

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de los fundamentos del derecho de resistencia a la luz de una “armonización” en el
ordenamiento jurídico**

ANDRÉS DOUBOSKY MÁRQUEZ VEGA

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 9 de abril de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: ANDRÉS DOUBOSKY MÁRQUEZ VEGA

Código: 00125467

Cédula de identidad: 1718627126

Lugar y fecha: Quito, 9 de abril de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE RESISTENCIA A LA LUZ DE UNA
“ARMONIZACIÓN” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO¹
ANALYSIS OF THE FOUNDATIONS OF THE RIGHT OF RESISTANCE IN THE LIGHT OF A
"HARMONIZATION" IN THE LEGAL SYSTEM**

**Andrés Doubosky Márquez Vega²
amarquez3737@gmail.com**

RESUMEN

La resistencia es un derecho declarado como fundamental y reconocido como tal en diversas constituciones. Sin embargo, su práctica material, entendida como un medio para controlar el legítimo ejercicio del poder, presenta un dilema debido a los criterios que giran alrededor de su fundamento como derecho. Para el efecto, se analizará el derecho de resistencia con base en las dos posturas que encierran su fundamento y dan límites a su ejercicio, siendo estas las dimensiones de “derecho moral” y “derecho jurídico”. Examinadas y determinadas ambas posturas, se analizará los conflictos del derecho de resistencia como derecho reconocido en la Constitución, con respecto a la protesta pacífica y al control del ejercicio del poder del Estado. En tal virtud, a modo de cierre, se propondrá una postura con la que se examinará el poder regular el ejercicio del derecho de resistencia en el ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE

Derecho de resistencia, protesta pacífica, derechos fundamentales, ejercicio del poder

ABSTRACT

Resistance is a right declared as fundamental and recognized as such in various constitutions. However, its material practice, understood as a means to control the legitimate exercise of power, presents a dilemma due to the criteria that revolve around its foundation as a right. For this purpose, the right of resistance will be analyzed based on the two positions that enclose its foundation and give limits to its exercise, these being the dimensions of "moral right" and "legal right". Once both positions are examined and determined, the conflicts of the right of resistance as a right recognized in the Constitution will be analyzed, with respect to peaceful protest and the control of the exercise of State power. In such virtue, by way of closing, a position will be proposed in accordance with the regulation of the exercise of the right of resistance in the legal system will be analyzed.

KEYWORDS

Right of resistance, peaceful protest, fundamental rights, exercise of power

Fecha de lectura: 13 de mayo de 2021
Fecha de publicación: 13 de mayo de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mauricio Maldonado Muñoz.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. - 2. LAS DOS DIMENSIONES DEL DERECHO DE RESISTENCIA. - 2.1. EL DERECHO DE RESISTENCIA COMO DERECHO MORAL. - 2.2. EL DERECHO DE RESISTENCIA COMO DERECHO JURÍDICO. - 2.3. IGUALDADES Y DIFERENCIAS ENTRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LA PROTESTA PACÍFICA Y EL DERECHO DE RESISTENCIA. - 3. MARCO NORMATIVO. - 3.1. DERECHO DE RESISTENCIA. - 3.2. PROTESTA PACÍFICA. - 4. EL CONFLICTO DE CONTROLAR EL PODER DEL ESTADO. - 5. EL CONFLICTO DE LA PROTESTA PACÍFICA CON EL DERECHO DE RESISTENCIA. - 6. ¿QUÉ MEDIOS PUEDEN SER ADECUADOS Y NECESARIOS A OJOS DE UNA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE RESISTENCIA? - 7. CONCLUSIONES. -

1. Introducción

El derecho de resistencia posee sus bases en el iusnaturalismo de la Edad moderna. Posteriormente fue incluido en distintas declaraciones de derechos y también en varias Constituciones³. No obstante, su “esencia” es distinta a otros derechos fundamentales. En particular, porque si bien se originó como un derecho para enfrentar al poder, suele ser colocado, bajo ciertas circunstancias, como un derecho ejercido para reivindicar el poder legítimo que es alienado por un poder tiránico⁴. Sin embargo, su reconocimiento como derecho fundamental no daba una solución a su ejercicio material. Debido a que la resistencia posee una complejidad tal, que hace que juegue tanto en la dimensión moral, como en la jurídica, lo que provoca ambigüedad sobre cuál debe ser su “correcto” fundamento para ejercerlo. De manera que dicho ejercicio no cause conflictos insalvables frente a otros derechos, ni tampoco afecte su propósito de controlar al poder⁵.

En este sentido, Finlay sostiene que el fundamento de la dimensión del “derecho moral” de la resistencia, su esencia misma, se origina en el “malestar” del oprimido ante un ejercicio “injusto” del poder, el cual abarca una opinión meramente subjetiva acerca de lo que el resistente considera

³ Ver, Oran Doyle. *Legal Positivism, Natural Law and The Constitution* (Dublin: Dublin University Law Journal, 2009), 214-220, <https://n9.cl/bxj50>.

⁴ Ver, Mauricio Maldonado, *Los Derechos Fundamentales: Un Estudio Conceptual* (Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2018), 25-34.

⁵ Ver, Christopher Finlay, *Terrorism and the Right to Resist: A Theory of Just Revolutionary War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 60, doi:10.1017/CBO9781139644341.002.

como “ilegítimo”⁶. En contraste, la resistencia como “derecho jurídico” es descrita por Vitale como aquella que se respalda positivamente en un marco normativo y tiene sus límites determinados por el Estado⁷.

De esta manera se entabla el problema de cómo debe ser entendido el fundamento del derecho de resistencia: (1) como un “derecho moral”, el cual reposa en el cimiento amplio de lo “legítimo”⁸, configurando su ejercicio en dar y pedir razones en el espectro relativo, sin seguir un procedimiento establecido⁹ (en otras palabras, significa que es un derecho cuyo sustento existe por fuera del sistema objetivo, apoyado “únicamente” en la percepción de “justicia subjetiva”¹⁰); (2) como un “derecho jurídico” su fundamento se desprende en estar determinado por la norma escrita en un ordenamiento positivo¹¹, con lo que, explícitamente, se le darían límites a su contenido bajo aspectos procedimentales y de competencia¹². Por lo tanto, se entiende que sus límites reposan en el marco del derecho objetivo y comparte esta dimensión con el resto de los derechos del ordenamiento¹³.

Como ejemplo ilustrativo, Barberis dice que cuando se pregunta si el derecho a la desobediencia civil¹⁴ es solo moral o es también jurídico, se busca determinar un aspecto con incidencia práctica, ya que una consecuencia de ejercer un derecho solo moral en un determinado sistema jurídico que no reconoce dicho derecho podría terminar considerándose un delito¹⁵. Este cuestionamiento nos muestra el conflicto que rodea la existencia de las dos dimensiones sobre un derecho con una rica, pero confusa, carga moral para ejercerlo dentro de un orden objetivo. Aunque, bien mirado, son sistemas diversos.

⁶ Finlay, *Terrorism and the Right*, 63.

⁷ Ermanno Vitale, *Defenderse del poder: Por una Resistencia Constitucional* (Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2012, Edición en PDF), 34.

⁸ Ver, Mark. MacGuigan, *Civil Disobedience and Natural Law* (Kentucky: Kentucky Law Journal, 1963), 119, <https://n9.cl/ztuty>.

⁹ Maldonado, *Los Derechos Fundamentales*, 79.

¹⁰ Kaufmann citado por Ilse Reiter-Zatloukal, *Widerstandsrecht oder ziviler Ungehorsam? Zur rechtshistorischen Einordnung von Widersetzlichkeit* (Stuttgart: Verlag Osterreich GmbH, 2012), 293, <https://n9.cl/rdcoz>.

¹¹ Massini citado por Sebastián Contreras, *Ferrajoli y Los Derechos Fundamentales* (Revista de la Inquisición, 2012), 126.

¹² Mauricio Maldonado. *Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático)* (En Revista Derecho del Estado: Universidad Externado de Colombia. N.º 47, septiembre-diciembre de 2020), 79, doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.03>.

¹³ Ver, Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, *El Derecho De Resistencia y su “Constitucionalización”* (1999), 225, <https://n9.cl/1zd4s>.

¹⁴ Derecho de Desobediencia Civil, no confundir con Derecho de resistencia. En este caso usado como ejemplo ilustrativo para entender el conflicto de moral y jurídico.

¹⁵ Barberis citado por Maldonado, *Los Derechos Fundamentales*, 77.

En el caso del derecho de resistencia, al estar reconocido como derecho constitucional, tal como lo está en el artículo 98 de la Constitución Ecuatoriana, o el artículo 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, nos permite preguntarnos: cómo podemos poner en práctica su ejercicio sin generar “conflictos” con el resto de los derechos del ordenamiento y si realmente cumple satisfactoriamente su fin de controlar el ejercicio poder¹⁶.

Podemos notar que existe un problema que se debe a que el derecho de resistencia, en muchos Estados, solo recibe un reconocimiento como derecho constitucional, sin darle un apropiado desarrollo normativo que respalde un adecuado ejercicio material. Con ello se dejaría un amplio espectro de posibilidades respecto a su ejercicio. En estas circunstancias, en las cuales existe ambigüedad para comprender el derecho de resistencia dentro de su dimensión jurídica en los Estados que lo reconocen como tal se ponen en claro dos posiciones respecto a su reconocimiento en el ordenamiento objetivo: la primera es una crítica negativa acerca de su positivización, mientras que la otra posición respalda esta condición.

En primera instancia, positivistas como Mirete, apoyan la “formalización constitucional” del derecho de resistencia que reemplazó su primigenio y difuso carácter moral subjetivo por un concepto “rígido” en un ordenamiento objetivo¹⁷, de manera que este concepto restringe un ejercicio por medios violentos, adecuándose así al orden constitucional¹⁸. Siguiendo esta misma línea, Kriele sostiene que el derecho de resistencia reconocido positivamente recibe un “adecuado” desarrollo normativo para su ejercicio al tenor de la ley y tiene entre otros medios para este fin, la protesta pacífica. En este sentido, observa que la protesta pacífica es tomada como la “mejor” forma de ejercer la resistencia por parte del pueblo, sin crear conflicto con el resto de los derechos del ordenamiento¹⁹.

