista en el análisis de este derecho cuando en toda su obra no deja de expresar sus temores en torno a su vigencia, argumentando en extenso la ventaja que ofrece para una sociedad la obediencia al Derecho, la defensa de la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Ahora bien, si el derecho a la resistencia se ejerce mediante actos extra legem, pacíficos y violentos, y el derecho de

protesta también, ¿en qué se diferencian ambas? (Ronquillo et al., 2021)

Por otro lado, el derecho a la resistencia no ampara actos extra legem cuando no se han configurado las condiciones doctrinarias que posibilitan su ejercicio excepcional frente al agotamiento del Derecho positivo, sin embargo, ello no impide que aquellos actos extra legem puedan ser garantizados a la luz del derecho de protesta comúnmente invocado y justificado en nuestra praxis social, que es en definitiva la diferencia entre ambos derechos; destacándose que la importancia del derecho de protesta radica en que bien podría ser considerado como el antecesor del derecho a la resistencia en el Ecuador en la lucha por los derechos (Colusorio et al., 2017)

Hacia una dimensión pacífica e integradora sobre el derecho a la resistencia. el artículo 98 del texto constitucional ecuatoriano establece que el derecho a la resistencia se ha de ejercer para la defensa de los derechos constitucionales frente acciones y omisiones provenientes del poder público, personas naturales y jurídicas no estatales y para exigir el reconocimiento de nuevos derechos. Esta defensa de los derechos implica que necesariamente el derecho a la resistencia ecuatoriano sea adaptado a los nuevos tiempos en vista de su abandono por parte de la teoría constitucionalista desde los inicios de la Edad Moderna (Fernando et al., 2021).

Las diversas formas de resistencia que se ejercen en la lucha por los derechos humanos se clasifican en dos grandes grupos: Formas de resistencia pacíficas, dentro de las cuales se encuentran a su vez dos formas de resistencia:

1. resistencia activa legal, conformada por todos aquellos recursos inmersos dentro del derecho de impugnación,
2. resistencia pasiva, que abarca a las diversas formas de protesta social pacíficas, y formas de resistencia violentas, que incluye al tiranicidio (magnicidio), revolución y resistencia

activa armada; esta última abarcando al derecho a la resistencia.

A esta resistencia pasiva, por la protección del que goza el derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico y de los fines que persigue el derecho a la resistencia, se excluye el magnicidio y la revolución, con lo cual, la resistencia pasiva ha de servirnos de aporte para la construcción de un derecho a la resistencia ecuatoriano que comprende dos dimensiones (Franco et al., 2018):

- **Dimensión pacífica.** incluye a todas las formas de resistencia pacíficas extra legem; tales como la desobediencia civil, el derecho de protesta, etc., manifestadas a través del cierre de vías, marchas de silencio, paralización de servicios públicos, manifestaciones, cacerolazos, negativa a cumplir decisiones o leyes consideradas como injustas, etc.; todas de común empleo en nuestro medio pese a ser punibles, pero que al amparo del derecho a la resistencia se eximen de sanción (Medina et al., 2018).

- **Dimensión violenta.** abarca las formas de resistencia violentas, debiendo excluirse figuras cuestionables como el terrorismo, sabotaje y similares que merecen estudiarse a detalle por el Derecho Penal. Por lo tanto, estamos frente a una dimensión que pese a ser mencionada, no es objeto de análisis en este trabajo (Fernando et al., 2021).

La concepción de las dos dimensiones, que configura un derecho a la resistencia violento y pacífico e integrador antes que excluyente de las variadas formas de resistencia responde a la necesidad de reconocer (Medina et al., 2018):

- a) la visión tradicional que asume al derecho a la resistencia como un derecho que se ejerce mediante actos violentos,
- b) la visión que apoya la tendencia del empleo de las técnicas no violentas,
- c) que ambas tanto pacíficas

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

Si de por sí sería una posición indefendible negarle al derecho a la resistencia una dimensión pacífica, otro tanto sería la intención de privarle a su ejercicio el acudir a los actos extra legem, pacíficos o violentos, lo que sin duda ocasionaría su desnaturalización al afectarse parte de su contenido desarrollado por la doctrina a través del tiempo, en cuyo caso hipotético, con seguridad ya no estaríamos hablando del derecho a la resistencia (Ronquillo et al., 2021).

