
**LA EXISTENCIA JURÍDICA DEL IUS RESISTENDI COMO
DERECHO FUNDAMENTADO EN LA SOBERANÍA POPULAR**



Universidad Nacional
Autónoma de México

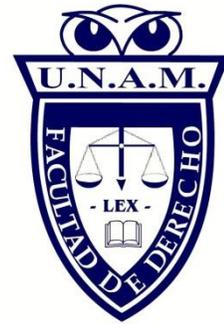


UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA EXISTENCIA JURÍDICA DEL IUS RESISTENDI COMO
DERECHO FUNDAMENTADO EN LA SOBERANÍA POPULAR**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO
DE LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA
SIMÓN ALEJANDRO HERNÁNDEZ LEÓN**

**ASESOR
DR. JOHN ACKERMAN MILL**

CIUDAD DE MÉXICO

SEPTIEMBRE 2015



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE TEORÍA
GENERAL DEL ESTADO

ASUNTO: OFICIO
APROBATORIO DE TESIS.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E

El alumno de esta Facultad SIMON ALEJANDRO HERNÁNDEZ LEÓN, con número de cuenta 300045051, ha elaborado en este Seminario a mi cargo, bajo la dirección del DR JOHN MILL ACKERMAN ROSE, la tesis titulada:

“LA EXISTENCIA JURÍDICA DEL IUS RESISTENDI COMO DERECHO FUNDAMENTADO EN LA SOBERANÍA POPULAR”

La cual a mi consideración cumple con los requisitos reglamentarios y metodológicos respectivos para hacer presentada en Examen Profesional.

Por lo anterior y de conformidad con el Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito a usted tenga a bien autorizar los trámites necesarios para la realización de dicho Examen Profesional.

Atenta presente
“POR MI RAZA COMO POR EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria 01 de septiembre de 2015.
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DR. MIGUEL ANGEL GABITA ALONSO
DIRECTOR DEL SEMINARIO

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados día a día) de aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caduca la autorización que ahora se le concede para someter su tesis profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por causa grave, todo lo cual calificará la Secretaria General de la Facultad”.

c.c.p. Secretaria de Exámenes Profesionales de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Alumno. Se autoriza la impresión de la tesis.
c.c.p. Jhon Mill Ackerman Rose
c.c.p. Seminario
MAGA/lvr.

SUMARIO

Introducción.....	13
Capitulo Primero. El derecho a la resistencia y la soberanía.....	37
Capítulo Segundo. Soberanía popular, Estado y Derecho.....	71
Capítulo Tercero. La soberanía popular como fundamento del derecho a la resistencia.....	97
Conclusiones.....	113
Bibliografía.....	119
Índice general	133

Dedicada a mi madre Praxedis, a mi padre Simón, a mi hermana Flor y a mi hermano Jesús. Por su apoyo incondicional como familia y su ejemplo como personas.

A Hugo Sánchez y su familia.

A Israel Arzate y Guadalupe Meléndez.

A las y los ejidatarios ch'oles de Tila.

A los 43 normalistas y sus familias.

A las y los que luchan...

Agradezco a Iván, Oscar, Sandra, Edgardo, Bernardo, Daniel y Daniela, por su amistad incondicional, genuina e invaluable. Por estos años.

A Leopoldo, Mario y Santiago, por el ejemplo y sus enseñanzas en la defensa comprometida de los derechos humanos. Por hacer de cada causa una noble trinchera.

A Stephanie, por el sentido de la existencia.

A Amanda, por la senda de los estudios latinoamericanos.

Al Centro Prodh, por la formación humana y profesional.

INTRODUCCIÓN

“Por eso asombran a los viejos y a los ideologizados, enclavados todavía en las estructuras que se están desmoronando. Lo nuevo, como la poesía, aterra porque siempre rompe el marco de la unilateralidad y del reduccionismo político e ideológico en el que se quiere enmarcar todo.”¹

Javier Sicilia.

*“¿Dónde iremos a buscar modelos?...
O inventamos o erramos.”²*

Simón Rodríguez.

La primera década del siglo XXI será recordada por las reflexiones que producen signos evidentes de una crisis de la humanidad. Construcciones sociales que parecían incuestionables parecen derruirse. El sistema socioeconómico entra en crisis y la preeminencia del capitalismo global es cuestionada. Convulsiones políticas y sociales emergen en diferentes partes del planeta. El metarrelato dominante del “fin de la historia” se diluye ante una realidad emergente que es disruptiva.

Se manifiesta una crisis económica global con expresiones concretas en el ámbito local. Surgen expresiones como el movimiento denominado “*Indignados*” del “15-M” español o el “*Ocuppy Wall Street*” en Estados Unidos, que cuestionan el sistema que permite la concentración de la mitad de la riqueza por el 1% de la población.³

También surgen –o se hacen más visibles– procesos de ruptura de la institucionalidad política y la hegemonía del Estado-nación como el espacio de representación de los distintos intereses sociales y la instancia de resolución de conflicto.

Sucesos como la “*Primavera árabe*” o nuestro “*#YoSoy132*” constituyen nuevas formas de organización y la introducción de novedosos campos de expresión: el uso de redes sociales o la aparición de *Anonymous* –que redefinen y relocalizan la

¹ Javier Sicilia, “La revuelta de la inteligencia”, en: *Proceso*, número 1847, pp. 44-45.

² Simón Rodríguez, *Sociedades americanas*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1990, p. 88.

³ Oxfam Internacional, *Riqueza: tenerlo todos y querer más*, 2015.

noción de poder y sus campos específicos de disputa— coexisten con viejos terrenos de conflicto: el creciente desarrollo armamentista, las alianzas de intereses y el avance de “posiciones defensivas” parecen reeditar los mecanismo disuasivos de la Guerra Fría.

Las llamadas guerras preventivas coexisten con nuevas formas de posicionamiento bélicas como los ataques informáticos. La lógica colonial y el control geopolítico de recursos energéticos estratégicos exacerbaban viejas tensiones como la amenaza nuclear de mediados de siglo XX y la química, bacteriológica o informática en el siglo XXI.

En suma, aparece una crisis del “sistema mundo” y de los paradigmas que lo sostienen.⁴ El cuestionamiento disruptivo alcanza no sólo las instituciones y verdades hegemónicas, sino penetra en el campo simbólico, teniendo como resultado la emergencia de propuestas de organización, de convivencia y de sistemas y prácticas sociales que cuestionan el modelo dominante y hacen evidente que asistimos a una *crisis civilizatoria*.⁵

México y América Latina no permanecen ajenos a este colapso sistémico. Nuestra América se proyecta en la larga duración como una región de la que emergen de manera recurrente movimientos que cuestionan el orden establecido. Estas convulsiones parecen tener algo más que simple contingencia, existen en la región elementos estructurales que hacen del factor disruptivo y de las prácticas emancipadoras algo permanente.⁶ De esta forma, cobra vigencia la sentencia de Michael Foucault que establece que “donde hay poder hay resistencia”.⁷

⁴ Retomo la categoría de Wallerstein, en la dimisión de entender al sistema mundo como “un sistema social, un sistema que posee límites, estructuras, grupos, miembros, reglas de legitimación, y coherencia. Si vida resulta de las fuerzas conflictivas que lo mantienen unido por tensión y lo desgarran en la medida en que cada uno de los grupos busca eternamente remodelarlo para su beneficio”. Immanuel Wallerstein, *Volumen 1. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, segunda edición Siglo XXI Editores, México, 2004, p. 489.

⁵ “La noción de *crisis civilizatoria* es importante porque busca enfatizar que estamos asistiendo al agotamiento de un modelo —pretendidamente unitario— de organización económica, productiva y social, con sus respectivas expresiones en el ámbito ideológico, simbólico y cultural.” Renán Vega Cantor, “Crisis Civilizatoria”, *Revista Herramienta*, número 42, (en línea) [<http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-42/crisis-civilizatoria>], (cursivas en el original).

⁶ “No sólo vivimos (...) en un periodo en el que ha madurado la actualidad de la revolución, sino que como región nos ubicamos en una franja económico-político-social del sistema en la que dicha actualidad irrumpe y se hace presente de manera recurrente. Esta doble contemporaneidad es un rasgo que marca nuestro “estar en el mundo” como latinoamericanos”. Jaime Osorio, *Explotación*

En el campo del conocimiento, los paradigmas científicos y la (re)producción de un *ethos* marcado por el individualismo, el racionalismo liberal y el formalismo positivista, que posibilitaron, mediante un consistente discurso filosófico y científico, explicar y dar certeza a nuestro horizonte civilizatorio occidental, evidencian su agotamiento y ven su racionalidad y las verdades que producen sus respectivos saberes, cuestionadas.

La crisis del paradigma de la Modernidad se refleja necesariamente en los modelos jurídicos que explican a las sociedades y justifican y dan legitimidad a los sistemas de poder. Consecuentemente, esta crisis no es ajena al Derecho o, dicho de otra forma, el Derecho se encuentra inmerso en el sistema y en su crisis. Históricamente, el Derecho ha sido un mecanismo de conservación del orden social y bajo ciertos paradigmas el elemento por el que complejas y hasta antagónicas fuerzas sociales pueden coexistir bajo un mismo sistema social que produce reglas de convivencia social, instituciones, estabilidad y ordena las relaciones de mando-obediencia.

La naturaleza del Derecho y su utilización en las sociedades son temáticas complejas. Frente al agotamiento de los fundamentos de la sociedad actual y sus modelos jurídicos, se precisan marcos analíticos que permitan trascender una epistemología jurídica monolítica y alcanzar un mayor grado de certeza y rigurosidad, sin escindir el sistema jurídico del proceso social que lo genera.

Es necesario recuperar la capacidad crítica, entendiendo que ésta implica “la aceptación de la contradicción y el trabajo permanente de la negatividad, presente en cualquier proceso de conocimiento”.⁸ Sólo a partir de una visión holística y del reconocimiento de la complejidad inherente a los fenómenos jurídicos, se podrán generar condiciones para un conocimiento más cercano a la realidad y de mayor legitimidad en tanto saber.

redoblada y actualidad de la revolución. Refundación societal, rearticulación popular y nuevo autoritarismo, Ítaca y UAM–Xochimilco (coedición), México, 2009, p. 24.

⁷ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad, tomo 1, La voluntad de saber*, trigésima edición, Siglo XXI Editores, México, 2005, p. 116.

⁸ Barbara Freitag, “A teoría crítica, ontem e hoje”, citado en: Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, Bogotá, 2003, p. 24.

En perspectiva diacrónica, la crisis se explica en la larga duración como parte del agotamiento de las epistemologías consolidadas durante varios siglos. Sin embargo, en perspectiva sincrónica el campo jurídico asiste a un agotamiento de su legalidad específica ante el surgimiento de nuevos actores y realidades que desbordan su capacidad de respuesta. Al respecto, Luigi Ferrajoli señala que la ciencia jurídica asiste a una crisis que afecta los cimientos sobre los que se ha construido la explicación del Estado del Estado y los fundamentos teóricos de la política. Para este autor, la crisis del Derecho se expresa en tres vertientes: la crisis de legalidad, la crisis del Estado social, y la disputa y disminución del poder del Estado frente a otros poderes fácticos.⁹

La crisis del sistema de legalidad se relaciona con la fuerza vinculante del sistema provocada por los productores y operadores de lo jurídico. De esta manera, se conforma un Estado de "ilegalidad del poder" en la que la máxima del Estado de Derecho –la sujeción de toda actuación de la autoridad al marco normativo– se ve diluida por intereses privados y la corrupción del poder público, con la anuencia de la élite gobernante.