Sin embargo, en segunda instancia, el reconocimiento del derecho de resistencia en el sistema objetivo muestra varias discrepancias: Dreier comenta que esta “constitucionalización” del derecho de resistencia dejó muchos cabos sueltos y que su regulación por el sistema objetivo hace que pierda su independencia como un medio de control “eficiente” del ejercicio del poder. Esto, ya que el Estado es el que realiza esta tarea, volviendo “incoherente” ejercer una resistencia ante un

¹⁶Ver, Morgan Evanss Lloyd de Villamor, *Los límites de la soberanía del Estado en un Contexto de Configuración Supranacional* (1999), 637, <https://n9.c1/9ro60>

¹⁷José Luis Mirete Navarro, *Derecho de resistencia y Constituciones* (1999), 278

¹⁸ *Id.*, 277.

¹⁹ Kriele citado por Franz-Xavier Kaufmann, *Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts* (1984), 187, <https://core.ac.uk/download/pdf/15968773.pdf>

poder que se puede volver tiránico en cualquier momento²⁰. Por esto él considera que el “controlador no puede ser controlado por sí mismo”²¹, postura que no sería un problema si se considerara a la resistencia como un derecho moral por fuera del sistema²². Siguiendo esta misma línea, se podría usar el concepto abordado por Maldonado de la paradoja de los “límites limitados por el limitado”²³: este problema expone la raíz acerca de quién termina limitando al Estado y envuelve tanto a sus operadores legislativos como a sus operadores judiciales en el ejercicio de sus facultades. Siendo este es el origen de la preocupación del gobernado acerca de cómo evitar un posible abuso del poder político que se le ha otorgado al gobernante²⁴.

De igual forma, Kaufmann remarca que los límites que nacen por reconocer a la resistencia como derecho objetivo, reducen su real fundamento de controlar el ejercicio del poder “ilegítimo” de una manera que sea “útil” y “funcional” y señala que los medios otorgados por el Estado, tal como la protesta pacífica, no funcionan contra una dictadura²⁵.

Planteado de esta forma este problema, surgen interrogantes en torno a entender si realmente la resistencia funciona en un Estado constitucional que la reconoce como derecho objetivo. Bajo esta óptica, este artículo buscará analizar los fundamentos de la resistencia desde su dimensión como derecho moral y como derecho jurídico. Con base en lo recopilado, se profundizará en los conflictos acerca de su funcionalidad como derecho objetivo en el actual Estado constitucional.

En virtud de lo antes señalado, se examinará, en primer lugar, el conflicto que cuestiona si el derecho de resistencia, al ser “regulado” por el Estado, cumple su rol de controlar el ejercicio del poder. Esto, ya que se entiende que esto provocaría un enfrentamiento de dos fuerzas: una jurídica naciente de la legalidad controlada por el Estado contra una moral (de origen subjetivo y determinada por el propio resistente). Este análisis deja entrever el conflicto de que “el controlador no puede ser controlado por sí mismo”.

En segundo lugar, se analizará la postura que crítica a la dimensión jurídica de la resistencia por causar una “reducción” del control “real” sobre el ejercicio del poder, al punto de que su

²⁰ Ralf Dreier, *Recht Moral Ideologie, Studien zur Rechtslehre*, Suhrkamp Verlag (Berlin: Suhrkamp Verlag, 1981), 199-200, <https://n9.cl/gv4d>.

²¹ *Id.*, 202.

²² *Id.*, 201.

²³ Maldonado, *Límites y contenido esencial*, 96.

²⁴ Ver, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Imprenta: RisperGraf C.A., 2011), 147-152, <https://n9.cl/codo>.

²⁵ Kaufmann citado por Ilse Reiter-Zatloukal, *Widerstandsrecht oder ziviler*, 2012, 296.

fundamento moral, como dice Kaufmann, ha sido “caricaturizado” en la dimensión jurídica²⁶. Este último punto será desarrollado con respecto al ejercicio de la protesta pacífica, en la cual se especula que su ejercicio no es realmente una manera efectiva de enfrentar un poder tiránico, ni tampoco es un medio equiparable con la resistencia en su dimensión moral.

Analizados dichos conflictos, y a modo de cierre, se intentará buscar qué tipo de formas son adecuadas y necesarias para el ejercicio de la resistencia, con miras a una “armonización” con los demás derechos fundamentales en los ordenamientos estatales. Contemplando así una posibilidad para dar solución a los conflictos presentados alrededor de su dimensión moral y su dimensión jurídica. Esto, pues, a la luz de poder ejercer la resistencia sin generar un límite arbitrario, ni en perjuicio de otros derechos fundamentales, con miras a encontrar un “respeto” a su esencia de controlar el ejercicio del poder en el Estado.

2. Las dos dimensiones del derecho de resistencia

2.1.El derecho de resistencia como derecho moral

El derecho moral es entendido por Hare como “aquello que el derecho debería ser, no a lo que el derecho es”²⁷. Este concepto hace entender que existe una separación entre el derecho positivo y un derecho no positivo. Por ello, hablar acerca del derecho reconocido únicamente por ordenamientos, como sostiene Dreier, significa ver solamente una parte incompleta del mundo del derecho²⁸, lo que implica que los derechos no necesitan de un reconocimiento formal *per se* por un ordenamiento, sino que pueden tener dicho reconocimiento por parte de una comunidad, lo que llama “conocimiento moral general”²⁹. Maldonado señala, por su parte, que los derechos morales a menudo se reivindican como títulos suficientemente para ejercer una conducta, incluso cuando no han sido reconocidos positivamente. Ello, no obstante, no hace de los derechos morales derechos también jurídicos. En Maldonado, se trata de dos sistemas normativos diferentes (sobre todo por su estructura y con contenidos que pueden coincidir, pero solo de forma contingente y dependiendo de la cita moral de referencia)³⁰.

²⁶Kaufmann citado por José Antonio Santos, *Falsos derechos y buenas intenciones. A propósito del derecho de resistencia en las constituciones contemporáneas* (Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2014, Edición en PDF), 251.

²⁷ Hare citado por Maldonado, *Los Derechos Fundamentales*, 72.

²⁸ Ralph Dreier, *Bemerkungen Zum Rechts/Links Schema* (1988), 443, <https://n9.cl/shxtf>.

²⁹ Ver, Kurki Visa, *Rights, Harming and Wronging: A Restatement of the Interest Theory* (Oxford: Oxford Journal of Legal Studies, 2018), 433, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqy005>.

³⁰ Ver, Maldonado, *Los Derechos Fundamentales*, 71-77.

En este contexto, para Ugartemendia, uno de los rasgos predominantes del derecho moral de la resistencia es la protección de la legitimidad en el ejercicio del poder en defensa de la soberanía del pueblo³¹, ya que, lo que se defiende es el poder que reposa en los gobernados cuando este es amenazado por un gobierno tiránico. Para tener una explicación aproximada de la mecánica del derecho de resistencia en sus primeras épocas, en las cuales surge como derecho moral³², Fasso lo explica alrededor de la “tesis voluntarista objetiva”, que es considerada como el marco que condiciona el orden de las conductas de todos los sujetos, amparándose en creencias teológicas sobre la voluntad divina como principio creador esencial del ser³³. De esta manera, Fasso dio a entender que era necesario comprender una dualidad que mecanice una contraposición entre dos fuerzas distintas, una necesariamente representada por un “ente supremo” y la otra por un ente “inferior”³⁴; de tal manera que el ejercicio de la resistencia se comprendía al ser la base para mantener el orden fijado por la legitimidad, representada por esta institución “superior”, cuando se consideraba que la “inferior” había quebrantado sus facultades, cayendo así en la ilegitimidad³⁵.

Este concepto de “legitimidad” debe ser aclarado. Ya que este tomó diferentes rasgos y definiciones con el transcurso del tiempo, pero continuó manteniendo su común denominador de representar el parámetro que reivindica lo que debe entenderse como el “correcto” ejercicio del poder³⁶; así, la configuración de la “legitimidad” sería uno de los temas que darían sentido al conflicto del fundamento del derecho de resistencia³⁷. Por esto, para Ferrajoli, en el actual *statu quo* el marco de lo legítimo reposa en la Constitución³⁸, lo cual será analizado más adelante.

Dentro de este marco, y para comprender los límites de la legitimidad, De Sanctis clasificó la “gama de supuestos de ilegitimidad” y estableció dos claros parámetros: el primero, refiriéndose al *absque titulo*, o ilegitimidad por idoneidad de título, el cual se concibe como el oponer resistencia a efecto de la idoneidad del título que ostenta la autoridad, incluso al margen de si actuó justamente

³¹ Ugartemendia, *El Derecho De Resistencia*, 220.

³² *Id.*

³³ Ver, Guido Fasso, *Historia de la filosofía del Derecho* (Madrid: Pirámide, 1980), 32-34.

³⁴ Ver, Olmer Alveiro Muñoz Sánchez, *El Pensamiento Político En William Ockham (Guillermo De Ockham)* (Madrid: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas), 218, <https://n9.cl/01wo>.

³⁵ *Id.*, 32-35.

³⁶ Ver, Sidney Tarrow, *Cycles of Collective Action: Between Moments of Madness and the Repertoire of Contention*. *Social Science History* (1993), 287, doi: 10.2307/1171283.

³⁷ Ver, John Dunn, *The Conditions for Legitimate Resistance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1969), 171, doi:10.1017/CBO9780511558436.018.

³⁸ Ferrajoli citado por Paolo Comanducci, *Constitucionalismo: problemas de definición y tipología* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 96-100, <https://n9.cl/2je6u>.

con dichas facultades; el segundo, en cambio, es la *ab exercilio* o la ilegitimidad en ejercicio injusto del poder: esta faculta el ejercer la resistencia ante la autoridad que ha abusado de sus facultades, conforme a lo que está obligado³⁹ (de acuerdo con esta postura se comprende que la ilegitimidad se basa en un parámetro que da observancia al ejercicio del poder de la autoridad, siendo este el límite de su correcto ejercicio).