Adicionarle una dimensión pacífica al derecho a la resistencia ecuatoriano no contraviene en forma alguna a nuestra Constitución, pues esta contempla la posibilidad de dotar de contenido a los derechos en tanto se procure su efectiva vigencia (ConsE. Artículo 11 numerales 5, 8) y que justamente se logra con la incorporación de la dimensión pacífica, adicional de que en forma alguna tal propuesta no afecta los principios constitucionales de no restringibilidad y regresividad de los derechos constitucionales (Villacres, 2021)

La actitud del Estado frente a los actos amparados en el derecho a la resistencia, complementando lo dicho, frente a las formas en que ha de ejercerse el derecho a la resistencia es necesario considerar cual ha de ser la actitud del Estado ante las conductas amparadas en el derecho a la resistencia. Históricamente el Estado y su Derecho positivo, ha sido renuente a los desafíos de grandes cambios, si estos se han dado ha sido por las diversas y exitosas acciones de resistencia; que al fracasar han debido someterse a severas sanciones (Perlaza et al., 2021).

El Estado debía ser tolerante y benigno frente a las acciones de resistencia, restringiendo frente a ellas el uso de su poder coercitivo, al ser aquellas acciones necesarias, incluso saludables, para la república al mantener dentro de sus límites al gobierno, y a la ciudadanía implicada en la decisión de los asuntos que le eran propios. Lo contrario que en el caso del Ecuador implicaría no tolerar las acciones de

resistencia pacíficas, constituiría una verdadera equivocación al suprimir la única salvaguarda de la libertad pública, y la posibilidad de una resistencia pacífica, ocasionando por el contrario que los resistentes se vean forzados a recurrir a las acciones violentas de resistencia (Restrepo, 2009).

Lo dicho, no solo es por rechazar el dogmatismo y positivismo ideológico, sino porque además debemos tener presente que, dadas nuestras falencias, es necesario poner a prueba al Derecho en todo momento, lo que se logra dando apertura a todos los cuestionamientos por más radicales que sean, pues, a través de ellos nos veremos obligados a repensar el sentido y valor de nuestro Derecho (Torres, 2021).

Calificación

en los textos constitucionales que en la actualidad reconocen el derecho a la resistencia, nada se dice sobre quien ha de ser la autoridad que ha de calificar los presupuestos para el ejercicio del derecho a la resistencia. Esta omisión encuentra su explicación en el hecho de que en la defensa del bien jurídico protegido por el derecho a la resistencia, se ha posibilitado una defensa previa por parte del Derecho positivo a través de toda la institucionalidad estatal, agotamiento frente al cual sea porque el Derecho se encuentre incapacitado de realizar dicha defensa, se niegue a realizarla, o sea quien ocasione la afectación, se posibilita el recurrir al derecho a la resistencia, lo que configura su excepcionalidad o subsidiariedad frente al Derecho positivo (Villacres, 2021).

Es decir, es el mismo Derecho positivo quien posibilita la configuración del derecho a la resistencia, de allí que resulte absurdo que sea el mismo Derecho quien califique los presupuestos necesarios para su ejercicio. Contexto en el que no sin razón, Salazar ha manifestado que no existe instancia que pueda decidir con autoridad el cumplimiento de las condiciones que lo tornan posible. el derecho a la resistencia en forma alguna debería ser visto como una carta blanca para cometer toda clase de arbitrariedades, invocando un derecho de resistencia inexistente, de allí que

se precise la calificación de los presupuestos que lo tornan posible; no deja claro el momento en que ha de realizarse tal calificación ni a quien le ha de corresponder (Yadav, 2020).