Por otra parte, la crisis del Estado benefactor incide en la vigencia del sistema jurídico. Según Ferrajoli, el grado de validez del Derecho impacta en el contenido material de las normas que conformaron un Estado con orientación social y se reorientan a la producción normativa tendiente a la realización de intereses de grupo, principalmente los de naturaleza económica. Dicha crisis se manifiesta en "la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de decodificación y una legislación fragmentaria (...) bajo el signo de la emergencia y la excepción".¹⁰

Finalmente, el tercer aspecto se relaciona con la emergencia de poderes fácticos que merman la capacidad del Estado como el ente productor y regulador de lo jurídico. Este monopolio sobre la producción normativa se relativiza frente a actores que, en el marco de la globalización o del desarrollo de sus capacidades

⁹ Luigi Ferrajoli, "El derecho como sistema de garantías", *Jueces para la democracia. Información y debate*, número 16–17, Asociación Jueces para la democracia, 1992, p. 61.

¹⁰ *Ídem*.

fácticas como entes privados, generan o imponen las fuentes del sistema jurídico y las instancias de deliberación más allá del Estado nacional. Así, cobran vigencia expresiones del poder público enfocadas a la realización de intereses particulares, que tienen como correlato la ausencia de controles democráticos y la privatización del poder público el cual pierde su contenido democrático y se orienta hacia la realización de intereses de élite.

Para Ferrajoli, la vulneración del principio de legalidad y del Estado de Derecho tiene como consecuencia el detrimento del poder público, afectando el principio de legitimidad democrática. Las expresiones del agotamiento del Derecho como justificación de la razón de ser del Estado implican, necesariamente, una crisis de la democracia. Si el principio de legalidad como fundamento del límite de la actuación de los poderes públicos deja de tener vigencia, tanto el paradigma del Estado de Derecho como el de la fundamentación del Estado como instancia de realización de los fines de la comunidad política, terminan perdiendo su razón de ser al diluir su fundamentación democrática.

En nuestra opinión, la separación entre el paradigma del Estado de Derecho y una dinámica en la que el ordenamiento jurídico es quebrantado por la suma de poderes, públicos y privados, termina por perturbar el sentido de existencia de la comunidad política, violenta los fundamentos del Estado de Derecho y la razón de ser del Estado, perdiendo así su carácter democrático y el elemento de legitimidad material.

Por ello es necesario revisar las verdades jurídicas sobre las cuales descansa el establecimiento del poder político y problematizar sobre la vigencia de los modelos analíticos del Derecho que dan cuenta de la conformación del “Cuerpo Político”.¹¹ Para ello, es preciso revalorar categorías como el poder soberano y problematizar sobre su ejercicio en situaciones en las que el poder derivado se aparta de su condición obediencial y se erigen en contra de los intereses populares, dando lugar a la resistencia como principio político y facultad jurídica.

¹¹ La noción roussoniana “Cuerpo Político” remite a la organización político-administrativa condensada en el Estado y su estructuración a través de un ordenamiento constitucional. De esta manera, el Cuerpo Político se conforma por el aparato de Estado y sus integrantes.

1.- Justificación y relevancia del tema.

La soberanía es uno de los conceptos más complejos y polivalentes de las ciencias sociales. En torno a su definición convergen diferentes disciplinas con diversas ópticas, incluso al interior de una misma disciplina. La soberanía ha sido analizada por la política, la sociología, las relaciones internacionales, el derecho, la filosofía e incluso la teología. Los debates van desde su titularidad identificada entre el Estado, la Nación o el pueblo –al menos desde la Modernidad política que superó la visión teocéntrica y monárquica del poder–, la existe dual de una soberanía interna y una externa en el marco de las relaciones internacionales y el debate sobre su agotamiento en el marco de la globalización con el supuesto declive de los Estados nacionales.

Sin abundar a cada uno de los debates y tratamientos analíticos, es posible sostener que la soberanía tiene una asociación directa a la noción del Estado, sin embargo, consideramos más preciso el vínculo indisoluble entre soberanía y poder. Esta relación no es referida a cualquier poder. La soberanía está asociada a las expresiones y a las relaciones de poder político, entendiendo que la política es mucho más que la disputa por el poder y que éste es a su vez un fenómeno que desborda el campo de lo político.

Problematizar sobre la soberanía podrá parecer, *prima facie*, un debate superado, y si no resuelto del todo, no vigente o incluso anacrónico en la actualidad. Hace ya más de medio siglo Hans Kelsen señaló que:

“[E]l concepto de soberanía debe ser absolutamente superado (...) Sin la superación del dogma de la soberanía de los Estados no se podrá nunca plantear seriamente el problema del pacifismo (...) la relación entre soberanía y violencia está dentro de aquella historia que en ciertos aspectos la persigue y la determina”.¹²

A pesar de ello, la soberanía es una categoría vigente en la medida en que ha sido la base de la validación del ejercicio del poder político en la Modernidad. Sin

¹² Hans Kelsen, *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts*, citado en Eligio Resta, "La violencia 'soberana'", Eligio Resta y Roberto Bergalli (coordinadores), *Soberanía: un principio que se derrumba: aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1996, pp. 13-14.

embargo, el tema no es sólo analítico y abstracto, tiene una importancia central en la medida que es la justificación política, ideológica y jurídica del Estado constitucional. Sobre este concepto polémico descansa toda la legitimidad de los Estados y sus ordenamientos constitucionales.

Soberanía, poder político y Derecho son ejes articuladores sobre los que radica un amplio desarrollo teórico imbricados con expresiones concretas de práctica política de las sociedades. Nuestra posición sobre estos conceptos no es desde luego neutral. Tomando distancia de las teorías funcionalistas o institucionales del poder, nuestra concepción de la soberanía como poder supremo y constituyente se enmarca en una tradición democrática radical centrada en el pueblo como expresión histórica concreta: la de actor político y sujeto de derechos.

Desde esta vertiente, consideramos que el poder político tiene un carácter *obediencial* y se establece por el pueblo para organizar las cuestiones públicas en una comunidad política. Siguiendo a Enrique Dussel, el poder político se compone por la *potentia*, como poder originario y fundacional de la autoridad que detenta el pueblo y como núcleo irreductible de la soberanía y la democracia, y la *potestas* referida al sistema institucional que surge como poder derivado de la relación de delegación y establecimiento de un mandato del pueblo soberano a la autoridad constituida. Esta determinación de instrumentar el poder es la expresión de la “voluntad-de-vivir desde el consenso comunitario (o popular)”.¹³

Así, la legitimidad democrática del poder político radica no sólo en ser un poder derivado, sino, fundamentalmente, un poder obediencial o bien, en una visión más disruptiva y alejada de un modelo ahistórico: el poder que participa de un proyecto social de liberación, siendo en última instancia “el núcleo articulador de cualquier proyecto emancipatorio que pretenda transformar las bases de la dominación y la opresión.”¹⁴

Una constante que actualiza las reflexiones sobre el poder político y la soberanía es la problemática relativa a la existencia, naturaleza, reconocimiento, validez y ejercicio del derecho a la resistencia, ¿es válido jurídicamente desconocer y

¹³ Enrique Dussel, *20 tesis de política*, Siglo XXI Editores, México, 2006, p. 26.

¹⁴ Jaime Osorio, *El Estado en el centro de la mundialización. La sociedad civil y el asunto del poder*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 83.

refundar por cualquier medio, incluso violento, el “Cuerpo Político” y la estructura jurídica fundamental? Como señala Patricio Carvajal, esta discusión ha sido una tensión permanente entre la legitimidad y el ejercicio del poder en la Modernidad política:

“[E]n el contexto del Estado constitucional democrático, pues la existencia y reconocimiento, incluso la fijación jurídico-constitucional de tales doctrinas, supondría aparentemente una contradicción entre el fundamento consensual del Estado democrático, con la perspectiva obligatoriedad de observar el derecho y una teoría que apela a la utilización de la violencia en diversos grados, hasta el tiranicidio como *ultima ratio* para dirimir el conflicto social; (...) significaría (...) la negación no sólo de la Constitución Política o Ley Fundamental, del Estado como expresión de una racionalidad política pactada, sino también la aceptación de la violencia como instrumento político.”¹⁵

Consideramos en contra de las posiciones que sostienen el agotamiento de la soberanía, que representa un tema vigente, no sólo a nivel teórico. A pesar de los discursos que pretende desplazarla del horizonte de conocimiento y de la discusión política, la soberanía es un fenómeno actual en la medida en que existen fuerzas y entes que en los hechos, y en ocasiones sin aludir explícitamente a ella, se disputan su ejercicio. Mientras exista el fenómeno del poder político, del Estado y del constitucionalismo en tanto orden jurídico estatal, la soberanía será una cuestión no sólo de orden abstracto, sino una realidad concreta y actual que buscaremos entender e interpretar como fenómeno social.

El modelo analítico propuesto asume los sesgos que han caracterizado a la ciencia jurídica. Asimismo, se complementa de una perspectiva crítica que cuestiona los paradigmas dominantes al tiempo que problematiza sobre las ideas, postulados y axiomas ya consolidados. Dentro de esta matriz de cultura jurídica dominante, destacan los argumentos que defienden la inexistencia jurídica de un derecho a la resistencia y la imposibilidad de mantener las propiedades primigenias del poder soberano una vez que ha acontecido un evento de producción originaria del Derecho y fundacional del Estado.

¹⁵ Patricio Carbajal, “Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), número 76, abril-junio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, pp. 64-65.

Pretendemos desde un enfoque ideal –que no prescriptivo–, desarrollar un modelo sobre la existencia jurídica del derecho a la resistencia como expresión-ejercicio de la soberanía popular para restablecer las relaciones de mando cuando el poder político deja de ser obediencial o cuando su ejercicio va en contra de los intereses populares. Para ello, es preciso ampliar los marcos analíticos de la ciencia jurídica mediante la utilización de los tipos ideales aplicados al estudio del fenómeno jurídico.

Ello porque es en la dimensión ideal, donde se encuentra las objeciones a la existencia jurídica de un derecho a la resistencia. En tanto fenómeno que puede producir derecho y sin abundar aquí en sus diferencias, los juristas reconocen que de facto las expresiones de resistencia pueden producir consecuencias jurídicas e incluso suspender o cambiar el ordenamiento jurídico-político. Sin embargo, esta situación de hecho, no implica reconocerle un carácter jurídico. Lo anterior se complejiza cuando se analiza el derecho de resistencia incorporado a diversas Constituciones lo cual, para el enfoque de la dogmática constitucional, no es posible de explicar.

Consecuentemente, la investigación se centra en el plano de los modelos explicativos ideales de la soberanía popular y el Poder constituyente, y de las características que los conforman. Desde este horizonte se pretende debatir con el constitucionalismo y la Teoría general del Derecho que no admiten que la resistencia pueda tener una calidad jurídica. Sostenemos la tesis contraria: demostrar que jurídicamente puede afirmarse este derecho evidenciando que su negación es en realidad consecuencia de razonamientos de corte político.

La disyuntiva desde el quehacer jurídico es clara: permanecer en formas de interpretación sobre las relaciones sociales, el poder político y el Derecho que evidencian la insuficiencia de la epistemología jurídica, o adecuarla para explicar nuestra realidad actual, buscando construir una ciencia jurídica que funcione como mecanismo válido para la convivencia social y tener con ello, un grado de vigencia y fundamento de legitimidad en el ejercicio del poder público y en la existencia del principio jurídico. Debemos refundar el sistema de pensamiento y dar paso a una

ciencia que sin perder su especificidad, se nutra de las ciencias sociales y de sus elementos analíticos, para conformar nuevos paradigmas de lo jurídico.