Retomando la postura de la tesis voluntarista, esta sería dejada atrás con la llegada de las sonadas revoluciones, tales como la francesa y la de las colonias británicas en América del Norte, las cuales marcaron el nacimiento del Estado contemporáneo a finales del siglo XVIII. Con estos acontecimientos arribaron las declaraciones de derechos fundamentales, dejando atrás la ideología del “ente divino” supremo e inmanente que rige el control del ejercicio del poder político⁴⁰. Así vemos que, de acuerdo con Vigo, el derecho de resistencia fue entendido como una nueva perspectiva a los ojos del ciudadano común, basado en el cambio de la mentalidad del hombre con respecto al Estado y el ejercicio del poder económico y político⁴¹. Bajo esta situación, el derecho de resistencia se instauró como derecho moral, jugando un rol importante para marcar el debilitamiento del feudalismo y el absolutismo del Estado moderno⁴². También para Marx este enfrentamiento al poder de los regímenes feudales fue producto del malestar por los derroches, arbitrariedad y abusos de un ejercicio tiránico del poder. En esa virtud, de hecho, la población que estaba ya harta de una ideología de servidumbre al rey, se rebeló y buscó su abolición⁴³.

Así vemos como siguiendo esta nueva doctrina citada, surge la clase burguesa como dominante, lo que normalizaría las conductas de los sujetos con respecto al trato económico, mediante la mercantilización del trabajo y el desarrollo de la industria⁴⁴; y, por lo tanto, según el punto de vista de Tilly, se configuró un nuevo entender colectivo sobre las relaciones entre gobernado y gobernador. En esta, los límites para el ejercicio del poder no eran inmanentes, sino auto-impuestos por los sujetos⁴⁵. De esta forma, el Estado político sufrió nuevos ajustes respecto a

³⁹ Ver, De Sanctis citado por Ugartemendia, *El Derecho De Resistencia*, 215.

⁴⁰ Ver, Rett Ludwikowski, *The French Declaration of the Rights of Man and Citizen and the American Constitutional Development* (1990), 445, doi:10.2307/840552.

⁴¹ Rodolfo Vigo, *Del voluntarismo jurídico a la razón práctica del derecho*. *Ius Comitalis* (2020), 13-16, doi: <https://doi.org/10.36677/iuscomitalis.v3i5.13588>.

⁴² Ver, Alfred Sohn-Rethel. *Intellectual and manual labor* (New Jersey: Atlantic Highlands, 1970), 23, <https://doi.org/10.1163/9789004444256>.

⁴³ Ver, Karl Marx, *Miseria de la Filosofía* (Moscú: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 2012), 77-82, <https://n9.cl/231n>.

⁴⁴ Ver, Charles Tilly, *Collective Violence, Contentious Politics, and Social Change* (Londres: Routledge, 2017), 123-139.

⁴⁵ *Id.*, 126.

su ordenamiento jurídico, con la división de poderes del Estado, pero principalmente con la declaración de los derechos fundamentales, entre los que figura el derecho de resistencia⁴⁶.

Como consecuencia de esto, las revoluciones lograron que el poder soberano sea de titularidad del pueblo, plasmándose en las memorables Cartas de Derechos, con las que se declaró de manera expresa derechos personales, comunitarios, además de los importantes derechos universales, categorizándolos a todos como fundamentales⁴⁷. Siguiendo esta perspectiva, Kaufmann indica que la dimensión de derecho moral de la resistencia encuentra su primer reconocimiento normativo en aquella época. Se trataba de un derecho que todavía no era limitado por ninguna autoridad, lo que significa que dicha declaración reposaba en las manos de lo que el pueblo “necesita y elige”⁴⁸.

Las pioneras “Declaraciones de Derechos”, como las francesas y las de las colonias británicas en Norteamérica, hicieron figurar el derecho de resistencia como tal entre los otros derechos⁴⁹. En las líneas en las que se hace referencia a este, se puede sintetizar que a la resistencia se la concibe como el medio con el cual el pueblo, ahora soberano, posee conciencia y evita la tiranía. Esto, con el fin de garantizar la seguridad del ejercicio del poder⁵⁰. Así vemos cómo, entre uno de los más gratos ejemplos sobre la declaración del derecho de resistencia, está la que se dicta en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en agosto de 1789, que en su artículo segundo reza:

La finalidad de toda asociación es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión⁵¹.

En este escenario, el reconocimiento del derecho de resistencia en diversas Declaraciones, para Dreier, le otorga a la resistencia y a otros derechos un valor moral⁵², el cual fue comprendido por el pueblo como un modelo “filosófico” para definir los límites del ejercicio del poder⁵³. Y, de

⁴⁶ Ver, Ugartemendia, *El Derecho De Resistencia*, 234.

⁴⁷ Ver, Ludwikowski, *The French Declaration*, 446.

⁴⁸ Ver, Kaufmann citado por Aleksandar Molnar, *Istorijski Razvoj Gradanske Neposlunosti* (2001), 255, <https://n9.cl/puoco>.

⁴⁹ Ver, David Blunt. *Global Poverty, Injustice, and Resistance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019) 41, doi:10.1017/9781108647472.003.

⁵⁰ Ver, James Scott, *Domination and the Art of Resistance* (Londres: Yale University Press, 1990), 184, <https://doi.org/10.1515/9780822390169-026>.

⁵¹ Artículo 2, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 26 de agosto de 1789, <https://n9.cl/t9ds>.

⁵² Dreier, *Recht Moral Ideologie*, 14.

⁵³ *Id.*, 15.

esta forma, la resistencia que se establece como derecho moral sería entendida como el fundamento del oprimido para enfrentar la tiranía del gobernante, de manera que este pueda defender a cualquier costo el resto de sus derechos fundamentales haciendo uso de cualquier medio que le resulte necesario. Ello, sin tener que acudir a un respaldo normativo, solo guiado por su subjetividad acerca de lo “injusto” (que comprendía el marco de lo legítimo).

2.2. El derecho de resistencia como derecho jurídico

Un derecho jurídico es aquel reconocido en un determinado ordenamiento jurídico de forma expresa⁵⁴. Los derechos fundamentales, normalmente de rango constitucional, son, para Kriele, una forma de organizarlos en el ordenamiento jurídico⁵⁵ de manera que los derechos obtengan un procedimiento basado en la decisión de un órgano competente, limitando así su contenido y ejercicio, apoyándose fundamentalmente en la ley⁵⁶. Este nuevo giro, siempre en términos de Kriele, significó que el derecho moral de la resistencia pasaba de una percepción de “justicia” subjetiva, a formar parte de un ordenamiento, el cual lo estructura, limita y da “sentido” gracias, en primera instancia, a su constitucionalización.

Igualmente, bajo el pensamiento de Bobbio, la constitucionalización del derecho de resistencia representa un fundamento sólido para que la resistencia a la opresión sea considerada un medio lícito, sin importar el resultado. Por lo que, Bobbio ponía en contraste la falta de fundamento para la legitimidad que otorga el derecho de resistencia puramente natural, del cual el resultado del ejercicio de la resistencia era determinante para dimensionar dicha legitimidad⁵⁷.

En este sentido, la existencia de un texto constitucional constituye, como dice Aragón Reyes, no solo un documento formal, sino que materializa el instrumento jurídico fundamental para la autodeterminación política colectiva⁵⁸. De esta manera, la constitucionalización del derecho de resistencia representa en esencia ser un protector de la Constitución, determinándolo como la máxima garantía para la defensa de esta. Carpintero profundiza dicho aspecto, declarando que, si resistir es un derecho positivizado en el derecho objetivo, su ejercicio puede ser lícito como derecho subjetivo, apoyándose únicamente en la coherencia de ser parte de un cuerpo legal⁵⁹. Con esta

⁵⁴ Ver, Ferrajoli citado por Contreras, *Ferrajoli y Los Derechos Fundamentales*, 128.

⁵⁵ Kriele citado por Navarro, *Derecho de resistencia*, 278.

⁵⁶ Ver, Celano citado por Maldonado, *Los Derechos Fundamentales*, 79.

⁵⁷ Ver, Norberto Bobbio, *Las Ideologías y el Poder en Crisis: Pluralismo, Democracia, Socialismo, Comunismo, Tercera Vía y Tercera Fuerza* (Barcelona: Ariel, 1988, Edición en PDF), 47.

⁵⁸ Ver, Manuel Aragón Reyes, *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1994, Edición en PDF), 8.

⁵⁹ Francisco Carpintero Benítez, *Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia* (1990), 404, <https://n9.cl/64788>.

perspectiva Vigo observa que ya no era necesaria una contraposición dialéctica de norma “superior divina” o una norma difusa en la dimensión moral contra cualquier conducta considerada “ilegitima” para que el derecho de resistencia tuviera una base que fundamente su coherencia⁶⁰.

La constitucionalización del derecho de resistencia se vio reflejada, sólida y concisamente, en la Constitución francesa de 24 de junio de 1793, en la que, de sus 35 articulados, 5 estaban dedicados al derecho de resistencia⁶¹. De igual manera, este reconocimiento formal del derecho de resistencia se daría en las nacientes cartas constitucionales norteamericanas de mediados y finales del siglo XVIII, tales como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, la Declaración de derechos de los habitantes del Estado de Pennsylvania, la Declaración de derechos de Massachusetts, la Declaración de Maryland y la Declaración de Derechos de New Hampshire⁶².

Sin embargo, a pesar de que dichos derechos fueron reconocidos como fundamentales para todos los seres humanos, tomo un tiempo para que diversos Estados, especialmente los que estaban bajo un régimen colonial, adopten dichas políticas sin ningún tipo de discriminación sobre todos sus ciudadanos⁶³. En este contexto, históricamente los pueblos e individuos en países de Latinoamérica tuvieron que sufrir la opresión y dominación de países europeos. Sin embargo, lograron liberarse del dominio colonial, haciendo que la resistencia ejercida en contra de la dominación extranjera condujera a la independencia de la mayoría de las naciones colonizadas antes del siglo XX⁶⁴.

En Latinoamérica, gracias a los logros independentistas, se consiguió culminar con el reconocimiento de los derechos fundamentales para beneficio de todos los pueblos e individuos y en la actualidad son mayoritariamente reconocidos gracias a regímenes constitucionales democráticos⁶⁵. No obstante, en distintos periodos del siglo XX, diversos Estados latinoamericanos

⁶⁰ Vigo, *Del Voluntarismo Jurídico.*, 19.