Este criterio al final no posibilita una calificación judicial o constitucional previa ni posterior del derecho a la resistencia, y sí una calificación previa por parte de quienes han de resistir, y que parecería ser el que Gargarella apoya cuando se refiere a la necesidad de la calificación de los presupuestos para su ejercicio, y que en cualquier caso, por todo lo analizado respecto a la naturaleza de este derecho, es el tipo de calificación que se apoya en este estudio para el ejercicio pacífico del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia (Alvaracin, 2018).

Seguridad jurídica y principio de legalidad vs derecho constitucional a la resistencia

Para complementar este análisis comparativo sobre el derecho a la resistencia, se torna necesario argumentar respecto a las actuales concepciones sobre la seguridad jurídica y el principio de legalidad en el actual paradigma constitucional ecuatoriano frente a la defensa que hacen de ellas algunos juristas ecuatorianos apoyados en la desactualizada y tradicional concepción positivista. La Corte Constitucional, en la sentencia No. 0004-09-SAN-CC expresó que el Ecuador, al haberse constituido en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la jurisdicción constitucional no puede limitarse al positivismo o principio de legalidad propio del Estado de Derecho (Antonovna, 2015).

En la sentencia No. 028-09-SEP-CC, la Corte afirmó que la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos”, justicia que debe ser la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta (Colusorio et al., 2017).

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

La última ratio del derecho a la resistencia, es un elemento aportado por la doctrina a través de los siglos en forma muy general, y escasamente desarrollado por la teoría constitucional desde inicios de la Edad Moderna. Así, en su construcción doctrinaria en nuestro país, apoyados en la teoría del contenido esencial, hemos de partir por reconocer que este elemento se encuentra contenido implícitamente en nuestro derecho a la resistencia pese a que a la omisión constituyente formando parte de su contenido esencial, permitiéndole diferenciarse de otras formas de resistencia que persiguen fines contrarios a los del derecho a la resistencia tal como acontece con la revolución y arbitrario por parte de quienes están llamados a ser sus titulares; individuos y colectivos (Franco et al., 2018).

Identificación de la última ratio

La excepcionalidad del derecho a la resistencia frente al Derecho positivo, y que se postula como la última ratio, se la identifica en formas distintas en la doctrina como en los textos constitucionales que actualmente reconocen este derecho: En Aquino, el derecho a la resistencia se configuraba frente a ofensas al derecho divino ante la carencia de instancia terrenal a la cual acudir; en Locke, se lo concebía como una forma de apelación al cielo frente a la ausencia de instancia terrenal a la cual acudir en la defensa de los derechos naturales; en Gargarella, se lo postula como la última carta del pueblo en situaciones de alienación legal o carencia extrema (Franco et al., 2018).

La defensa de los derechos constitucionales a través del derecho a la resistencia, y que aquí se postula, está basada en una defensa constitucional, consecuentemente el elemento de la última ratio debe ser identificado en el agotamiento de los recursos jurídicos que prevé el Derecho, concretamente, en el agotamiento de la justicia constitucional, que es a través de la cual se posibilita una defensa final y previa en Derecho antes de recurrir al

derecho a la resistencia y sus medios extra legem de los derechos constitucionales, más aún en consideración de que sus resoluciones son inapelables (Medina et al., 2018).

Sin embargo, se ha de requerir que estos recursos jurídicos que concede el Derecho positivo para la defensa de los derechos sean eficientes y eficaces, pues de nada han de servir si carecen de tales cualidades, es decir, si no son propicios para garantizar la defensa de los derechos constitucionales frente a la existencia de acciones y omisiones de amenazas y/o violaciones, contexto en los que resultaría una falacia, un simple formalismo, exigir a quienes pretendan resistir acudir al Derecho positivo en defensa de sus derechos (Perlaza et al., 2021).