Asistimos a un cambio de época en el que la forma en que entendemos nuestra circunstancia, las instituciones de poder y las relaciones sociales han comenzado a agotarse. En la búsqueda de una racionalidad distinta debemos apostar desde el mundo jurídico por formas novedosas y fundantes. “O inventamos o erramos” declaró Simón Rodríguez. Debemos pensar y construir desde nuestra realidad retomando crítica y emancipadoramente lo mejor de la tradición jurídica de Occidente, sin perder el rigor analítico y sistematicidad en el camino.

3.- Marco teórico.

a) *Derecho como ciencia.*

i) *¿Podemos comprender científicamente el fenómeno jurídico?*

Nuestro trabajo parte de una premisa: El derecho –como otros productos sociales– puede ser estudiado y explicado mediante marcos analíticos y conceptuales que permitan establecer un conocimiento y una interpretación con un grado suficiente de validez y sistematicidad, sin que ello implique la pretensión de convertirlo en verdad absoluta y universal e inmutable.

El derecho es un fenómeno social complejo: es regulación de conducta social, producción normativa, argumentación e interpretación, discurso y práctica de poder, habilitación y limitación del poder político, diseño y ordenamiento de lo estatal, regulación de la violencia, epistemología y saber. Consecuentemente se caracteriza por su carácter multívoco, polivalente y complejo.¹⁶

El derecho tiene al menos cuatro acepciones: como conjunto de normas (derecho objetivo), como facultades de las personas respaldadas mediante la acción del Estado (derecho subjetivo), como estudio o ciencia (disciplina jurídica) y como

¹⁶ La "ciencia jurídica", por ejemplo, es definida, según distintos autores como ciencia del derecho, dogmática jurídica, teoría del derecho positivo, jurisprudencia, entre muchas otros conceptos que producen definiciones múltiples del mismo. Norberto Bobbio al abundar sobre el positivismo jurídico lo distingue como método de estudio del derecho, como teoría del derecho y como ideología del derecho. El presente trabajo pretende tomar en consideración el mayor número de dimensiones del fenómeno jurídico. *Cfr.* Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón (traducción), Fontamara, México, 1991.

juicio de valor desde una dimensión axiológica. Es preciso entender que el Derecho es un producto social que como sistema y epistemología deriva de procesos que lo van definiendo en espacios y tiempos determinados. Consecuentemente, es un producto cultural, histórico y mutable.

El Derecho se define por relaciones sociales específicas. Si bien suele estar ligado a una ideología dominante (impuesta o consensada) y a cierta dimensión axiológica válida para una sociedad, también debe entenderse desde su vertiente política en la que los actores del campo jurídico están formados, legitimados y en continua interacción no exenta de conflictividad. Como señala Ferrajoli, habrá que entender al derecho estatal como un campo monopolizado, pero no por ello homogéneo y libre de contradicciones. En este sentido, debemos asumirlo:

“como un producto de las elecciones ético-políticas del legislador, tanto ordinario como constituyente, así como de aquellas realizadas por los jueces y por todos los demás operadores jurídicos. La positividad del Derecho, en este sentido, forma una entidad única con su politicidad, que la convierte en un terreno constante de compromiso civil, de lucha social y transformaciones institucionales, normalmente progresivas pero también, a veces, involutivas y regresivas.¹⁷

Para poder ahondar en la problemática del fenómeno jurídico es necesario establecer las distinciones conceptuales de las diversas nociones sobre el Derecho, que va desde la producción y el conjunto de normas, a la ciencia y las teorías, sin dejar de lado la técnica jurídica aplicada a resolver problemas concretos. Tomando como base la clasificación que formula el jurista Manuel Atienza podemos distinguir entre Teoría del derecho y Ciencia jurídica o Jurisprudencia.¹⁸

La Teoría del derecho está integrada por los conceptos jurídicos fundamentales y comunes a cualquier ordenamiento jurídico positivo mediante la generación deductiva de los elementos comunes. Por su parte, la Ciencia jurídica, también llamada Dogmática jurídica es el estudio de un sistema normativo particular, positivo y vigente. Distinguimos de esta clasificación la jurisprudencia, que en nuestra

¹⁷ Luigi Ferrajoli “Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso” en: Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso y Manuel Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 173.

¹⁸ Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, segunda edición, Fontamara, México, 2000, p. 246 y ss.

opinión, no es sinónimo de la ciencia jurídica, sino la forma concreta de resolución de problemática mediante la interpretación.

Al establecer su posición sobre la cientificidad del conocimiento del fenómeno jurídico a través de la Ciencia jurídica, Atienza señala que ésta no es propiamente una ciencia sino una técnica. Sin embargo, aunque coincidimos con que lo que denomina conjunto de “saberes jurídicos” puedan tener elementos científicos; se toma distancia del planteamiento en que señala que la Ciencia jurídica (dogmática jurídica o jurisprudencia) no es una ciencia sino una “técnica social específica”.¹⁹

En el mismo sentido, diferimos de la división propuesta por Atienza entre ciencia y técnica porque su carácter es excluyente. Consideramos que la Ciencia jurídica sí puede producir un conocimiento “científico” y explicar de qué tipo y a qué epistemología responde los saberes producidos. La Ciencia jurídica puede reconocerse como tal, si además de las funciones que señala Atienza, se le añade la función problematizadora y epistemológica hacia el propio sistema.²⁰

La división excluyente entre técnica y ciencia no debe eliminar cientificidad al conocimiento jurídico. En este sentido, Rómulo Morales distingue entre el derecho como “acción jurídica” en una dimensión práctica, del “conocimiento del derecho” que implicaría su dimensión abstracta y problematizadora.²¹ Así, es posible percibir la distinción entre la dimensión técnica de aplicación y resolución de problemas concretos de aquella que se realiza de forma abstracta, misma que se centra en la problematización sobre el Derecho y sus formas de producción, aplicación, interpretación y conocimiento, teniendo este conjunto un carácter científico.²² Desde

¹⁹ *Ibidem*, p. 255.

²⁰ Para Atienza las funciones del Derecho son: “a) suministrar criterios para aplicación de las normas vigentes, b) suministrar criterios para el cambio del Derecho en las instancias en que éste tiene lugar; c) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos”, *Ibidem*, p. 247.

²¹ Rómulo Morales Hervias, “Dogmática jurídica y sistema jurídico: Aproximaciones a la sociología y Antropología jurídicas”, *Boletín del instituto Riva-Agüero*, número 28, Pontificia Universidad de Perú, Lima, 2001, p. 458.

²² Héctor Fix-Zamudio afirma que tanto ciencia como técnica tiene por objeto un “conocimiento sistemático y generalizado” –a lo que habría que añadir crítico– en el que la técnica es el medio de acercamiento al objeto de estudio para obtener un conocimiento científico. Héctor Fix-Zamudio, *En torno a los problemas de la metodología del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p.18. La separación entre materia y forma y entre ciencia y técnica del derecho, debe ser superada en el conocimiento jurídico. Si bien se requiere de un grado de especialización en la resolución de problemas concretos que atañe a la dimensión práctica del derecho, lo que implica el desarrollo de una técnica jurídica especializada, ésta requiere de un conocimiento sistemático que

este enfoque es posible analizar de la norma concreta hacia el sistema que la produce. Para este autor, la dicotomía ciencia y técnica no es más que un problema artificial que constituye un paralogismo superable.

Por otra parte, el Derecho como ciencia (tanto teoría del Derecho general y atemporal como ciencia jurídica concreta y localizada) establece parámetros de validación del conocimiento que (re)producen principios epistemológicos, metodologías, pautas hermenéuticas y teorías jurídicas. En suma, una *episteme* que dota de congruencia interna y que permite que la producción jurídica sea considerada como Derecho-ciencia, en tanto saber sistematizado, congruente y ordenado que adquiere un parámetro de validez científico.²³ Consecuentemente, afirmamos la científicidad del conocimiento jurídico en la imbricación que existe entre la dimensión práctica que requiere de la aplicación técnica, con la reflexión que se hace sobre el fenómeno normativo: formulación de principios, teorías, métodos y paradigmas del campo epistemológico del Derecho.

ii) Factores que inciden en la producción de conocimiento jurídico.

Aunque se admita que el fenómeno jurídico puede conocerse científicamente, habrá que señalar que existen múltiples factores que condicionan la aprehensión e inteligibilidad que se pretende alcanzar mediante el quehacer científico jurídico.

La epistemología jurídica dominante que valida y determina qué es lo jurídico y que no adquiere tal carácter, pretende asumirse como pura y objetiva. Partiendo de una concepción del derecho ahistórica termina produciendo un saber técnico, complejo y cerrado caracterizado por su pretendida “autosuficiencia, la autorreferencialidad y (...) aislamiento cultural de la ciencia jurídica que siempre ha

combina jurisprudencia (en el sentido de resolución de problemas), con Ciencia del derecho (referida al sistema jurídico de un país) y Teoría general del Derecho (en tanto modelos generales y paradigmas jurídicos atemporales). La dimensión técnica se complejiza en la medida en que opera no sólo en la resolución de problemas concretos sino en el desarrollo de teoría y conocimiento jurídico.

²³ La *episteme* hace referencia al término griego de la antigüedad para indicar un tipo de saber que es cierto, estable y fundamentado, distinguiéndose así de la opinión (*doxa*). Nicola Abbagnano, *Diccionario de Filosofía* (actualizado y aumentado por Giovanni Fornero), Fondo de Cultura Económica, cuarta edición, México, 2004, p. 380.

defendido, en nombre de su tradición milenaria, su propia autonomía respecto de las demás ciencias sociales”.²⁴

Esta postura extrema en la que el Derecho es “una disciplina autónoma que se mantiene a distancia del resto de la vida”;²⁵ conduce a determinar que el campo jurídico tiene una legalidad interna y se produce a sí mismo, ajeno al entorno, actores, tiempo y lugar en el que se crea, conduciendo a una verdadera *autopoiesis jurídica*.²⁶ Como acertadamente refiere Pierre Bourdieu “lejos de ser una simple máscara ideológica, esa retórica de la autonomía, de la neutralidad y de la universalidad, que puede ser el principio de una autonomía real de pensamientos y prácticas, es la expresión misma de todo el funcionamiento del campo jurídico”.²⁷

Además, para comprender la dimensión compleja del Derecho se precisa establecer la distinción necesaria entre el Derecho *como es* y el Derecho *como debe ser*, asumido por las teorías realistas e idealistas, respectivamente. Luigi Ferrajoli al analizar a Bobbio puntualiza la diferencia entre “el *derecho como hecho* y el *derecho como valor*”; es decir, la distinción entre el derecho fáctico y el derecho como sistema ideal vinculado a una axiología. Esta distinción es obviada en las posturas más ortodoxas de la Ciencia jurídica y de la Teoría del derecho. Algunas corrientes *esencializan* al derecho y lo perciben sólo como *deber ser* y pretenden así una condición de prescripción de lo social, sin asumir el contexto y la forma en que se está produciendo y por quién o quiénes es creado determinado derecho en una formación social específica.

²⁴ Luigi Ferrajoli, “Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 28 (2005), Universidad de Alicante, p. 22.

²⁵ David Ibbetson “Historical Research in Law”, Peter Cane y Mark Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, citado en: Federico Escobar Córdoba, “Una defensa pluralista de la investigación jurídica”, *Criterio Jurídico*, volumen 8 número 2, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 259.