⁶¹ Ver, Armando Saitta, *Costituenti e Cotituzioni della Francia Rivoluzionaria e Libérale (1789-1875)* (Milán: Giuffré, 1975, Edición en PDF), 251.

⁶² Ver, Tom Ginsburg, Daniel Lansberg-Rodriguez y Mila Versteeg, *When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions* (Chicago: University of Chicago Law School Chicago Unbound, 2013), 1203-1204, <https://n9.cl/bxjwn>.

⁶³ Ver, Luis María López Guerra, AA.VV: *Constitución y Derecho Público. Estudios en homenaje a Santiago Várela* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, Edición en PDF), 264.

⁶⁴ Ver, Pacifique Manirakiza, *Towards a Right to Resist Gross Undemocratic Practices in Africa* (Londres: Journal of African Law, 2019), 94, doi:10.1017/S0021855319000020.

⁶⁵ Ver, Miles Kahler, *Networked Politics: Agency, Power, Andgovernance* (Nueva York: Cornell Studies in Political Economy, 2009), 102

no pudieron evitar ciertos atropellos por parte del poder estatal ante la privación arbitraria de sus derechos fundamentales; en este caso, por la existencia de regímenes autoritarios y opresivos, los cuales actuaron bajo el uso de la fuerza, creando terror y represalias⁶⁶.

Esta atmósfera dictatorial latinoamericana, para García, fue provocada debido a que el reconocimiento del derecho de resistencia en las Constituciones occidentales no guardó una sincronía jurídico-política, en la mayoría de los Estados, que se iban reconociendo como democráticos; entre los siglos XIX y XX⁶⁷. Esta situación fue más notoria en las constituciones africanas y latinoamericanas, las cuales no establecieron un derecho de resistencia en su ordenamiento, sino hasta la segunda posguerra e incluso comienzos del siglo XXI⁶⁸. Este escenario provocó que existiera un menoscabo de los medios y recursos disponibles para desafiar al poder del Estado de manera más efectiva. Esto, según Manirakiza, ya que no existía una base constitucional clara para encontrar resistencia ante el poder tiránico⁶⁹. En consecuencia, los regímenes autoritarios impusieron una nueva forma de gobierno con estructuras ajenas a la forma “legítima” del ejercicio del poder, desembocando en el desconocimiento de los derechos fundamentales, prioridades imperativas, incumplimiento de necesidades básicas y violaciones reiteradas a los derechos humanos⁷⁰.

Estas circunstancias sociales y políticas de dichos gobiernos autoritarios, dejaron una marca profunda en las sociedades latinoamericanas. En este sentido, sostiene García que los ordenamientos posteriores buscaron establecer mejores “restricciones efectivas al poder”⁷¹. Ciertos Estados latinoamericanos reconocieron el derecho de resistencia tras las secuelas de dichos gobiernos represivos –especialmente originados por golpes de Estado de regímenes militares (como los de Velasco Alvarado en Perú, solo por poner un ejemplo)–. Así se reconoció el derecho de resistencia en 1979 en la Constitución Política de Perú. En Ecuador, por su parte, se lo reconoció en la Constitución de la República del Ecuador de 2008⁷². También vemos como en Honduras se

⁶⁶ Ver, Ginsburg, *When to Overthrow*, 1212-1215.

⁶⁷ Ver, Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Alianza, 1994), 137-138.

⁶⁸ Ver, Kahler, *Networked Politics*, 97.

⁶⁹ Manirakiza, *Towards a Right*, 96.

⁷⁰ Ver, Ginsburg, *When to Overthrow*, 1212-1216.

⁷¹ García de Enterría, *La lengua de los derechos*, 138.

⁷² Ver, Rosenn Keith, *The Success of Constitutionalism in the United States and Its Failure in Latin America: An Explanation* (Miami: University of Miami, 1990), 6-7.

lo haría en 1982, en El Salvador en 1983, en Paraguay en 1992, en Cuba en 1972, en Venezuela en 1999 y en México en 1917⁷³.

Continuando en este escenario, Keith señala que el constitucionalismo latinoamericano, al estar caracterizado por la inestabilidad política provocada por el periodo de las dictaduras militares del siglo XX, proporcionó un terreno fértil para reinventar el derecho de resistencia indistintamente en sus Constituciones⁷⁴. Athan aportó diciendo que los países latinoamericanos –al operar en la tradición jurídica del *civil law*, en lugar de la tradición del *common law*– tenían una receptividad que hacía más probable que estos adoptaran una concepción del derecho de resistencia distinta a los países anglosajones; ello, tanto en su fundamento tradicional histórico como en sus mecanismos para ejercerlo (generando así cierto tipo de contraste entre ambos tipos de sistemas jurídicos⁷⁵). No obstante, a pesar de que el derecho de resistencia tuvo diferentes orígenes según los sistemas de referencia, la constitucionalización del derecho de resistencia principalmente fundamentó la esencia del Estado democrático, institucionalizando la posibilidad de una oposición a la autoridad.

2.3. Igualdades y diferencias entre el ejercicio del derecho de la protesta pacífica y el derecho de resistencia

El derecho de resistencia y el derecho a la protesta pacífica en el ordenamiento constitucional comparten ciertas características, como también en otras se diferencian. Para Finlay, el ejercer el derecho a la protesta pacífica enmarca una forma de ejercer el derecho de resistencia, pero respaldada en una forma de resistencia moderada, distinguiéndose del derecho de resistencia “moral”, el cual sería un tipo de resistencia radical⁷⁶. No obstante, entre las principales características que comparten, una es que ambas buscan abarcar conductas en reclamo de derechos cuando hay ausencia de medios alternos, o cuando existen instituciones democráticas ostensiblemente débiles e ineficaces o estructuras que dejan a los ciudadanos sin mecanismos efectivos para resolver sus agravios⁷⁷. Igualmente, comparten que la titularidad para su ejercicio puede recaer en cualquier grupo o individuo, que crea bajo su arbitrio que se está sufriendo un daño o una amenaza a sus derechos⁷⁸.

⁷³ Ver, Ginsburg, *When to Overthrow*, 1242-1259.

⁷⁴ Ver, Keith, *The Success of Constitutionalism*, 6-7.

⁷⁵ Ver, George Athan Billias, *American Constitutionalism Heard Round The World, 1776–1989: A Global Perspective* (Nueva York: NYU Press, 2009), 98

⁷⁶ Finlay, *Terrorism and the Right*, 32.

⁷⁷ Ver, Manirakiza, *Towards a Right to Resist*, 98.

⁷⁸ Ver, Ginsburg, *When to Overthrow*, 1195.

Sin embargo, una de las principales diferencias entre ambas es que los sujetos que ejercen la protesta pacífica invocan la Constitución y el resto de los derechos reconocidos jurídicamente con el fin de garantizar el respeto y la protección de otros derechos⁷⁹. Por otra parte, la resistencia radical implica recurrir a conductas que ejerzan más presión, y que, por lo tanto, desembocan necesariamente en el uso de actos revolucionarios, incluyendo violencia (cuyo grado apropiado no estaría legalmente determinado)⁸⁰.

En el caso del ejercicio de la protesta pacífica, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión concede a su titular exponer sus puntos de vista, cualquiera que sea la manera que tomen; siempre que estén dentro de los límites de la norma⁸¹. Del mismo modo, la libertad de reunión o asamblea permite a las personas usar las calles o espacios públicos para protestar contra las prácticas que se consideren atentatorias a sus derechos. En este caso, las manifestaciones masivas pueden paralizar la vida política y socioeconómica de una nación, con lo que necesariamente cabe destacar que en dichas manifestaciones no existe el uso de ningún medio considerado violento. El respaldo para el ejercicio de protestas pacíficas se encuentra ampliamente defendido por organismos internacionales, lo cual será revisado más adelante.

En el caso del ejercicio de la resistencia radical, se toma como consideración que las protestas pacíficas no son la vía adecuada para dar solución al problema o amenaza que atenta contra los derechos⁸²; esto, ya sea porque el régimen contra el que se enfrentan es represivo –es decir, toma la forma de una amenaza grave y persistente, el cual ya ha usado medios agresivos con resultados de muerte, tortura o equivalentes al atentar contra la vida y los derechos de las personas– En este caso, Edwards considera que el orden establecido ya no es una posición “justa” para lograr vencer satisfactoriamente dichas amenazas y daños⁸³. Por lo tanto, ante esta situación, Fantu argumenta, que la resistencia radical debe ser ejercida como una especie de “violencia defensiva”; es decir, se permitiría que; los individuos se defiendan mediante el uso de fuerza necesaria y proporcional⁸⁴.

⁷⁹Ver, Fantu Cheru, *Democracy and people power in Africa: Still searching for the 'political kingdom* (Londres: Routledge, *The Third World Quarterly*, 33/2, 2012) 271-273, <https://doi.org/10.1080/01436597.2012.666012>.

⁸⁰ Finlay, *Terrorism and the Right*, 32.

⁸¹ Ver, Manirakiza, *Towards a Right to Resist*, 98.

⁸² *Id.*, 99.

⁸³ Ver, Pearce Edwards and Daniel Arnon, *Violence on Many Sides: Framing Effects on Protest and Support for Repression* (Londres: *British Journal of Political Science* 51, no. 2, 2021): 488, doi: 10.1017/S0007123419000413.

⁸⁴Ver, Fantu, *Democracy and people power*, 270-277.

Por otro lado, el ejercicio del derecho de protesta pacífica debe ser plenamente compatible con los principios de respeto al Estado de derecho, que, en general, proscriben el uso de violencia. En consecuencia, Pettit sostiene que “si se ejerce debidamente el derecho de protesta pacífica, el Estado tiene el mandato de abstenerse de reprimir a quienes participan en ella”⁸⁵; esto, ya que tal represión puede conducir a la responsabilidad penal (y de otros tipos), ya sea en el plano internacional o en el local.