El agotamiento de los recursos que prevé el Derecho positivo en la defensa de los derechos constitucionales y que configuran la última ratio del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia, por lo tanto, su ejercicio excepcional, también ha de contemplar por extensión pues no puede ignorarse su importancia todas aquellas formas de lucha social amparables en el derecho de protesta, en la desobediencia civil, etc. En conclusión, todos aquellos medios extra legem que son de común práctica en nuestro medio en la defensa de los derechos constitucionales, mismos que bien pueden ir a la par de los medios jurídicos que el Derecho posibilite para la defensa de los derechos (Restrepo, 2009)

Siendo el agotamiento de la justicia constitucional²³⁴ la que permite configurar la última ratio del derecho a la resistencia, se precisa posibilitar una defensa eficiente y eficaz de los derechos en otras instancias inferiores a la justicia constitucional, que aleje en la medida de lo posible la configuración de la última ratio, contexto en el que otras instancias alternativas de justicia jugarían un papel fundamental: mediación, arbitraje, etc (Perlaza et al., 2021).

Finalmente, un escenario diferente al planteado hasta aquí sería aquel que estando pendiente las posibilidades de defensa jurídicas, se pretenda materializar mediante el empleo de la fuerza la afectación a los

derechos constitucionales, lo que ocasionará irremediablemente que la última ratio aquí planteada sufra una variación; ya no sería exigible el agotamiento de los medios de defensa que prevé el Derecho positivo, sino la necesidad de la presencia de una fuerza física que pretenda materializar la afectación a los derechos, fuerza frente a la cual, al ser considerada como injusta, sería constitucional la oposición de otra fuerza, con lo cual nos adentramos a la dimensión violenta del derecho a la resistencia que no es objeto de este estudio (Torres, 2021).

La calificación de la última ratio del derecho a la resistencia

La amenaza o vulneración a los derechos constitucionales podría acontecer de infinitas maneras, y en primera instancia serán sus titulares quienes realicen una calificación previa de la supuesta amenaza o afectación, pues, posteriormente será un juez quien deberá determinar su existencia o inexistencia, tal como acontece en la interposición de las garantías jurisdiccionales. Por lo tanto, sobre este aspecto resulta claro quien ha de realizar la calificación previa a la interposición de estas acciones y posteriormente (Yadav, 2020).

Ahora bien, respecto a la calificación de la configuración de la última ratio del derecho a la resistencia, debemos partir por recapitular que el agotamiento del Derecho positivo configura la última ratio del derecho a la resistencia. Ahora bien, este agotamiento podría darse de la siguiente forma (Perlaza et al., 2021):

- a) se han agotado los medios de defensa que prevé la justicia constitucional,
- b) no se han agotado los medios que prevé la justicia constitucional por considerarlos como ineficientes e ineficaces.

La Corte Constitucional: Último bastión jurídico de lucha por los derechos

Con la aparición y la consolidación progresiva del Estado democrático de derecho,

dotado de múltiples mecanismos de garantía, todo indicaba que el viejo derecho de resistencia podía jubilarse tranquilamente, uno de esos mecanismos de garantía ha sido la creación de las cortes constitucionales, por intermedio de las cuales se ha provocado que la de Locke sea una extrema ratio todavía más extrema, sin embargo, no ha logrado descartarla, más aún cuando los textos constitucionales reconocen la del derecho a la resistencia (Franco et al., 2018).

La independencia judicial y la separación de poderes como requisitos para la defensa de los derechos constitucionales urge en contextos en los que los poderes fácticos yacen tan vinculados al poder político, con lo cual, la afectación a los derechos constitucionales termina por desbordarse a los procesos de integración. Sin ignorar la importancia de la administración de justicia en la configuración de la última ratio, una Corte Constitucional independiente podría constituirse en el último bastión de la lucha por los derechos, coartando toda posibilidad de recurrir al derecho a la resistencia, o, por el contrario, convirtiéndose en la causa de su constante invocación (Alvaracin, 2018).