²⁶ Desarrollando la teoría sociológica de Luhmann en el campo jurídico Gunther Teubner afirma esta posición al señalar que: “es el Derecho el que, como sujeto epistémico autónomo, construye su propia realidad social. (...) No son los seres humanos los que mediante sus acciones intencionales producen el Derecho como un artefacto cultural. Muy al contrario, es el Derecho el que, como proceso comunicativo, crea actores humanos como artefactos semánticos a través de sus operaciones jurídicas.” *Cfr.* Gunther Teubner, “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 25, (2002), Universidad Alicante, p. 12.

²⁷ Pierre Bourdieu, *Poder Derecho y clases sociales*, segunda edición, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001, p. 174.

Finalmente, un tercer nivel de análisis pasa por asumir que esta idealización y pureza de la Ciencia jurídica produce un “discurso legal mitificado y dominante”.²⁸ La aproximación desde un enfoque crítico lo revela como un discurso y una práctica de poder que es consecuencia de múltiples determinaciones: sociales, políticas e ideológicas. En esta vertiente sólo aquello que se enmarca en el discurso hegemónico del Derecho y es validado por sus operadores, adquiere un estatus jurídico ante el sistema.

En concordancia, Oscar Correas señala que la ideología jurídica –dominante o no– está representada por aquellos “discursos, no del derecho mismo, sino *acerca del derecho*”.²⁹ Esto conduce a distinguir el derecho en *sí*, de lo que se dice del derecho, sin dejar de entender que el Derecho en *sí* también se encuentra definido –mediado– por múltiples determinaciones y que es además de discurso, práctica y hecho social.³⁰

En el mismo sentido, Pierre Bourdieu señala la necesaria distinción analítica entre el derecho como discurso, que representaría la “unidad de significación o práctica enunciativa en un contexto de producción [jurídica]” y el derecho como práctica. Es decir, entre los discursos del Derecho y el Derecho como espacio, “*como campo social en el que se produce y negocia ese discurso*”.³¹ Así, la razón jurídica y sus discursividades están relacionados con el *lugar* y las *relaciones sociales* que lo producen.

Como señala Carlos Muñoz, problematizar epistemológicamente el Derecho implica “replantear su concepción, pero en una forma totalizadora, situación que sólo es posible mediante la investigación jurídico–social del fenómeno jurídico pues éste *surge, se nutre y forma parte y se dirige a la sociedad*.”³² Resistencia, poder,

²⁸ Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, op. cit., p. 33.

²⁹ Oscar Correas, “Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia”, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, número 81, nueva serie, año XXVII, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 618.

³⁰ Entender la producción normativa y su realidad implicaría entender quién produce el derecho, cómo se produce, qué y quién lo valida, en qué *relación social* surge, entre otras cuestiones, que permitirían comprender el fenómeno social del derecho.

³¹ Andrés García Inda, “Introducción”, en: Pierre Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, op. cit., p. 38, (cursivas en el original).

³² Carlos Muñoz, *Fundamentos para la teoría general del Derecho*, Plaza y Valdés Editores, México, 2004, p. 66, (cursivas fuera del original).

democracia, son realidades concretas pero son también formulaciones abstractas que permiten explicar nuestro sistema jurídico y de poder.

iii) Crisis de los paradigmas de la Ciencia jurídica y de la Teoría del Derecho

El fenómeno jurídico y el Derecho en sí, tanto como regulador de conducta social como en su dimensión propiamente epistemológica ven comprometida su vigencia por una crisis sistémica y estructural. El agotamiento epistemológico no es propio de la ciencia jurídica, aunque en ésta es más evidente por su tradicional delimitación y pretendida autosuficiencia frente a otras ciencias sociales.³³

El Derecho ha pretendido erigir la validez y certeza del conocimiento mediante la separación de la ideología y de la filosofía en la búsqueda de objetividad y “pureza” analítica para generar un producto científico congruente con la especialización de las disciplinas impulsada por la academia desde el siglo XIX. Sin embargo, este esfuerzo pasa por alto que no se puede escindir la ciencia de la filosofía, sino que se debe ubicarse su aspecto relacional: toda epistemología y toda explicación de un fenómeno –incluido el Derecho– tiene un sustrato filosófico y desde luego ideológico. La observación, el marco analítico y el conocimiento están atravesados por teoría y filosofía con la condicionante de nuestras experiencias y conceptualizaciones previas.³⁴

El conocimiento jurídico está mediado por una epistemología monolítica que históricamente se ha caracterizado por su conservadurismo, su carácter dogmático y acrítico, resistiendo a asumir la dimensión social de lo jurídico. De la misma manera, el sustento cognitivo de la Ciencia jurídica y de la Teoría de derecho también se

³³ La construcción de una ciencia pura contra la filosofía calificada como “especulativa” adoptó el modelo newtoniano-cartesiano desde el siglo XVI conformando un corpus denominado *scientia*. Esta ciencia generó paradigmas de conocimiento científico basados en “un mundo real que es objetivo y cognoscible, el énfasis en la evidencia empírica, el énfasis en la neutralidad del estudioso”. Cfr. Immanuel Wallstein (coordinador), *Abrir las ciencias sociales*, Siglo XXI Editores, México, 2007, p. 18.

³⁴ Como señala Adorno: “los conceptos presuntamente originarios y sobre todo los de teoría del conocimiento, (...) se hallan todos ellos y necesariamente, mediados en sí mismos, o bien presupuestos –de acuerdo a una expresión científica tradicional– se hallan “lentos de presupuestos” en: Theodor W. Adorno, *Sobre la metacritica de la teoría del conocimiento. Estudios sobre Husserl y las antinomias fenomenológicas*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969, p. 14.

encuentran mediados por tendencias ideológicas que históricamente han buscado justificar y defender el orden social y político vigente, actuando en función de la razón política imperante. Así, el primer paso para entender y formular una propuesta científica del campo jurídico pasa por admitir plenamente los sesgos epistemológicos e ideológicos que la caracterizan así como la propia subjetividad del jurista.

iv) Hacia nuevos paradigmas en el estudio de lo jurídico.

En el marco de la crisis sistémica de las ciencias y específica del Derecho resulta necesario historizar el fenómeno jurídico y comprender que el Derecho como sistema es expresión de la vida social en un momento y tiempo determinado, pero no es un conocimiento unitario y resuelto de carácter prescriptivo.

Asumir la especificidad de lo jurídico pasa por entender el fenómeno social que lo produce y no escindirlo en aras de una pretensión de objetividad analítica. Entender la complejidad social –y consecuentemente la jurídica– implica valorarla “como una articulación de elementos económicos, sociales y políticos [lo que] supone entenderla no sólo como una simple sumatoria de estos elementos sino como resultado de interrelaciones de aquellos en distintos niveles y espesores de la realidad”.³⁵

Consecuentemente, lo jurídico puede identificarse en la interacción compleja entre la realidad social y el circuito jurídico, lo que supone “el conocimiento de las circunstancias sociales que lo determinan y (...) de su acción retroalimentadora sobre la sociedad”.³⁶ El análisis científico del Derecho implica problematizarlo más que como “*rector* de la vida social o como constructor de la misma, (...) como integrante de esa totalidad.” Así, el derecho “es parte de la totalidad social y como tal una realidad concreta (no idealizada), inmersa en lo político, lo económico, lo

³⁵ Jaime Osorio, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y su conocimiento*, Fondo de Cultura Económica y Universidad Autónoma Metropolitana (coedición), México, 2008, p. 132.

³⁶ Mikel Dufrenne y Víctor Knapp, *Corrientes de la investigación en las ciencias sociales*, tomo III, primera edición, Tecnos y UNESCO (coedición), Madrid, 1982, p. 515.

ideológico y evidentemente es también técnica y normatividad”.³⁷ Desde el Derecho es preciso asumir una visión transdisciplinaria y asumir diversos niveles de análisis del fenómeno jurídico considerando su composición compleja en tanto hecho, valor y norma.³⁸

En síntesis, una propuesta integradora del derecho debe partir de un enfoque holístico entendiendo su dimensión social, su carácter cultural y su historicidad. Esta renovación teórica implica que la investigación científica del derecho:

“[S]upone comprenderlo como objeto de estudio desde las ciencias sociales; explicar sus manifestaciones reales -no sólo la ley sino su efectiva vigencia- implica superar la tradicional visión intrajurídica, que ha asumido el fenómeno derecho como si éste pudiera ser explicado en sí mismo y a partir de sus articulaciones internas, prescindiendo de su relación con las características del proceso social en el cual se produce”.³⁹

Esto pasa por desmitificar al derecho y dejar de asumirlo como una disciplina autosuficiente en términos de conocimiento y prescriptiva de lo social. El campo de conocimiento jurídico se caracterizado por la “ilusión de neutralidad, de universalidad, de autonomía, de *desinterés* incluso bajo el ropaje del “interés general” o la justicia”.⁴⁰ Esta autoafirmación es la que permea el horizonte de comprensión y validación del saber jurídico. Siguiendo a Bourdieu, habrá que asumir que el conocimiento jurídico científico, o la aspiración al mismo, implica el cuestionamiento continuo al conjunto del sistema y al reconocimiento explícito por parte de las y los juristas de sus sesgos teóricos, ideológicos o incluso éticos.⁴¹

³⁷ Carlos Muñoz Rocha, “La ciencia del derecho” *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana 1990-1991*, número 20, Universidad Iberoamericana, 1990, pp. 643-644.

³⁸ Miguel Reale, *Teoría tridimensional del Derecho: una visión integral del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 120 ss.

³⁹ Jorge Sumari Buendía, “Ser o no ser de la investigación jurídica”, *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*, Nueva Era, año 8, número 8, Universidad Nacional de San Agustín, 2006, p. 283.

⁴⁰ Andrés García Iñda, “Introducción”, *op. cit.*, p. 40.

⁴¹ “esto es, de la *reflexividad*, como una cualidad del discurso científico, que no sólo ha de ser consientes los presupuestos sociales que son el resultado de la investigación de un *objeto*, sino que también tiene que traer a la conciencia aquellos presupuesto sociales, que son el origen de la labor de construcción de ese objeto, y que se presentan en forma de opciones y tensiones ideológicas y metodológicas de esa labor”, Pierre Bourdieu, *op. cit.*, pp. 10-11.

Si el fenómeno jurídico es múltiple, responde a complejas relaciones sociales y está mediado por discursos y prácticas que operan en el campo jurídico como mecanismo de legitimación, y finalmente, está sujeto al monopolio de los operadores e intérpretes y su capacidad técnica, la pregunta central es fundamental ¿puede aprehenderse, hacerse inteligible y sistematizarse como conocimiento científico? La respuesta es afirmativa sin que implique un ejercicio sencillo.

En primer término se debe tomar distancia crítica de los paradigmas clásicos del Derecho que tienden a la autorreferencialidad, superando aquel: “trabajo teórico [que] en derecho carece habitualmente de sustento, y resulta autorreferencial, autojustificante y aun solipsista. No busca soporte ni hacia atrás en ninguna tradición de construcción teórica, ni hacia adelante en alguna tradición de comprobación de teorías.”⁴² Por ello, es preciso el tránsito a una Ciencia jurídica que asuma la interacción compleja y determinación recíproca entre el derecho y el campo social.⁴³

Asumir el fenómeno jurídico como multifactorial, su naturaleza mutable e historicidad y su intrínseca subjetividad no implica un impedimento para el conocimiento científico del fenómeno jurídico. Reconocer la subjetividad y las limitaciones del jurista son elementos necesarios en la construcción del saber jurídico ya que “la relación con valores no excluye [necesariamente] la objetividad del conocimiento”.⁴⁴

Es posible superar críticamente las limitaciones del conocimiento jurídico para encontrar un grado de validez y de certeza suficiente siempre que se reconozca que éstos son algo más que simples normas de conductas en el plano del deber ser. Asimismo, es necesario asumir que tanto el Derecho como su análisis se encuentran en tensión constante al interior del “campo jurídico”. Comprender en qué contexto y de qué relaciones sociales surge el derecho, y asumir la realidad críticamente – incluyendo la subjetividad del jurista– son premisas para construir su científicidad, asumiendo el fenómeno jurídico en sentido amplio, más allá de la vertiente

⁴² Peter H. Schuck, “¿Por qué los profesores de derecho no hacen más investigación empírica?”, Martín F. Böhmer (editor), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía.*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, página 133; citado en: Federico Escobar Córdoba, “Una defensa pluralista de la investigación jurídica”, *op. cit.*, pp. 259-260.