Otra diferencia es la que se enmarca en la tesis que señala que la protesta pacífica no conduce necesariamente a cambios estructurales en el *statu quo*⁸⁶. Bajo este aspecto, existen otras tesis que argumentan que recurrir a procedimientos judiciales, es otra forma de resistencia que entra en el espectro de una resistencia moderada, en el sentido de que una denuncia presentada ante un tribunal, u otros órganos, tiene el mismo objetivo de denunciar conductas que vulneren los derechos humanos⁸⁷. Sin embargo, bajo esta óptica, parecería que no se está hablando del derecho de resistencia en sentido estricto, pudiendo entenderse que cualquier medio garantista proveniente del ordenamiento estatal sirve para controlar el ejercicio del poder⁸⁸.

Por otra parte, al contrario de la protesta pacífica, para Ginsburg el objetivo de la resistencia radical es “derrotar la opresión y reemplazarla con algo más justo y defender los derechos constitucionales de la violencia y tiranía estatal”⁸⁹. Bajo estas circunstancias, la legalidad alrededor del uso de violencia es bastante problemática, aunque su legitimidad no lo sería, al menos para las personas involucradas en la lucha. Por lo tanto, para Finlay distintas circunstancias justificarían la legitimación de medios violentos utilizados durante la resistencia radical, como es el caso de los denominados “golpes de Estado”⁹⁰, consistentes en buscar el derrocamiento de regímenes considerados tiránicos e ilegítimos a los ojos de la constitución en salvaguardia de restaurar un gobierno democrático. Los golpistas gozarían de legítima justificación.

Sin embargo, a pesar de que los golpes de Estado pueden ser un último recurso y una solución legítima cuando los medios pacíficos han fallado. Varios organismos internacionales no los aprueban, explicando que caen en un cambio inconstitucional de gobierno si son perpetrados

⁸⁵Ver, Philip Pettit, *Legitimacy and Justice in Republican Perspective* (Oxford: Oxford University Press, Vol. 65 2012), 66, doi:10.1093/clp/cus016.

⁸⁶Ver, Manirakiza, *Towards a Right*, 99-100.

⁸⁷Ver, Gregorio Peces-Barba, *Libertad, Poder, Socialismo* (Madrid: Civitas, 1978, Edición en PDF), 377.

⁸⁸Ver, Santos, *Falsos derechos*, 246.

⁸⁹Ginsburg, *When to Overthrow*, 314.

⁹⁰Finlay, *Terrorism and the Right*, 30-33.

contra gobiernos elegidos democráticamente⁹¹. En este caso el problema podría ser, como explica De Sanctis, que este ya no sería un ejercicio legítimo del poder por *absque titulo* o por idoneidad de título, sino un ejercicio por *ab exercilio*, ya que un gobierno puede ser elegido democráticamente, pero sus funciones o forma de gobierno, en cambio, realizadas antidemocráticamente (cayendo así en ilegitimidad)⁹².

3. Marco Normativo

3.1. Derecho de Resistencia

3.1.1. Constitución de la República del Ecuador (CRE)

El derecho de resistencia es reconocido en Ecuador por la CRE en su artículo 98, y ampliado en el artículo 99. Estos articulados determinan, en pocas palabras, quienes pueden ejercerlo, ante quienes, bajo qué circunstancias y qué resultados se pueden obtener tras ejercerlo. Sin embargo, se puede señalar, a breves rasgos, que existe una alta subjetividad para comprender su adecuado ejercicio material, lo cual representa dificultades para regularlo en el ordenamiento. Y por esto realizaremos un corto análisis a continuación.

En primer lugar, su titularidad, según el artículo 98, recae en los individuos y colectivos. Y, de acuerdo al artículo 99, se determina que este puede ser ejercido “cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación”⁹³. Por lo tanto, bajo estas circunstancias, se daría paso para que el resistente, en uso de su criterio y arbitrio, interprete subjetivamente cuando ocurre dicha situación, asunto altamente ligado con el derecho de resistencia en su dimensión moral. En segundo lugar, este derecho puede ejercerse para demandar el reconocimiento de nuevos derechos⁹⁴. Por lo tanto, es un medio alternativo a los canales ya institucionalizados para este mismo propósito; un medio que, no obstante, carece de una forma que precise su ejercicio y solamente deja en claro que no se puede realizar mediante conductas violentas, o sea, aquellas estipuladas difusamente en el Código Orgánico Integral Penal.

3.1.2. Código Orgánico Integral Penal (COIP)

En el COIP se tipifican tres delitos que se fundamentan en evitar que la población se vaya en contra de las autoridades, el orden público y el Estado constitucional. En primer lugar, se

⁹¹ Ver, *Id.*, Mxolisi S. Nkosi, *Analysis of OAU / AU responses to unconstitutional changes of government in Africa* (Pretoria: Universidad de Pretoria, 2010), 5, <https://n9.c1/x3cq>.

⁹² De Sanctis citado por Ugartemendia, *El Derecho De Resistencia*, 255.

⁹³ Artículo 99, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁴ Artículo 98, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

encuentran los artículos referentes al delito de rebelión, tipificado en el artículo 336⁹⁵, y el artículo de sabotaje, tipificado en el artículo 345⁹⁶. Ambos buscan limitar el uso de conductas violentas como medio que afecte el orden establecido. Primordialmente, el tipo de sabotaje busca evitar que mediante violencia se “trastorne” el orden público y, en el caso de la rebelión, se busca que no se empleen conductas violentas para desconocer la Constitución o buscar derrocar al gobierno legítimamente constituido. En este último caso –como se determina expresamente– “sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia”, por lo que se estipula que el ejercicio de la resistencia no podría ejercerse empleando medios violentos, o se cometería un delito.

Seguidamente está el artículo 339, referente a actos hostiles contra el Estado⁹⁷. Este artículo limita a las personas para no ser partícipes en conductas que amenacen la seguridad del Estado, y en contra de conductas que impliquen amenazas a su soberanía. Este artículo sirve como ejemplo para exponer la ambigüedad de la redacción normativa en el COIP. En el numeral segundo del artículo 339, se deja al concepto “toma de armas” por fuera de un entendimiento no análogo; considerando que su redacción no determina lo que debe ser dicha conducta, sin entrar en especulaciones acerca del concepto de “armas”. Esto deja una amplia interpretación para los jueces.

3.2. Protesta Pacífica

3.2.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La CIDH emitió los Estándares sobre los Derechos Involucrados en la Protesta Social y las Obligaciones que deben guiar la Respuesta Estatal⁹⁸. En los Estándares, la Comisión reconoce al ejercicio de la protesta pacífica como un medio que debe ser garantizado por los Estados americanos miembros⁹⁹, determinando así que las demostraciones de reunión pacífica deben ser respetadas en dichos ordenamientos como un derecho fundamental en el ejercicio de la democracia.

A tal efecto, la Comisión igualmente reconoce que el ejercicio de protestas puede representar problemas o malestar en el orden público; no obstante, señala que los Estados deben viabilizar el logro de estos objetivos, sin obstaculizarlos de forma arbitraria ni restringirlos, siempre y cuando sean hechas sin armas o violencia¹⁰⁰. En este aspecto, también se ha referido al uso del

⁹⁵ Artículo 336, Código Orgánico Integral Penal (COIP). Suplemento Registro Oficial N° 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 17 de febrero de 2021.

⁹⁶ *Id.*, Artículo 345.

⁹⁷ *Id.*, Artículo 339.

⁹⁸ En adelante denominado como “Estándares”

⁹⁹ *Ver*, CIDH, Estándares sobre los Derechos Involucrados en la Protesta Social y las Obligaciones que deben guiar al Estado, septiembre de 2019, OEA/Ser.L/V/II/CIDH/RELE/INF.22/19, párr. 37.

¹⁰⁰ *Id.*, párr.9.

espacio público, determinando que las protestas toman diferentes dimensiones para su ejercicio. Por lo tanto, se estipula que las modalidades y formas de materialización deben ser garantizadas en los ordenamientos, tanto las tradicionales como son las marchas o el uso de pancartas e incluso a otras más drásticas como los cortes de ruta, huelgas o sentadas¹⁰¹. La Comisión determinó que este tipo de protestas son una forma legítima de expresión¹⁰².

Por lo tanto, se recalca que la respuesta de los Estados ante el ejercicio del derecho de protesta debe tener condiciones de proporcionalidad, de manera tal que se agoten los medios menos represivos si fuera necesario realizar intervenciones con el uso de la fuerza. Esto significa que a pesar de que este tipo de manifestaciones presentan diversas complejidades, se debe buscar su mejor regulación para que las autoridades puedan controlar mejor su ejercicio dentro del ordenamiento jurídico.

3.2.2. Consejo de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (CDHNU)

La CDHNU, reconoce que el ejercicio de la protesta pacífica envuelve varios derechos fundamentales, que son la libertad de expresión y el derecho de reunión, siendo este último del que se desprende la capacidad de celebrar de forma dinámica movilizaciones populares, ya sea en uso de espacios públicos o de ciertos espacios privados. Por esto el Consejo determinó que la importancia del ejercicio conjunto de estos derechos en la protesta es que el mensaje que se manifieste logre obtener las suficientes garantías de los Estados para poder ser realizado¹⁰³. Además, establece que la protesta pacífica debe tener un marco jurídico que garantice su ejercicio material, de manera que siempre tenga observancia de la legislación estatal para que su desarrollo sea garantizado¹⁰⁴. De igual manera, el Consejo fija que las protestas asociadas a actividades en defensa o exigencia de derechos humanos deben recibir garantías para su ejercicio en los Estados¹⁰⁵.

3.2.3. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*, párr. 7.

¹⁰³ *Ver*, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, 21 de mayo de 2012, A/HRC/20/27, párr. 24.

¹⁰⁴ *Id.*, párr. 12.

¹⁰⁵ *Ver*, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, 23 de mayo de 2011, A/HRC/17/28, párr. 31.

La ACNUDH, juntamente con el Instituto Nacional de Derechos Humanos chileno, realizaron una recopilación que reúne diversos estándares a nivel internacional, principalmente de la región latinoamericana, concernientes y aplicables al ejercicio de la protesta social pacífica¹⁰⁶. En este recopilatorio, la ACNUDH reúne los principios básicos que muchos organismos internacionales han estipulado como aspectos importantes ha tomar en cuenta para la regulación de las protestas pacíficas en los Estados, de tal forma esta funciona como una guía.