Conclusión

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

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

proscripción y falta de eficacia. La doctrina ha dotado al derecho a la resistencia de diversas cualidades que le permite diferenciarse de otras formas de resistencia, evitando con ello su empleo discrecional y arbitrario, y en donde su función conservadora y restauradora del bien jurídico que protege; los derechos constitucionales en el caso del Ecuador.

La calificación de la última ratio del derecho a la resistencia, corresponde a los titulares del derecho a la resistencia, pues resultaría incoherente que siendo el Derecho positivo la causa de la configuración del derecho a la resistencia, se tenga que recurrir a él para requerir su calificación. La existencia del derecho a la resistencia exige que la Corte Constitucional, entre muchas cosas, goce de independencia en aras de lograr una defensa imparcial de los derechos constitucionales frente al poder político y los poderes fácticos, caso contrario se convertirá en la causa de la constante invocación del derecho a la resistencia.

Referencias bibliográficas

- Alvaracin, A. (2018). EL CURSO GARANTISTA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA SOCIEDAD ECUATORIANA. *KAIROS Revista de Ciencias Económicas, Jurídicas y Administrativas*, 2(3), 59–71. http://www.eumed.net/rev/turydes/13/volcan_chiriqui.pdf
- Antonovna, S. (2015). Constitutional Jurisdiction (Judicial) Proceeding as a Means of Security and Defense of the Bases of Constitutional System of Russia. *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 6(1S2), 78–83. <https://doi.org/10.5901/mjss.2015.v6n1s2p78>
- Colusorio, E. L. J., La, E. N., & Prescripcion, A. D. E. (2017). *Carrera De Jurisprudencia*.
- Fernando, L., Haro, H., & Desde, U. N. A. M. (2021). NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR, UNA MIRADA DESDE LA ARGUMENTACIÓN MORAL Y LA PONDERACIÓN. *KAIROS*, 4(7), 141–163.

- Franco, L., Vladimir, J., & García, S. (2018). Globalización del Derecho Constitucional y Constitucionalismo Crítico en América Latina. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(0), 59–73.
- Medina, R., Gómez, A., & Medina, R. (2018). LA TUTELA DE LOS DERECHOS DIFUSOS DE CARÁCTER AMBIENTAL: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO. *Revista Magazine de Las Ciencias LA*, 5(2), 25–34.
- Nevondwe, L., & Odeku, K. O. (2013). An overview of the constitutional right to clean environment and sustainable development. *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 4(13), 829–836. <https://doi.org/10.5901/mjss.2013.v4n13p829>
- Perlaza, P., Rivera, L., & Ronquillo, O. (2021). Los derechos constitucionales en el debido proceso penal del sistema ecuatoriano. *CIENCIAMATRIA Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología*, 7(1), 376–382. <https://doi.org/10.35381/cm.v7i1.539>
- Restrepo, O. (2009). El derecho alimentario como derecho constitucional. Una pregunta por el concepto y estructura del derecho constitucional alimentario. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 8(16), 115–134.
- Ronquillo, O., Bermello, M., Moreno, E., & Villacrés, E. (2021). El Derecho Constitucional en Ecuador y su interacción directa con la protección de los ciudadanos. *Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología*, 7(2), 770–781. <https://doi.org/10.35381/cm.v7i2.544>
- Torres, O., & Vázquez, D. (2021). The Constitutional Right to the Protection of Personal Data and notarial files O direito constitucional à proteção de dados pessoais e arquivos notariais. *FIPCAEC Revista Científica de Ciências Económicas y Empresariales*, 6(4), 3–27.
- Villacres, J., & Pazmay, S. (2021). Derecho constitucional a la seguridad jurídica de los ciudadanos en el Ecuador Derecho. *Polo Del Conocimiento*, 6(5), 1222–1233. <https://doi.org/10.23857/pc.v6i5.2751>
- Yadav, A. (2020). Implementation of Right to Education: A Constitutional overview. *International Journal of Research in Social Sciences Vol.*, 9(3), 11.