⁴³ Mikel Dufrenne y Víctor Knapp, *Corrientes de la investigación en las ciencias sociales op. cit.*, p. 468.

⁴⁴ Jaime Osorio, *Fundamentos del análisis social...*, *op. cit.*, p. 24.

normativa, integrando la ciencia jurídica, la teoría del derecho y la técnica hermenéutica.

La crisis actual de los paradigmas jurídicos y las limitaciones que como campo específico de conocimiento ha tenido el Derecho converge con una crisis más amplia de los paradigmas de conocimiento social surgidos en la Modernidad y consolidados desde el siglo XIX. Ante la insuficiencia para hacer inteligible las actuales circunstancias, la diversidad de actores emergentes y las nuevas realidades, habrá que aceptar la posibilidad de agotamiento de nuestra racionalidad vigente.⁴⁵ Por ello es necesario replantear los valores y las formas de comprensión y de conocimiento – a veces insuficientes– de la ciencia social en general y los del propio Derecho –de mayor limitación–, para asumir la necesidad de construir lo que Bourdieu denomina “ciencia del derecho rigurosa”.⁴⁶

A la luz de las complejas realidades del siglo XXI es imprescindible una reflexión epistemológica crítica que cuestione los actuales paradigmas científicos –incluyendo a la ciencia jurídica– y replantear las estructuras de las ciencias sociales que mediante la artificial fragmentación de la realidad y el diseño de fronteras cognitivas, han incurrido en una falsa pretensión de especialización y verdad y dar paso a una redefinición y actualización crítica de las categorías de conocimiento y la reestructuración de los valores internos de las ciencias sociales.

Las teorías críticas del derecho, su uso alternativo como práctica política, el diálogo y enriquecimiento mediante el uso de categorías, métodos y herramientas de análisis de otras ciencias sociales son elementos, si no suficientes para este propósito, al menos imprescindibles en la construcción de una nueva racionalidad jurídica, incluyente, concedora de sus propias limitaciones y si no neutral frente a la realidad, sí dotada de mayores elementos para alcanzar un grado de objetividad y certeza en la producción del conocimiento jurídico.

⁴⁵ Immanuel Wallerstein (coordinador), *Abrir las ciencias sociales...*, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁶ Para el autor, la ciencia del derecho rigurosa “se distingue de lo que de ordinario se denomina ciencia jurídica en que toma a ésta última por objeto. Al hacer eso se aleja de entrada de la alternativa que domina el debate científico propósito del derecho entre el *formalismo*, que afirma la autonomía absoluta de la forma jurídica en relación al mundo social, y el instrumentalismo que concibe al derecho como un reflejo o una herramienta al servicio de los dominantes.” Pierre Bourdieu, *op. cit.*, p. 165.

b) Teorías críticas del Derecho como marco analítico.

Parte de la crisis de la ciencia jurídica radica en que su forma más acabada y dominante es el modelo clásico de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales. Fuera de esto, la racionalidad jurídica hegemónica no admite que otras manifestaciones puedan ser consideradas como producción jurídica, consolidando un modelo unitario que conforma su hegemonía a partir de la relación de exclusión de lo no jurídico, que a pesar de ser derecho, termina siendo descalificado por la Ciencia jurídica dominante.

Las teorías críticas del Derecho pretenden cuestionar “los fundamentos de las formas jurídicas y sociales dominantes con el fin de impulsar prácticas e ideas emancipadoras dentro y fuera del campo jurídico”.⁴⁷ Muestra de esta dimensión es la objeción a la pretendida neutralidad del Derecho que ha devenido axioma para el formalismo jurídico. Asumir una postura crítica del Derecho no implica una epistemología sesgada, por el contrario, esta forma alterna de acción de la jurídico pretende superar lo que Bourdieu ha definido como “ciencia falsa” con supuestas pretensiones de objetividad absoluta y de “neutralidad ética”.⁴⁸

Es necesario formular conocimiento que responda a la realidad al tiempo que asume el carácter instrumental que históricamente ha tenido el conocimiento jurídico. Esta investigación parte de una historicidad concreta y tiene una dimensión política y ética expresa. El objetivo es dejar de ver al derecho como un “obstáculo al cambio social” en la fórmula de Eduardo Novoa y proponer una (re)formulación de lo jurídico para colocarlo como un elemento de potencial emancipación, situación de vital importancia en realidades históricas caracterizadas por la injusticia estructural en las que la arquitectura normativa no sólo posibilitan la permanencia de grupos en el poder político que afectan el fundamento democrático e impulsan una agenda de élite en contra de los intereses populares.

⁴⁷ Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez, “Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”, Mauricio García y César A. Rodríguez (editores), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, Bogotá, 2003, p. 17.

⁴⁸ Pierre Bourdieu, *Los usos sociales de la ciencia*, Nueva Visión, Argentina, 2000, p. 53.

c) Derecho y cambio social.

Como señala García Máynez: “todos los autores admiten que el derecho es una regulación del proceder de los hombres en la vida social.”⁴⁹ Sin embargo, a pesar de existir consenso en el alcance de regulación de la vida en sociedad, la Teoría del Derecho más ortodoxa pretende escindirlo de las relaciones sociales. Esta posición presenta una incongruencia interna en términos epistemológicos cuando define el sentido o la función del Derecho. Al realizar el tránsito del análisis del conocimiento al de su aplicación –al pasar del campo abstracto en que se escinde del fenómeno social que lo produce, al campo de su función o valor social–, se sostiene que el Derecho es un mecanismo de regulación de las sociedades y se afirma explícitamente su vinculación con el mundo social.

Así, en el campo práctico el Derecho tiene una relación fundamental en el orden de las sociedades, aunque ésta pretenda ser separada, más por una carga ideológica y de pretensión de objetividad, que por la propia congruencia del fenómeno jurídico.

En la dimensión práctica existen dos posiciones encontradas sobre la función del Derecho en las sociedades. Por una parte, es concebido como un mecanismo no sólo de regulación, sino de conservación del orden social.⁵⁰ En esta visión el Derecho opera para mantener el orden que lo produce. Hans Kelsen describe esta relación entre comunidad política y Derecho cuando señala que “una comunidad social no es otra cosa que el orden social que regula la conducta mutua de los individuos sometidos al mismo.”⁵¹

⁴⁹ Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, Universidad Veracruzana, México, 1969, p. 15.

⁵⁰ Esta postura, además de corresponder con la utilización histórica del Derecho analizada por los modelos realistas, empata con la concepción de los modelos ideales, que cercanos a la ideología jurídica dominante, asumen el Derecho como un mecanismo de conservación, esencializando su función. En una perspectiva de larga duración, el Derecho ha sido un elemento de mantenimiento y justificación del orden dominante. Además, la racionalidad jurídica se encuentra asociada con el paradigma liberal ilustrado en el que el “orden” de las sociedades es mantenido por el Derecho. Sin embargo, su empleo para la conservación o la ruptura son materializaciones históricas que no pueden quedar determinadas *a priori*.

⁵¹ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, segunda edición, quinta reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 24.

Para este autor “cada orden social se encuentra en alguna forma “sancionado” por la reacción específica de la comunidad frente a la conducta de sus miembros conforme o contraria al orden”.⁵² De esta forma, existe una relación directa entre la acción de las personas en sociedad y la prescripción normativa que dicha conducta tiene frente al grupo, la cual se refleja en el campo normativo.

En este sentido, el Derecho es entendido como un mecanismo de regulación de la conducta en sociedad. Sin embargo el planteamiento resulta insuficiente en términos analíticos. Si el Derecho es “un orden que asigna a cada miembro de la comunidad sus deberes, y, por ende, su posición dentro de la comunidad, por medio de una técnica específica, estableciendo un acto coactivo” como propone Kelsen, incurrimos en una inversión del proceso: es el Derecho el que regula a las personas y define socialmente y no a la inversa.⁵³

Manuel Atienza profundiza desde una posición materialista y plantea que el sistema normativo no es un agente de cambio social aunque sea refractario: “el Derecho no es inmune a los cambios que tienen lugar en el campo de las relaciones sociales, pero el Derecho es lo condicionado, no el condicionante, no promueve cambio, sino que lo acusa, lo refleja.”⁵⁴ Desde esta perspectiva, el Derecho sólo se amoldaría al cambio societal, en una acción refleja y de corte mecánico a las modificaciones “en la estructura”.

Sin embargo, existen corrientes que asume al Derecho como un elemento de cambio de las sociedades desde una perspectiva histórica e instrumental. Al respecto, nos ubicamos en las teorías críticas del derecho y en su práctica alternativa, que asume la condición histórica y dinámica del campo jurídico y su potencia como un mecanismo para la satisfacción de las necesidades y de la vigencia de los derechos humanos. Un derecho entendido como medio y no como fin, un derecho que no es abstracción escindida de la vida social, sino un conjunto de saberes que pueden ser apropiados y resignificados desde una perspectiva ética con el propósito de generar mejores condiciones de existencia particularmente de los sectores sociales históricamente marginados y excluidos.

⁵² *Ibidem*, p. 18.

⁵³ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 73.

Ello no implica una epistemología jurídica sesgada, el reconocimiento de la tensión que se produce en los operadores jurídicos al ser parte del objeto de estudio y observadores al mismo tiempo y tener por ello múltiples condicionantes, permite enfrentar lo que Bourdieu ha definido como “ciencia falsa” con pretensiones de objetividad absoluta y de “neutralidad ética”.⁵⁵

Por el contrario, reflexionar el Derecho-sistema desde la realidad misma y reconocer explícitamente la axiología particular, no excluye un grado de certeza y de rigurosidad necesaria en el conocimiento y práctica jurídica. Es desde este horizonte desde el cual planteo la existencia de un derecho a la resistencia fundamentado en la soberanía popular.

⁵⁵ Pierre Bourdieu, *Los usos sociales de la ciencia*, *op. cit.*, p. 53.

CAPÍTULO PRIMERO EL DERECHO A LA RESISTENCIA Y LA SOBERANÍA

“No; el poder de la tiranía tiene sus límites; cuando el oprimido no halla justicia en la tierra y se hace insoportable el peso que le abrumba, acude a Dios en demanda de valor y alivio, e invoca la eterna justicia que reside en los cielos, firme, inmutable como los mismos astros. Renuévanse entonces los primitivos tiempos, en el que el hombre luchaba contra el hombre, y en el último recurso se echa mano a la espada.”⁵⁶

Guillermo Tell.

Marco Histórico.

1.- Derecho a la resistencia.

a) Antigüedad.

La resistencia al poder ha existido desde las primeras formas de organización política. Tanto a nivel intercomunitario como en una dimensión externa entre formaciones sociales que se imponían mediante la fuerza, la resistencia ha sido un recurso de subsistencia frente al poder, ello con independencia de su naturaleza: político, militar, religioso, etc. En la antigüedad existen antecedentes de prácticas de resistencia, pero no propiamente de un “derecho a la resistencia”. Por ello, no es posible definirlo como tal sin incurrir en un anacronismo.