El recopilatorio de la ACNUDH también reconoce que, en Latinoamérica, las autoridades han hecho un uso desproporcionado de la fuerza para disuadir y limitar las protestas pacíficas; lo que en consecuencia degenera en enfrentamientos entre las autoridades del orden público contra manifestantes¹⁰⁷. Con estas consideraciones, el recopilatorio determinó que, a pesar de que se reconoce que las protestas pueden canalizar actos delictivos, no hay evidencia suficiente para categorizar a todas las protestas como una amenaza a la seguridad social.

4. El conflicto de controlar el poder del Estado

Barberis sostiene que la Constitución ya no funciona únicamente como el límite del poder político, sino además como el fundamento de este¹⁰⁸. De esta manera, dentro del marco constitucional contemporáneo se recogerían los derechos fundamentales, los cuales buscarían guiar el ejercicio del poder en el Estado¹⁰⁹. Por lo tanto, la Constitución busca que dichos derechos aseguren una convivencia en la que el poder soberano del pueblo sea protegido por el Estado y sus autoridades.

Sin embargo, Dreier señaló que las autoridades e instituciones que comprenden el Estado constitucional no representan una garantía *a priori* para funcionar correctamente bajo sus debidas potestades y en defensa de los derechos fundamentales¹¹⁰. Sobre este punto, Levinson y Balkin sostienen que, presidentes y autoridades militares, al ejercer el poder, han abusado de sus facultades en muchas ocasiones, porque el propio ordenamiento se ha adecuado a sus intereses para

¹⁰⁶ Ver, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) e Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales*, diciembre de 2014, párr., 10.

¹⁰⁷ *Id.*, párr., 11.

¹⁰⁸ Ver, Barberis citado por Mauricio Maldonado, *Por una Genealogía de la Constitución* (Palermo: Diritto e questioni pubbliche, 2020), 168.

¹⁰⁹ Ver, Koen Lenaerts, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU* (Berlin: *German Law Journal* 20, no. 6 2019), 93, doi:10.1017/glj.2019.62.

¹¹⁰ Dreier, *Recht Moral Ideologie*, 202.

respaldarlos¹¹¹. Véase las dictaduras ocurridas en países de Latinoamérica, África y Europa en el siglo XX. El abuso del poder de las autoridades e instituciones estatales representa un problema que trasciende históricamente en diversos Estados, los cuales poseen un ordenamiento débil para la protección del orden democrático. Según Metz, esta situación se debe principalmente a una alta “carga sociológica” sobre el manejo del ejercicio político en cada región¹¹².

En esta situación, la legalidad puede notarse que es un medio inefectivo para controlar a los gobernantes cuando ya están en ejercicio del poder, o cuando estos lo han tomado de manera antidemocrática. Esto se debe a que las autoridades poseen mayores recursos para manipular los mecanismos de la legalidad. Por lo tanto, los derechos y garantías constitucionales quedan al arbitrio de sus posturas políticas, lo que representa una incertidumbre para los gobernados y una amenaza para la democracia.

Con base en estas circunstancias, Metz ha dicho que para evitar las arbitrariedades de los gobernantes que actúan en abuso de sus potestades, el derecho a enfrentarlos debe basarse en un fundamento externo al ordenamiento objetivo¹¹³. Esta situación implica entender que la legalidad llega a un punto en la que ya no es útil para controlar al gobernante, requiriendo forzosamente el amparo de un medio por fuera del sistema legal. En este caso, sería el derecho de resistencia, desde su dimensión moral, el que determinaría las bases que estructurarían los medios considerados “necesarios” para recuperar el orden establecido, e implicaría ponderar lo “legítimo” sobre lo legal. Esto, para Peces Barba, significa que el derecho de resistencia debe ser ejercido con los límites de lo que se entienda colectivamente como un “injusto” ejercicio del poder¹¹⁴, de manera que la legalidad¹¹⁵ no sea una barrera para interpretar lo que se considera “justo” (prescindiendo de los límites impuestos por y para beneficio del propio Estado y sus autoridades cuando estas actúan arbitrariamente). Aunque determinar qué cuenta como ejercicio arbitrario es justamente el problema.

En este sentido, dichas posturas señalan que el derecho de resistencia no funciona coherentemente como derecho jurídico, ya que los límites puestos por el mismo Estado para regular su ejercicio no encarnan una garantía para el pueblo, quien necesariamente debe tener otra

¹¹¹ Ver, Sanford Levinson y Jack Balkin, *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design* (Minnesota Law Review, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 200,2010), 1858, <https://ssrn.com/abstract=1508666>.

¹¹² Ver, Thaddeus Metz, *Social Theory and Practice* (2000), 25, <http://www.jstor.org/stable/23561046>

¹¹³ *Id.*, 26.

¹¹⁴ Ver, Gregorio Peces-Barba, *Libertad, Poder, Socialismo* (Madrid: Civitas, 1978, Edición en PDF), 32

¹¹⁵ Legalidad usada como el entendimiento del sentido simple del contenido de la ley .

alternativa para controlar a sus gobernantes. Por esto afirma Peces Barba que “la Revolución es fundamentalmente una cuestión de hecho y de justificación ética, política, axiológica, pero nunca jurídica”¹¹⁶. De la misma forma, Dreier planteó que, si un medio no es concebido en la dimensión legal, no lo vuelve automáticamente inconstitucional, concluyendo que para que un medio sea legítimo, no necesariamente debe ser legal¹¹⁷. En este sentido, la resistencia toma un fundamento más amplio de lo que determina la “ley”, los códigos o los jueces, e inclusive contempla el empleo de medios violentos para restablecer el orden de considerarlos legítimos y necesarios.

Sin embargo, Kriele considera que la justificación única del fundamento moral del derecho de resistencia para ejercerlo en contra de lo considerado “injusto”, daría paso para que sea hecha “alegremente” en cualquier momento, por quien fuera y bajo cualquier medio. Por ello, Kriele señala que deben existir condiciones limitantes para este ejercicio, las cuales necesariamente deben ser reguladas por el Estado, de tal forma que consideraba dos presupuestos: el primero, que se ejerza la resistencia solo en contra de injusticias extremas o graves; y, el segundo, que cuando se ejerza dicha resistencia, quien debe cargar con la prueba es el resistente¹¹⁸. Esta situación plantea una vía más limitante al ejercicio de la resistencia (vista desde la legalidad) y asume que puede existir una compatibilidad entre un órgano regulador y el derecho de resistencia.

Dreier, sin embargo, sostiene que no se debe apoyar este control del derecho de resistencia sobre lo que considere una autoridad, señalando que si el problema es que la resistencia desde su dimensión moral posee un marco muy amplio para su ejercicio, esta tiene siempre que regularse bajo los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución¹¹⁹. Por lo tanto, los límites de su ejercicio nunca pueden sobrepasarlos, considerando que esta regulación de la resistencia es la más adecuada. Este aspecto será revisado a profundidad en el último apartado.

Bajo este argumento de Dreier, se debe tener en cuenta lo señalado por Maldonado, que considera que en torno al contenido de los derechos fundamentales existen muchos desacuerdos interpretativos sobre su contenido¹²⁰. En este sentido, recalca que los “interpretes auténticos” (en el sentido kelseniano de la expresión) ajustan su contenido conforme a sus decisiones, de tal manera

¹¹⁶ Peces-Barba citado por Mirete, *Derecho de resistencia*, 278.

¹¹⁷ Dreier, *Recht Moral Ideologie*, 202.

¹¹⁸ Ver, Kriele citado por Dreier, *Rechtsgefühl, Verrechlichung*, 199-200.

¹¹⁹ Ver, Dreier citado por Mirete, *Derecho de resistencia*, 278.

¹²⁰ Ver, Maldonado, *Límites y contenido esencial*, 81.

que sustentar el derecho de resistencia en los derechos fundamentales no significa realmente una garantía de imparcialidad.

5. El conflicto de la protesta pacífica con el derecho de resistencia

La protesta pacífica es una institución, reconocida legalmente tanto por organizaciones internacionales como por distintos Estados, destinada a que los sujetos ejerzan la democracia y expresen sus inconformidades ante las autoridades públicas y privadas. Su ejercicio se ha enmarcado principalmente como un medio para garantizar y fomentar la democracia sin uso de la violencia¹²¹. De esta forma, la protesta pacífica se ha convertido en una de las maneras en el que se puede entrever una “especie” de ejercicio del derecho de resistencia en el actual Estado constitucional. De tal manera que, un gran número de Estados democráticos han dado respaldo a la protesta pacífica en sus ordenamientos; ello, como un medio para que el pueblo pueda expresar sus ideas o propuestas ante las autoridades, siempre a la luz de las circunstancias que prescriba la ley. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el ejercicio de la protesta pacífica ha presentado varias dificultades, teniendo diversos problemas respecto a su criminalización por diversos Estados, siendo un tema muy notorio y explícito¹²².

No obstante, el tema que se tratará en esta parte del artículo versa sobre cómo la protesta pacífica, en el Estado constitucional, se ha convertido –como dice Kaufmann– “en un derecho de resistencia de poca monta”¹²³. Y habla de dos tipos de resistencia. En primer lugar, distingue lo que él llama la “gran resistencia”, tal como el ejercicio de resistir contra de una autoridad considerada “ilegítima”, refiriéndose a la resistencia en su dimensión moral, lo cual implica no restringirse bajo lo que establezca la legalidad. Mientras que, por otra parte, señala al ejercicio de la protesta pacífica como la “pequeña resistencia”, entendiéndose como la que se hace en contra de una autoridad establecida legalmente y que, se limita al empleo único de medios proporcionados por la legalidad¹²⁴.

En este aspecto, Ollero categoriza al ejercicio de la protesta pacífica como un medio “institucionalizado” por el Estado constitucional, en el que se ha reducido el impacto de su real

¹²¹ Ver, Draw Bracanti, *Democracy protests: Origins, features, and significance* (New York: Columbia University, 2016), 1, doi: 10.1017/CBO9781316480960.

¹²² Ver, Eduardo Bertoni, *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 1-46.

¹²³ Ver, Arthur Kaufmann, *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo* (Stuttgart: UTB Uni-Taschenbücher Verlag, 1994), 91- 92.