Existen elementos que permiten ubicar el germen de la resistencia como práctica política en la Antigüedad. El derrocamiento del rey Tarquino el Soberbio y la separación de Roma de los etruscos alrededor del 500 a.C. para constituirse en una República de corte aristocrático y la narrativa desarrollada por Sófocles en la tragedia de Antígona y su desobediencia a Creonte, son ejemplos de expresiones de resistencia en este periodo histórico.⁵⁷

⁵⁶ Friedrich Von Shiller, *Dramas de C.F. Schiller*, (traducción de Jose Yxart), Casa Editorial Maucci, Barcelona, 1909, p. 55.

⁵⁷ Cfr. Aline Rivera, *La resistencia a la opresión. Un derecho fundamental*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, México, 2009.

En un sentido práctico, la resistencia fue ejercida frente a invasiones bélicas y ocupaciones territoriales que daban lugar a la sublevación y para redefinir las relaciones entre grupos sociales y de poder al interior de una misma conformación política. En la Antigüedad no existe una problematización sobre el concepto ni la construcción de una fundamentación sobre la resistencia. Consecuentemente, la aceptación de la resistencia está inmersa en la tensión entre la explicación teocéntrica de la realidad y de justificaciones de validación por excepción sobre una base religiosa permitida frente a poderes externos, no así frente al poder de la propia comunidad de referencia.⁵⁸

b) Cristianismo y protestantismo.

El desarrollo del fundamento filosófico del derecho a la resistencia y su teorización encuentra un origen importante en el pensamiento filosófico de la Iglesia católica. Durante varios siglos la Iglesia problematizó sobre el origen y fundamento del poder temporal y sus límites en el derecho natural y la posibilidad, en ciertas circunstancias de una resistencia activa, que en su versión más extrema alcanza incluso el tiranicidio. La teología católica plantea con diversos matices, explicaciones sobre el origen del poder, la división entre el poder temporal y el espiritual, la legitimidad del poder monárquico, y la diferencia entre la ley humana y la ley natural.

Patricio Carbajal señala que el derecho a la resistencia “tiene una base sólida doctrinal sólida y precisa, fundada en el derecho natural y en una teoría de la justicia, con lo cual los diversos grados de resistencia, desde la resistencia pasiva al tiranicidio, tienen unos fundamentos éticos concretos”.⁵⁹

La Patrística que conjuga el pensamiento del cristianismo primitivo y los primeros siglos de institucionalidad espiritual y temporal de la Iglesia católica, y posteriormente la Escolástica, con su desarrollo filosófico basado en la interacción de

⁵⁸ “De modo que, quien se opone a la autoridad, se rebela contra el orden divino, y los rebeldes se atraerán sobre sí mismos la condenación.” *Cfr.* San Pablo, “Epístola de San Pablo a los romanos”, capítulo 13, versículo 2, *Biblia de Jerusalén*, Desclé de Brouwer, S.A., Bilbao, 1992, p. 228. En contraste la resistencia hebrea frente a invasiones de otros pueblos es ampliamente reconocida en el Antiguo Testamento, por ejemplo en la historia de los Macabeos.

⁵⁹ Patricio Carbajal, “Derecho de resistencia...” *op. cit.*, p. 65.

la fe y la razón; desarrollaron fundamentos sobre el poder y en consecuencia, sus límites, incluyendo la resistencia al poder político. Durante siglos la teología cristiana reflexionó sobre la posibilidad de la resistencia, su validez, legitimidad y fundamento, así como de los métodos permitidos. En el centro de este debate está la tensión entre la obediencia y el fundamento divino del poder y justificar, en ciertos momentos, la objeción al poder temporal y en las versiones protestantes a la autoridad y jurisdicción del Papado.

En el siglo V, San Agustín analiza la obediencia desde la óptica de la fe y de los mandatos divinos. En *La ciudad de Dios* sostiene que “se debe obedecer y no replicar”.⁶⁰ También establece la naturaleza subordinada del poder temporal al poder trascendente como parte del orden divino afirmando que “el reino y potestad y la grandeza de los reyes que hay debajo de todo el cielo se entregará a los Santos del Altísimo. Cuyo reino es reino eterno, y todos los reyes le servirán y obedecerán”.⁶¹

Posteriormente, señala que el poder debe estar orientado por la justicia y el derecho. Sin embargo, San Agustín no autoriza la resistencia frente a la autoridad que ejerza mal el poder. Considera que “el reino que se da a los malos, antes es en daño de los que reinan, (...) todos cuantos perjuicios causan los malos señores a los justos no es pena del pecado, sino prueba de la virtud, por tanto, el bueno, aunque sirva, es libre, y el malo, aunque reine, es esclavo”.⁶² El pensamiento agustino, siguiendo una línea de interpretación iniciada por San Pablo señala que el ejercicio desviado del poder sólo perjudica a aquellos que lo ejercen, mientras que los que padecen mantienen la bondad en lo que constituye una prueba a la virtud.

Por su parte, en el siglo XIII Humberto de Romans desarrolla una distinción entre la legitimidad del poder supremo y el poder temporal en el que éste se encuentra orientado a la realización del primero y sostiene su rechazo cuando el poder temporal no obedece al orden divino. En este sentido “Dios, por supuesto, es

⁶⁰ San Agustín, *La ciudad de Dios*, Editorial Porrúa, decimosegunda edición, México, 1994, p. 454.

⁶¹ *Ibidem.*, p. 613.

⁶² *Ibidem.*, pp. 109-110.

el Superior Supremo, y ante él han de despreciarse los mandatos de los hombres, cuando se manda algo contra su voluntad”.⁶³

Sin embargo, la crisis de hegemonía del pensamiento cristiano dominante y la crítica a su proyecto universal encabezada por un protestantismo emergente, reconfigurarían los fundamentos jurídicos sobre la autoridad y la obediencia al poder. Una de estas corrientes filosóficas y jurídicas profundiza en el desarrollo de un derecho a la resistencia en sentido estricto, en función de las monarquías religiosas que afectaban los intereses en disputa de católicos y protestantes. Las luchas entre la nobleza, particularmente en Francia entre la Casa Real de los Borbón y de Guisa, fragmentaron el absolutismo religioso. A largo plazo, estas disputas religiosas terminarán por minar el modelo de gobierno monárquico dando paso a otros grupos emergentes y nuevas legitimaciones jurídicas sobre el poder político.

En 1579 se publica el *Vindiciae contra Tyrannos*, cuya autoría se atribuye a Philippe Duplessis-Mornay, protestante hugonote. En la obra realiza una vinculación entre la resistencia como derecho y la soberanía como fundamento del cuerpo político, expresada en una doble vertiente. La primera de carácter religioso implica “una primera alianza que vincula Dios, el rey y el pueblo en busca de la justicia divina”; la segunda, sobre una dimensión secular representa un vínculo que “enlaza el gobernante y los gobernados en el respeto de las leyes humanas.”⁶⁴

Por su parte, Juan de Mariana, teólogo jesuita, analiza las instituciones reales, la desobediencia y la resistencia al poder temporal. Además, desarrolla los fundamentos para una de las versiones más extremas de la resistencia: el tiranicidio. Mariana valida la resistencia frente a amenazas a la religión (católica) y a situaciones que puedan afectar la República. En su obra *De Rege* de 1599 sostiene que: “si la salud pública y la santidad de la Religión se ven amenazadas de un inminente peligro, ¿quién habrá tan falto de juicio que no se convenza de que es lícito sacudir

⁶³ Humberto de Romans, *Carta a los religiosos sobre los tres votos y algunas virtudes*, Editorial OPE, Salamanca, 1984, p. 41.

⁶⁴ Pauline Capdeville, “La resistencia al derecho en la teoría política” en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXII, núm. 258, julio-diciembre de 2012, Universidad Nacional Autónoma de México, p.158.

el yugo de la tiranía por medio de la justicia de las leyes y aun por el de las armas?”.⁶⁵

Su aporte es fundamental porque sienta las bases para justificar la resistencia de forma activa ante un poder ilegítimo o ante uno legítimo que deviene tirano. Marina sostiene que: “al príncipe que por medio de la fuerza y de las armas ocupó la república, sin derecho alguno y sin el consentimiento de los ciudadanos, es lícito quitarle la vida y despojarle del trono, pues que siendo un enemigo público y oprimiendo al país con todos los males, se reviste de todo el carácter e índole de tirano”.⁶⁶ En la versión de Mariana, el tiranicida admite múltiples formas porque “es claro que se puede matar al tirano con la fuerza ostensible y con las armas, bien sea presentando la batalla, o bien en un movimiento hecho contra él”.⁶⁷

Como señala Norberto Bobbio, “con las doctrinas de los monarcómanos, se comenzó a sostener insistentemente que, cuando el soberano violaba la ley natural, surge en los súbditos (individual o colectivamente según los casos) el derecho de resistencia.”⁶⁸ De esta forma, el pensamiento monarcómano católico y protestante, es una versión más radical sobre la resistencia y adquirirá un estatus como derecho, no sólo como límite al poder basado en el derecho natural, sino como atribución jurídica de los súbditos y una facultad constitutiva de un derecho sobre el poder político.

Un segundo efecto de las guerras religiosas es el agotamiento del proyecto cristiano universal. Las disputas entre catolicismo y protestantismo expresadas a nivel de las respectivas monarquías reconfiguraron el pensamiento sobre los centros de poder, fortaleciendo el imaginario sobre la Nación y el Estado como formaciones sociales con historia común y por tanto como entidades políticas diferenciadas. En la medida en que estas disputas se profundizaron dieron lugar a debates de fundamentación del poder como el relacionado a la soberanía, su existencia, titularidad y formas de ejercicio. Las versiones más extremas en este periodo son justamente las de los grupos religiosos en disputa.

⁶⁵ Juan de Mariana, *Del Rey y de la institución de la dignidad real*, Editorial Partenon, Argentina, 1945, p. 104.

⁶⁶ *Ibidem.*, p. 98.

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 109.

⁶⁸ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 42.

Hugo Grocio, uno de los fundadores del pensamiento jurídico internacional también se ocupa del tema de la resistencia. En su obra *Las leyes de la guerra y de la paz* escrita en 1625 valida la resistencia cuando funciona como defensa legítima. Considera que en situaciones extremas donde la vida está peligro inminente es permitido repelar una fuerza que hace peligrar la existencia, porque si “el cuerpo es acometido con violencia presente con peligro de la vida, no evitable de otra manera, entonces dijimos antes que la guerra es lícita, aun con muerte del que infiere el peligro, como quiera que por esa razón, cuando es muy manifiesta, probamos que puede ser justa alguna guerra privada.”⁶⁹

Grocio se expresa en términos políticos similares a los desarrollados por Hobbes. Señala que “la ciudad [puede] prohibir por causa de la paz y el orden ese derecho general de resistir (...) porque de quedar en pie ese derecho general, de resistir, ya no sería ciudad, sino una multitud desunida”.⁷⁰ Es decir, si bien lo considera legítimo no considera que deba operar como una facultad permanente de carácter jurídico sin riesgo de caer en una situación de Estado de naturaleza.

A pesar de cancelar la posibilidad de un derecho permanente de resistencia, Grocio plantea un punto fundamental sobre su posibilidad excepcional al cuestionar “si la ley de no resistir nos obliga en caso gravísimo y segurísimo”.⁷¹ Es decir, si es posible la resistencia en situaciones extraordinarias. Argumenta que “no se puede resistir en justicia a los que ejercen el poder supremo.”⁷² Si el poder es legítimo no puede válidamente oponerse resistencia.