¹²⁴ Ver, Arthur Kaufmann y Werner Hassemer, *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid: Debate, 1991), 134.

propósito de controlar el ejercicio del poder ilegítimo, afectando la manera en la que la sociedad ve y entiende la resistencia¹²⁵. Este último punto es considerado por Kaufmann como la destrucción de años de historia y de revoluciones que han marcado a la sociedad y al Estado, retrocediendo así a las viejas épocas de sumisión del “amo y el esclavo” determinadas en seguir lo que dice y permite la ley¹²⁶.

En estas circunstancias, estas posturas consideran que la resistencia, entendida como la “gran resistencia”, ha perdido peso en los Estados contemporáneos, porque consideran a la protesta pacífica como una “amenaza” que quita la importancia al enfrenamiento del poder “ilegítimo” e “injusto”. La protesta pacífica no refuerza la legalidad de otros medios por sobre los medios “legítimos” no amparados en el ordenamiento. En estas circunstancias, la resistencia, basada en su dimensión moral, tal como un medio alternativo por fuera del sistema, se invisibiliza o se vuelve incompatible (ya que la sociedad acepta los medios otorgados por el Estado como las “únicas” o “mejores” alternativas para ejercer la resistencia). A tal efecto, se estipula que ejercer la protesta pacífica en uso de medios únicamente legales no es, en esencia, ejercer la resistencia, debido a que el ejercer la resistencia propiamente dicha en su dimensión moral consiste en enfrentar lo “ilegítimo” con los medios que se puedan adecuar a tal propósito, sin limitarse únicamente en la legalidad. Ello, ya que los medios legales no garantizan la mejor o más eficaz alternativa para lograr su propósito de controlar el abuso del ejercicio del poder.

Bajo tales circunstancias, según Schneider, los intentos de “reducir” a la resistencia quitándole su panorama amplio de medios “legítimos”, a una forma limitada a los medios otorgados por la legalidad, constituye un acto de corromper la “única” defensa de los derechos fundamentales declarados y reconocidos en las constituciones y plantea que se ha creado una “trivialización” de la resistencia. Esto afecta la forma de entender y de luchar por lo “justo”; por lo tanto, considera que la sobreposición de medios legales para enfrentar el poder confunde a la población, limitando a la resistencia a las “buenas intenciones” concedidas por el Estado dentro del marco del ordenamiento¹²⁷. Por otra parte, si se sitúa al derecho de resistencia, no como un derecho fundamental ordinario, sino que, si se lo coloca como el protector del resto de derechos fundamentales, las consecuencias de afectar su dimensión moral son, en cierta medida, más graves,

¹²⁵Ver, Andrés Ollero, *El derecho en teoría* (Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007), 205.

¹²⁶ Kaufmann, *El pensamiento jurídico*, 138.

¹²⁷Ver, Peter Schneider, *Recht und Macht. Gedanken Zum Modernen Verfassungsstaat* (Mainz, Ausgaben: Hase & Koehler, 1970), 151.

lo que implica que los medios legales amenazan su rol de ser el principal defensor del resto de derechos reconocidos constitucionalmente.

Sin embargo, a pesar de haber concebido la importancia del derecho de resistencia como un derecho cuyo ejercicio debe ser respetado ampliamente, inclusive evitando ser opacado por medios legales, Kriele considera que debe tomarse en cuenta que en los actuales Estados constitucionales, a pesar de que existe un desacuerdo sobre su fundamento, se debe buscar superar su concepto tradicionalmente histórico y ser incluyente con los presupuestos actuales de democracia y seguridad jurídica, respaldando a la protesta pacífica como el “mejor” medio para ejercer la resistencia¹²⁸.

En este aspecto, Neumann considera que la democracia en el actual *statu quo* ha funcionado como un medio que protege y garantiza la participación de la sociedad, a tal punto que ha hecho que el sujeto no tenga que acudir a medidas alternativas de control más “agresivas”¹²⁹. Bajo esta consideración, la protesta pacífica se acoplaría en el modelo del Estado democrático, y se representa como un medio que respalda la manifestación de las ideas minoritarias ante un sistema que no brinda un acceso global a todos los sectores poblacionales para participar en el proceso democrático. En este caso la protesta pacífica sería un medio para que los grupos minoritarios puedan acceder y contribuir al proceso de participación social.

Por lo tanto, bajo esta consideración, la protesta pacífica serviría más como un medio para fortalecer la democracia, que como un medio que busca hacer frente al ejercicio del poder tiránico. Bajo esta estipulación, ¿el ejercer “mejor” la democracia conduce a enfrentar un ejercicio del poder considerado “ilegítimo” o “tiránico”? En este sentido, Dreier considera que la democracia es dependiente del ejercicio del poder. Por lo tanto, si no se ejerce el poder de forma equitativa por las autoridades y las instituciones estatales, la democracia sería reducida a un “populismo” manejado por la oligarquía¹³⁰. De tal manera que, se podría considerar que la protesta pacífica no es un medio que “ataque” o “enfrente” el ejercicio del poder tiránico, sino más bien es una forma que intenta volver “menos compleja” la participación en el proceso democrático, siendo inútil su eficacia para enfrentar un gobierno totalitario que ha usurpado todos los medios legítimos y democráticos.

¹²⁸ Kriele citado por Kaufmann, *Rechtsgefühl, Verrechtlichung*, 144.

¹²⁹ Ver, Franz Neumann, *Lo Stato Democrático e lo Stato Autoritario* (Bologna: Societa Editrice Il Mulino, 1973), 108.

¹³⁰ Ver, Dreier, *Recht Moral Ideologie*, 209-212.

Ante esta situación, en la que se podría considerar a la protesta pacífica como un medio no efectivo para controlar un poder que se le va de las manos al pueblo, Ugartemendia considera que se debe buscar medios alternativos para que el ejercicio del derecho de resistencia sea regulado por la legitimidad, más no por la legalidad¹³¹; por lo tanto, una forma de lograr este propósito es que estos medios sean adecuados al ordenamiento mediante una modulación a sus fundamentos, funciones y formas de concreción.

Recapitulando lo analizado anteriormente, encontramos que siempre queda la posibilidad del sometimiento del controlador al controlado, por lo que sería “muy ingenuo” siempre confiar en las instituciones determinadas por el Estado para solventar los conflictos creados por su propia insolvencia, por lo que siempre se debe tener presente el amplio panorama del fundamento de la resistencia en su dimensión moral.

6. ¿Qué medios pueden ser adecuados y necesarios a ojos de una armonización del derecho de resistencia?

El jurista argentino Fernando Toller propuso la tesis que cuestiona el *conflictivismo* o colisión de derechos fundamentales, que en el contexto del derecho de resistencia ha significado discusiones entre la ponderación de derechos como la libertad de expresión o de reunión frente a otro tipo de derechos, como circulación u orden público. Bajo este aspecto, como se ha manifestado anteriormente, el derecho de resistencia se ha basado históricamente en proteger los derechos fundamentales de los abusos por el ejercicio ilegítimo del poder. Sin embargo, su ejercicio para lograr dicho fin en gran medida es coartado por la regulación limitante dentro del marco jurídico, que lo regula de forma parcializada con respecto a otros derechos.

Lo anterior puede estipularse como una consecuencia de lo que Nogueira considera que siempre es latente la posibilidad de la intervención del legislador para poner limitaciones en afectación a los derechos fundamentales¹³², lo cual representa una amenaza para la integridad, preservación y ponderación de dichos derechos en el ordenamiento. En este sentido, el derecho de resistencia como derecho fundamental ha perdido en gran medida su alcance de poder ser un derecho efectivo con el que los ciudadanos cuentan para controlar el ejercicio del poder; debido a que, su regulación, representada en su “reducida” dimensión jurídica de la protesta pacífica, no

¹³¹Ver, Ugartemendia, *El Derecho De Resistencia*, 231.

¹³²Ver, Humberto Nogueira Alcalá, *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales* (Talca: Revista Ius et Praxis, 2005), 15-64.

abarca una solución capaz de enfrentar aspectos serios y extremos, tales como un gobierno totalitario¹³³.

En tales circunstancias, Toller considera que no existe un conflicto *per se* entre derechos fundamentales para llegar a su regulación “armónica” en los ordenamientos, sino lo que existe es una carencia de entendimiento teleológico de los mismos por parte de los ponderadores competentes¹³⁴. En este punto, Toller sostiene una premisa basada en que los derechos fundamentales son armónicos *a priori*, lo cual puede considerarse problemático. Respecto a esto, Bobbio consideraría la existencia de una falacia *post-hoc, ergo ante-hoc*, ya que, en términos históricos, la doctrina del iusnaturalismo pone como antecedente lo que es, en realidad, el resultado¹³⁵.

Sin embargo, la propuesta de Toller considera que para que los derechos fundamentales sean “coexistentiales” y “armónicos”, es necesario entender su hermenéutica o finalidad cuando se realiza su ponderación. Para García Amado, por otra parte, la ponderación no constituye un método de control racional de los derechos fundamentales. Esto, debido a que los valores y principios para efectuarla no son considerados apropiadamente, limitándose solamente al arbitrio del sujeto que la realiza¹³⁶. Refiriéndose a este conflicto ponderativo, Von Hippel concluye que esta situación amplia para decidir sobre los derechos abre un espectro para el subjetivismo en las decisiones judiciales y legislativas¹³⁷. Bajo este sentido, podría sostenerse que el derecho de resistencia ha sido afectado por un ejercicio de ponderación impropriamente realizado.

De acuerdo con el estudio de Abu El-Haj, en una gran cantidad de casos el legislador y los operadores judiciales han abusado de la ambigüedad o falta de desarrollo normativo del derecho de resistencia en sus constituciones u ordenamientos al ponderarlo con otros derechos fundamentales¹³⁸. Esta situación promueve un arbitrio parcializado sobre la regulación de su ejercicio en los ordenamientos, lo que provoca una criminalización excesiva del ejercicio de la

¹³³Ver, Tilly, *Collective Violence*, 137.

¹³⁴ Ver, Fernando Toller, *Los Derechos In Concert “Metodologías para Tomar Decisiones Armonizadoras en Casos entre Derechos y Bienes Constitucionales* (Mexico: Editorial Porrúa, 2012, Edición en PDF), 154.