Sin embargo, si un poder exceder sus facultades e invade a otro, el poder invadido al interior de Cuerpo Político, puede “oponer justamente la fuerza, porque hasta allí no llega su poder”.⁷³ Finalmente, justifica la resistencia cuando el poder es absolutamente ilegítimo, como en los casos de usurpación por guerra injusta o por no haber sido designados por mandato del pueblo.⁷⁴

⁶⁹ Hugo Grocio, *Del derecho de la guerra y la paz*, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1925, pp. 260-261.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 209.

⁷¹ *Ibidem.*, p. 224.

⁷² *Ibidem.*, p. 327.

⁷³ *Ibidem.*, p. 240.

⁷⁴ *Ibidem.*, pp. 243-244.

Con el Cristianismo la teología medieval logra un desarrollo jurídico del derecho de resistencia estableciendo las bases para afirmar el derecho de la comunidad política para enfrentar a las autoridades temporales que han incurrido en conductas ilegítimas o han usurpado el poder, lo que es válido porque dichas circunstancias van contra el orden superior en el que se enmarca el poder temporal. Aunque acepta los modelos autocráticos de poder y de corte absolutista, la monarquía encuentra límites en el respeto de *ius naturale*, como fundamento último del ejercicio del poder temporal.

Este enfoque no considera como sujeto político al pueblo o a los súbditos. El poder real tiene límites y de ellos dimana la posibilidad de ejercer la resistencia, pero esto no representa una potestad jurídica en la medida en que prevalece el deber de obediencia de la comunidad. En esta concepción cristiana naturalista del poder se imponía como regla de conducta “la obligación de ejercer el poder respetando algunos principios morales supremos”, sin que ello implicara una facultad soberana en favor de la comunidad política.⁷⁵ La responsabilidad de los gobernantes, era en última instancia referida sólo a Dios.

Por su parte, el protestantismo desarrolla una línea que rompe con el pensamiento *ius* naturalista dominante y lleva la resistencia hacia una versión secularizada más radical. Al enfrentar en planos locales a la hegemonía política católica y su marco de justificación sobre el poder político y en el marco persecuciones religiosas, de las la filosofía protestante desarrolla versiones extremas de la resistencia no sólo vinculadas a la ilegitimidad del poder, sino a la resistencia activa frente a poderes tiránicos. Al cuestionar el orden universal impulsado durante siglos por el catolicismo en el que se imbricaban en una relación jerárquica el poder temporal y religioso, el protestantismo favoreció la conformación de múltiples poderes nacionales, independientes del control ejercido desde el Papado.

La disputa interreligiosa favorece una evolución en la conceptualización jurídica de la resistencia, la que a pesar de estar enmarcada en el derecho natural como rector y límite del poder político, transita a una vertiente secular en la que el poder y su organización tiene un carácter antropocéntrico, lo que de forma implícita reconoce

⁷⁵ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos...*, op. cit., p. 41.

a los diferentes actores que coexisten y conforman una comunidad política. Desde esta época el debate se desplaza a la disputa en el actor político y social que tiene el poder pleno. A partir de ello el pueblo pasa a ser una entidad de derechos y a disputar, con el agotamiento de las monarquías absolutas, la titularidad de la soberanía.

El desplazamiento de las concepciones teocéntricas del poder y la secularización de su origen y fundamento se vincula con el proceso histórico de decadencia de las monarquías absolutas y la emergencia del republicanismo. En la vía de los hechos se reconfigura y relocaliza el poder político y surgen nuevas justificaciones en el plano teórico para darle validación, mismas que decantarán en concepciones de soberanía de corte nacional y popular.⁷⁶

Estos postulados se enmarcan en la consolidación del Estado-nación como el gran referente de la Modernidad política, el contractualismo como paradigma de conformación del poder político y el liberalismo como la principal tendencia de la filosofía moderna. De esta forma, la conformación y ordenación del poder político pasa a ser explicado en el metarrelato contractual y a dotar de elementos de validación como el acto constituyente, el Poder constituyente y las Constituciones como expresiones políticas y jurídicas de las decisiones soberanas de las comunidades políticas.

Finalmente, el jurista argentino Roberto Gargarella considera que el derecho a la resistencia se encuentra ligado al surgimiento del constitucionalismo a finales del siglo XVIII y establecer en los pactos fundamentales los límites a la actuación de poder público. En esta nueva realidad de ordenación normativa del poder la satisfacción de derechos representa su condición sustantiva. Así, el elemento democrático de legitimación se encuentra dado por la participación política activa de las sociedades en el marco de un Estado que se ordena conforme a los fines de la

⁷⁶ Esto implica un proceso de ruptura con el *corpus iuris* y la filosofía del pasado. Por ejemplo, en *Naciones y Nacionalismo desde 1780*, Eric Hobsbawm da cuenta de la introducción del concepto nación en el vocabulario político y del proceso por el que las unidades políticas autónomas buscan un elemento de validación para su existencia.

comunidad política, teniendo como límites establecidos los marcos del constitucionalismo.⁷⁷

c) *Modernidad Política.*

La Modernidad es consecuencia de un largo recorrido histórico que se consolidó con el ocaso del orden medieval en el Renacimiento y tuvo como característica el giro antropocéntrico al colocar al ser humano como eje del sistema de pensamiento. El individuo y la noción de un cuerpo social conformados por individuos libres e iguales serán el signo de esta ruptura con siglos de una forma unitaria de comprensión de la vida social.

Este proceso se conforma por múltiples tensiones. En el campo del poder político y sus fundamentos las disputas religiosas entre el catolicismo y el protestantismo emergente, la lucha entre las monarquías absolutas y el Papado, las disputas entre las monarquías y los poderes privados, particularmente el de los señores feudales y la burguesía emergente, y, finalmente, entre absolutismo, parlamentarismo y republicanism. Además, la consolidación de una burguesía pujante condensa un novedoso metarrelato sobre el mundo y las relaciones sociales sobre la base de siglos de producción política tradicional adaptándolo a la justificación de su proyecto político. En suma, la Modernidad representa un cambio abrupto de época, una superación dialéctica y activa del pasado que redefinirá las categorías existentes.

Desde esta época el liberalismo se erigirá como la ideología y expresión política de la Modernidad, dando paso a sociedades mucho más activas en el campo de la actuación política a partir de la “conciencia de ser moderno”, misma que revoluciona el papel de la organización del poder.⁷⁸ En este proceso de refundación del pensamiento y de los fundamentos filosóficos de las sociedades, el tema del poder político es asumido desde una óptica racional, concibiendo a las instituciones como

⁷⁷ Roberto Gargarella, *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila Editores, Argentina, 2005.

⁷⁸ Immanuel Wallerstein, *Después del liberalismo*, Siglo XXI y Universidad Nacional Autónoma de México (coedición), México, 2001, p. 79.

el Estado y al sistema jurídico como producto de las decisiones políticas fundamentales de las comunidades.

d) El derecho a la resistencia y las Declaraciones de Derechos.

Las Declaraciones de Derechos son parte fundamental de la Modernidad política. Su importancia radica en la determinación de expresar en documentos de carácter jurídico, las decisiones políticas y establecer derechos mínimos que los Estados deben garantizar. Además, su condición de universalidad representó un giro de carácter positivo del Derecho con relación a los fundamentos naturalistas que rigieron el orden social por varios siglos.

Los procesos políticos de la Modernidad tuvieron grados diferenciados de desarrollo en función de las circunstancias históricas particulares. En Inglaterra, la distancia geográfica con respecto a la Europa continental, el distanciamiento temprano del papado y el reforzamiento del anglicanismo como religión de Estado, así como la articulación entre nobleza formada por terratenientes y burguesía frente al absolutismo real dio lugar a la conformación de un Estado contractual moderno desde el siglo XVII en la que los grupos en disputa reflejaron su influencia en un sistema de competencias entre la Monarquía y el Parlamento, evolucionando de la monarquía absoluta a una monarquía parlamentaria.

El *Bill of rights* inglés de 1689 terminó con la visión según la cual la monarquía tenía una fundamentación divina y trascendente. Asimismo, estableció que la autoridad real no tiene fuerza de ley: la ley está por encima de este poder y es el límite de la actuación del Rey. Finalmente, garantizó el voto libre, desarrolló un sistema de protección de garantías, reconoció la libertad de culto y estableció un sistema de competencias en temas de recaudación de la hacienda pública, fortaleciendo las funciones del Parlamento frente a la monarquía al regular la libre elección de parlamentarios, la protección contra persecución o sanción por sus opiniones y la reunión periódica del Parlamento.

En el Continente Americano también se genera un proceso disruptivo y de reconfiguración de los marcos del poder político con consecuencias intra e

interestatales. La Guerra de Independencia de las trece colonias inglesas de América del Norte (*American Revolution*) iniciada en 1775 y culminada en 1783, cuyo precedente fue la guerra trasatlántica entre Francia e Inglaterra, terminó por empoderar a la población colonizadora, vinculada por una nascente identidad y una unidad de intereses frente al gobierno británico, proceso que da lugar a que en 1776 las antiguas colonias promulguen declaraciones para reclamar sus derechos sobre la base de la igualdad de los individuos, el reconocimiento de un conjunto de derechos inalienables entre los que se incluye la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, la división de los poderes Legislativo y Ejecutivo y la primacía del poder del pueblo.

Por su parte, la Revolución Francesa representa la conclusión de un proceso de larga duración que condensa una serie de presupuestos de la Modernidad política de Occidente. La *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 estableció que todos los seres humanos nacen libres e iguales, proclamando con ello el principio de igualdad. Además, establece una serie de derechos y libertades civiles, la división de poderes y el sistema de gobierno representativo. Este proceso se profundizará con la Constitución francesa de 1793, que plasmará el ideario político del republicanismo revolucionario, que refrenda la precedente *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, contemplando el sufragio universal, la libertad económica y de propiedad y un *constitucionalizado* derecho de resistencia.

En América Latina, las revoluciones de independencia también generaron un pensamiento jurídico filosófico importante: a partir de la crisis provocada en la Corona española por la invasión napoleónica y la habilitación de las Cortes, inicia un debate sobre la titularidad de la soberanía y la posibilidad de su ejercicio en situaciones de excepción por parte del pueblo.⁷⁹ Además, la separación política de la metrópoli también significó la génesis de Estados independientes y situaciones de producción originaria de derecho y de redacción de Constituciones novedosas desarrolladas a lo largo del siglo XIX.

En cada uno de los procesos enunciados hay una situación de continuidad y de ruptura representada por la permanencia de la tradición política de Occidente pero

⁷⁹ Cfr. Françoise-Xavier Guerra, *Modernidad e independencia. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Fondo de Cultura Económica, tercera edición, México, 2001, capítulos VII y X.

renovada por el cambio de época, lo que propicia reformas profundas, algunas tan significativas que implicaron cambios definitivos en los modelos de organización social y política.