¹³⁵Ver, Bobbio citado por Maldonado, *Los Derechos Fundamentales*, 40.

¹³⁶Ver, Juan Antonio García Amado, “*El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*” (Fundación Coloquio jurídico europeo, 2009, Edición en PDF), 2-26.

¹³⁷Ver, Fritz Von Hippel citado por Thilo Ramm, *Fritz Von Hippel Als Rechtstheoretiker Und Rechtsphilosoph* (Tubinga: *Juristen Zeitung* 47, no. 23, 1992), 12-15, <http://www.jstor.org/stable/20820745>.

¹³⁸Ver, Tabatha Abu El-Haj, *Defining Peaceably: Policing the Line Between Constitutionally Protected Protest and Unlawful Speech* (Missouri: Missouri Law Review, 2015), 972-980, <https://n9.cl/lcr3s>.

resistencia. En este aspecto, la labor ponderativa en la regulación de los derechos fundamentales, como por ejemplo el de la libertad de expresión, sufre estigmas negativos por acontecimientos históricos o contextos culturales, los cuales afectan a la percepción del legislador al momento de regularlos en el ordenamiento¹³⁹.

En este sentido, la propuesta de Toller, tomada desde el punto del estudio profundo de los derechos fundamentales, implica distinguir estos derechos en su parte “formal” y su parte “material”. Toller explica que esta diferenciación es una labor necesaria para entender a los derechos fundamentales y para dejar de lado las implicaciones externas que los corrompen cuando son ponderados¹⁴⁰. En primer lugar, el “ámbito formal” consiste en la esencia interna del derecho fundamental, que se refiere a aquello que construye su legitimidad y su esencia teleológica con base en un estudio hermenéutico de su contexto material y jurídico, el mismo que entra en gran relación con la dimensión moral de los derechos. Por otra parte, el “ámbito material” es el que busca darles una funcionalidad práctica a los derechos fundamentales para su aplicación, sin basarse necesariamente en la esencia teleológica del “ámbito formal”, por lo que, lo importante es concretar su ejercicio, lo que comúnmente se determina en doctrinas, leyes, contratos, etc. Este “ámbito material” encierra todo aquello acerca de la dimensión jurídica de los derechos, lo que considera Toller como los “límites externos” de los derechos fundamentales¹⁴¹. Téngase en cuenta que Toller se opone a la teoría de los límites externos de los derechos fundamentales.

Toller considera que los “límites externos” no deben ser restrictivos, sino que deben ser reguladores. De esta forma, Toller teoriza que esta ponderación basada en este principio necesariamente debe ser realizada por un juez al momento de conocer cada caso, por lo que este análisis de los derechos fundamentales debe ser realizado prudentemente por el juez con una lista de condiciones basadas en el control de razonabilidad y proporcionalidad¹⁴². En este último aspecto, Von Hippel, el cual apoya la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, teoría con la que Toller no coincide de forma absoluta, ya que Toller se opone a la noción del contenido esencial relativo de los derechos, pero, sin embargo, la teoría relativa de Von Hippel, determina el mismo examen “caso por caso” propuesto por Toller¹⁴³. Esto hace notar la

¹³⁹ *Id.*, 972-980.

¹⁴⁰ Toller, *Los Derechos In Concert*, 135.

¹⁴¹ *Id.*, 136.

¹⁴² *Id.*, 135.

¹⁴³ *Ver*, Von Hippel citado por Thilo Ramm, *Fritz Von Hippel*, 12-15.

importancia de comprender el “contexto” y circunstancias en que los derechos fundamentales son ejercidos.

Con base en lo anterior; autores como Lerche aseveran que un criterio importante para regular los derechos fundamentales es necesariamente comprender el contenido teleológico esencial de estos, mediante un análisis complementado con una ponderación, la cual examine su contenido respecto a un hecho concreto y realizado caso por caso¹⁴⁴.

Por otra parte, también cabe señalar la postura de la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos definida por Stein, como la existencia de una “magnitud fija” previa del derecho ante cualquier intento para su limitación¹⁴⁵. En este aspecto, Verdú dice que la ponderación legislativa sobre los derechos fundamentales se debe basar en una fase previa, ya constituida, que otorgue entendimiento al operador ponderativo de dichos derechos; sirviéndole así, como referencia, para regular el “ámbito formal” de los derechos al hacer la ponderación.

En este contexto, al tener un concepto definido *a priori* de los derechos fundamentales, para así realizar su ponderación crearía un buen escenario para que el derecho de resistencia en su dimensión moral reciba una definición clara sobre sus fundamentos, para cumplir su rol de controlar el poder considerado ilegítimo o tiránico. Sin embargo, se nota que esta realidad yace profundamente lejana en los ordenamientos constitucionales contemporáneos¹⁴⁶; ello, ya que a pesar de que el derecho de resistencia recibió validez al ser reconocido positivamente en muchas constituciones, su concepto “esencial” positivizado no fue respetado por estos mismos ordenamientos al hacer su ponderación.

Bajo lo mencionado anteriormente, la regulación del derecho de resistencia debe estar enmarcada con otros presupuestos más plausibles, los que en este caso son los presentados por Toller, que es una especie de teoría “alternativa” a las teorías relativas y las absolutas.

En este sentido, la teoría de Toller incluye aspectos de la teoría relativa como el examen ponderativo realizado caso por caso, con lo que se buscaría encontrar, lo que Toller entiende, como el contenido “verdadero” de los derechos fundamentales. Examen que es un medio hermenéutico que analiza en esencia las peculiaridades teleológicas de estos derechos. La carencia de este análisis provoca el conflicto que el derecho de resistencia a sufrido por ser limitado *a priori*, sin conocerse

¹⁴⁴ Ver, Peter Lerche, *Übermass und Verfassungrecht* (Köln: Ediciones Carl Heymanns Verlag, 1961), 125.

¹⁴⁵ Ver, Klaus-Dieter Heymann y Ekkehart Stein. *Archiv Des öffentlichen Rechts* (1972), 185, <http://www.jstor.org/stable/44305308>.

¹⁴⁶ Ver, Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional* (Madrid: Ediciones Reus S.A. ,1985), 171.

la esencia fundamental de su contenido; limitando así su ejercicio legítimo de enfrentar un gobierno tiránico, por lo que la legalidad imperante no debería limitarlo sino regularlo sin represalias arbitrarias.

Bajo lo dicho anteriormente, la propuesta de Toller, busca orientar sobre cómo evitar los conflictos alrededor del entendimiento de los derechos fundamentales, por lo que puede considerarse una “teoría normativa”. De tal forma, lo considerado por Toller, puede guiar a los ordenamientos a lograr una “armonía” de los derechos fundamentales; de forma que estos no limiten a otros. Este perjuicio ocurre cuando se intenta “regularlos” con base a darles una “funcionalidad” con el resto del ordenamiento, sin considerar apropiadamente su “esencia”, la que define su “verdadero” propósito. Según su “verdadero” propósito, el ejercicio del derecho de resistencia es justificable al enfrentar al poder “ilegítimo”, ya no “sacrificando” derecho por otro sino logrando una “proporcionalidad”.

7. Conclusiones

El derecho de resistencia no es un producto fortuito de las ideas del legislador, sino que es el resultado de una construcción histórica de valores con respecto a la búsqueda del bienestar y coexistencia social entre los sujetos y el poder. En este sentido, la resistencia abarca el entendimiento que fundamenta la protección del poder soberano del pueblo ante las injusticias y abusos de un ejercicio del poder que ya no representa sus intereses. Por lo tanto, los límites de la resistencia deben reposar en los “lugares” en donde el poder tiránico no pueda fraccionarlos o atacarlos, de manera que la resistencia esté siempre a disposición del oprimido para reclamar lo que, en sí, nunca debió haberle sido arrebatado. Esto, sin embargo, tiene un fundamento ante todo moral.

Podría decirse que el principal aporte de este artículo ha sido establecer que el derecho de resistencia ha sufrido de limitaciones a su fundamento moral de forma reiterada en los ordenamientos que intentan regularlo como derecho positivo. En este aspecto se puede considerar que su “esencia” de ser un mecanismo efectivo para proteger la legitimidad de los derechos y el control efectivo del ejercicio del poder se ha visto perjudicada a causa, principalmente, de una ponderación que no comprende su compleja “naturaleza” de derecho fundamental.

En este aspecto, se estipula que el derecho de resistencia siempre va a sufrir de parcialidad con respecto a la definición de sus límites para su ejercicio, ya que cada vez que se ejerce significará siempre un enfrentamiento entre dos fuerzas contrapuestas. Por lo tanto, el conflicto de la

regulación por parte del Estado del derecho de resistencia en el ordenamiento mediante los métodos ponderativos tradicionales se ha reflejado como un mecanismo no idóneo, mostrando una clara parcialidad con respecto a limitar sus garantías para ejercerlo. En el mejor de los casos, solo termina “reducido” al nivel de protesta pacífica. Estas circunstancias son ventajosas para los ordenamientos, que arguyendo preservar la paz y el orden, tienden a limitar la resistencia mediante medios legales. Sin embargo, ciertas circunstancias pueden justificarse en respaldo de la legitimidad. Por ende, la legalidad no debe ceñirse a limitar todas las circunstancias de forma estricta, debiendo observar principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Después de considerar las implicaciones debido al uso de la violencia, en el control del ejercicio del poder y las limitaciones del fundamento alrededor de la protesta pacífica, se halló que los conflictos del ejercicio del derecho de resistencia en el Estado constitucional, son prueba que demuestran de que la resistencia requiere un tratamiento “particular” sobre cualquier otro derecho fundamental al momento de su regulación. Por lo que, lo único que se ha logrado con los intentos de acoplar este derecho en los ordenamientos para ejercerlo sin conflictos con el resto de los derechos fundamentales es, desde este punto de vista, limitarlo de forma arbitraria, más no regularlo.

Bajo este análisis, se espera que se tome con su debida importancia el derecho de resistencia que ha sido fundamental en la construcción política del Estado contemporáneo. Basándose en la lucha por mantener el proceso democrático y el resguardo de los derechos fundamentales que consagran la titularidad del poder en la soberanía del pueblo.