La *Declaración de Derechos* inglesa (*The Bill of Rights*) de 16 de diciembre de 1689 expresa la disputa entre la burguesía y la aristocracia terrateniente aliada al Rey en términos de interés económico y político. En su vertiente jurídico-política, expresa la lucha y definición del poder soberano, que se resuelve a favor del pueblo (de la burguesía) en detrimento de la autoridad real, lo que se materializa jurídicamente en este documento.⁸⁰

Esta Declaración dispone la deliberación periódica del Parlamento como mecanismo “para la reparación de todos los agravios y para enmendar, fortalecer y preservar las leyes”. Por ello establece que toda determinación real “declaración, sentencia, hecho o procedimiento” celebrada sin el consentimiento o en detrimento del soberano “debe de ninguna manera ser tomado en adelante en consideración o ejemplo”.⁸¹

Para establecer que el Parlamento es la materialización y el órgano titular del poder soberano, *The Bill of Rights* enuncia a los sujetos que disputan la soberanía y participan de la representación política reconocida en la época: “Señores (Lores), espirituales y temporales, y Comunes”, condensando tanto a los representantes del poder temporal como espiritual, así como al pueblo y a la nobleza.⁸² Este conjunto de grupos sociales terminan por imponen al poder Real un conjunto de limitaciones vinculadas a su mandato. Estos actores:

“reunidos en Parlamento para la ratificación, confirmación, y establecimiento de la dicha declaración y los artículos, cláusulas, materias y cosas contenidas en ellos por la fuerza de una ley promulgada en debida forma por autoridad del Parlamento, ruegan que sea declarado y promulgado que todos y cada uno de los derechos y libertades afirmadas y proclamados en dicha declaración son los

⁸⁰ “Que el pretendido poder de suspender las leyes o la ejecución de las leyes por autoridad regia, sin consentimiento del Parlamento, es ilegal. Que el pretendido poder de dispensar las leyes o la ejecución de las leyes por autoridad regia, como ha sido asumido y ejercido últimamente, es ilegal.” Cfr. “La Declaración de Derechos” (*The Bill of Rights*) en: José Luis Soberanes Fernández, *Sobre el Origen de las Declaraciones de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 197.

⁸¹ *Ibidem.*, p. 198.

⁸² *Ídem.*

verdaderos antiguos e indubitados derechos y libertades del pueblo de este Reino y así será estimado, permitido, juzgado, supuesto y tenido por verdadero”.⁸³

De esta forma, el poder soberano radicado en el Parlamento inviste y delega a la Institución Real, misma que asume la soberanía pero de forma delegada.⁸⁴ A través del juramento solemne, se da la cláusula de habilitación que expresa el ejercicio unipersonal del poder real, la jurisdicción sobre la que se extiende (contenido intraestatal del dominio) y también la disputa con el poder espiritual representado en el Papado (contenido supraestatal y temporal del poder).⁸⁵

Si bien no alude a un derecho de resistencia, *The Bill of Rights* sí establece la nulidad de “declaración, sentencia, hecho o procedimiento en perjuicio del pueblo”.⁸⁶ Además, señala que las libertades consagradas en la Declaración deben ser “estrictamente mantenidas y observadas” y obligan a “todos los funcionarios y ministros” los cuales servirán al Rey pero en virtud de la observancia de las libertades del pueblo.⁸⁷ De esta forma, condena el ejercicio desviado del poder del Rey Jacobo II el cual trató de “subvertir y extirpar la religión Protestante, y las leyes y libertades de este Reino”, invadiendo las facultades del Parlamento en la suspensión de leyes, la determinación de impuestos, el establecimiento del Ejército en tiempos de paz, el nombramiento de funcionarios, entre otras acciones, las cuales son rechazadas y anuladas jurídicamente. En consecuencia, en la declaración existe un

⁸³ *Ibidem.*, p. 200.

⁸⁴ “habiendo aceptado la Corona y Dignidad Real, como antes dicho, dichas sus Majestades, se hicieron, fueron y de derecho deben ser por las leyes de este Reino nuestros Soberanos Rey y Reina de Inglaterra, Francia e Irlanda y de los dominios pertenecientes a ella, en cuyas principescas personas el Real Estado, Corona y Dignidad de los dichos Reinos, con todos los Honores, Títulos, Regalías, Prerrogativas, Poderes, Jurisdicciones y Autoridades pertenecientes a los mismos (...) y que el entero, perfecto y completo ejercicio del poder real y del Gobierno residirá únicamente en y será ejecutado por su Majestad”. *Ibidem.*, pp. 200-201.

⁸⁵ “Yo, A.B., juro que de corazón aborrezco, detesto y abjuro, como impía y herética, la condenable doctrina y posición según la cual los príncipes excomulgados y privados por el Papa o por cualquier autoridad de la Sede Romana puedan ser depuestos o asesinados por sus súbditos o de alguna otra cualquiera manera. Y declaro que ningún extranjero, príncipe, persona, prelado, Estado o potentado tiene o debe tener ninguna jurisdicción, poder, superioridad, preeminencia o autoridad, eclesiástica o espiritual, dentro de este Reino. Si así lo hiciere, Dios me ayude”. *Ibidem.*, p. 199. *The Bill of Rights* establece cierta tolerancia religiosa a favor del Protestantismo anglicanismo, pero es abiertamente opuesto al catolicismo por la disputa histórica con el Papado y excluye –en términos políticos– a quienes tengan simpatía o representen los intereses de la Iglesia católica.

⁸⁶ *Ibidem.*, p. 198.

⁸⁷ *Ibidem.*, p. 200.

contenido implícito de resistencia y de rehabilitación del poder mediante el ejercicio soberano expresado en el *The Bill of Rights* y materializado en el Parlamento.⁸⁸

Por otra parte, la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* de 12 de junio 1776, afirma que “los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes” y reconoce un conjunto de derechos naturales y mínimos “innatos, de los que, cuando entran en Estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto”.⁸⁹ Esta Declaración establece al pueblo como el sujeto titular de la soberanía, ya que la misma es “hecha por los representantes del buen Pueblo de Virginia, reunidos en la Convención plena y libre”.⁹⁰

Asimismo, sostiene que “todo poder es inherente al pueblo y, en consecuencia, procede de él; que los magistrados son sus mandatarios y sus servidores, y en cualquier momento, responsables ante él”. El sentido final del establecimiento de poder político es que “el gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad”.⁹¹

Con esta formulación se establece la versión más radical de soberanía popular conocida hasta ese momento histórico y se redefine el mando político y la obediencia del poder delegado, configurando al pueblo como el sujeto soberano por excelencia y su poder permanente, así como el carácter delegado de la autoridad limitado al mandato. De esta forma, se establece la proscripción y nulidad de actos que sean contrarios a la voluntad popular.⁹²

A diferencia de *The Bill of Rights*, la *Declaración de Derechos de Virginia* sí establece de forma explícita un derecho a la resistencia: señala que en aquellos casos en que “un Gobierno resulte inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de

⁸⁸ *Ibidem.*, p. 195.

⁸⁹ Cfr. “Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia”, en: José Luis Soberanes Fernández, *Sobre el Origen de las Declaraciones...*, *op. cit.*, p. 205.

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ *Ídem.*

⁹² “la facultad de suspender las leyes o la ejecución de las leyes por cualquiera autoridad, sin el consentimiento de los representantes del pueblo, es perjudicial para sus derechos y no debe ejercerse.” *Ibidem.*, p. 206.

reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público”.⁹³

Por su parte, la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789 reconoce la soberanía en “los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional”.⁹⁴ Asimismo, reafirma la supremacía del poder soberano al establecer en su artículo 6 que “la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes.”⁹⁵

Esta Declaración profundiza en el carácter delegado y obediencial del Cuerpo Político ya que el instrumento jurídico representa un mecanismo para actualizar y reafirmar la condición permanente de la comunidad en el campo, de manera que al estar:

“constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.”⁹⁶

Por ello, la capacidad del poder político organizado, incluido el Estado y la fuerza pública, tiene como fundamento, límite y razón de ser, el proyecto de la comunidad políticamente organizada. En el artículo 12 se establece el carácter instrumental del poder al afirmar que “la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada.”⁹⁷

Un elemento originario en la Declaración es que al conformar el sistema de poder, sus límites y competencias, así como las garantías de los derechos, establece

⁹³ *Ídem.*

⁹⁴ George Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 167.

⁹⁵ *Ibidem.*, p. 168.

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 167.

⁹⁷ *Ibidem.*, p. 169.

como elemento articulador a la Constitución.⁹⁸ El artículo 2 señala que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, conformando un Cuerpo Político que responde a esos intereses y a derechos intrínsecos a la naturaleza humana. Finalmente, señala que estos derechos son “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”, definiendo como un derecho de primer orden el de resistencia frente al ejercicio arbitrario del poder.⁹⁹

El liberalismo y las Declaraciones de derechos parten de una noción en la que la sociedad se constituye por individuos libres y racionales, mismos que conforman los sujetos políticos de la Modernidad. El individuo o el conjunto de éstos deben desplegar sus capacidades sin intervenciones, pero al tiempo requieren del Estado como un elemento necesario de equilibrio que impida un retorno al Estado de naturaleza. La ideología liberal se asocia a la noción de progreso, un progreso secularizado que deja su componente divino del proyecto cristiano universal para devenir en un horizonte de realización constante y de felicidad. Por ello, las Declaraciones de derechos son postulados de máxima libertad y de mínima intervención estatal.

Para este propósito es necesario proteger a los individuos entre sí mediante el Estado, pero al mismo tiempo, estos individuos asociados libremente requieren limitar a esta entidad de condensación de poder para evitar arbitrariedades. Estos fueron los objetivos de las Declaraciones de derechos, que buscan transitar de un Estado absoluto a un Estado liberal. En una segunda etapa estas libertades pasan a formar derechos públicos subjetivos en la medida en que son incorporadas y reconocidas en las Constituciones. Este proceso de *constitucionalización* de las Declaraciones será uno de los rasgos distintivos del Estado constitucional moderno, en un proceso en las que “exigencias abstractas impuestas al Estado se convirtieron en leyes del propio Estado”.¹⁰⁰

⁹⁸ “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”, *Ídem*.

⁹⁹ *Ibidem.*, p. 167.

¹⁰⁰ Germán J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, p. 330.

Además, la secularización del poder, el contrato social como fuente antropologizada de la estructura estatal, los límites al Estado y la proclamación de libertades civiles inherentes a lo humano suponen la transición en la concepción del poder como resultado de varios siglos de desarrollo de pensamiento político. Por ello, el derecho de resistencia es un elemento que subsiste en las Declaraciones de Derechos y que se mantendrá en el tránsito hacia el constitucionalismo.

e) El derecho a la resistencia en el siglo XX.

El siglo XX verá el desarrollo y adaptación del derecho de resistencia en contextos agudos de crisis políticas, de reconfiguración de los elementos articuladores de la vida social, de márgenes cada vez más acotados de ejercicio de poder político y de reformulación de las fuentes de validez jurídica de las instituciones de poder político. Además, la autoridad del Estado y el sistema de protección de derechos desbordará el ámbito estatal al surgir instrumentos de tutela jurídica de carácter regional y universal.

Como consecuencia del conflicto armado más agudo de la historia moderna y sus costos humanos y materiales, la comunidad internacional alcanzó un consenso normativo para mantener un orden mundial pacífico, estableciendo límites frente a situaciones bélicas y mecanismos multilaterales para la solución de controversias, con el propósito de evitar un conflicto similar al ocurrido en la Segunda Guerra Mundial.

La conformación de la Organización de las Naciones Unidas da paso a un Sistema Universal de derechos de una naturaleza compleja en términos jurídicos. Este sistema busca condensar mecanismos multilaterales de interacción entre Estados y plasmar un conjunto de derechos universales atravesados de una visión posconflicto que, desde una dimensión axiológica, pretende universalizar a la sociedad mundial con los referentes de Occidente.

Este proyecto representa un tránsito hacia un nuevo estadio. El Preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 sostiene que: “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de

barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”.¹⁰¹ Por ello, estos derechos “se ha[n] proclamado, como la aspiración más elevada del hombre” en busca de un orden global en el que “los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.¹⁰²

Sin embargo, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* pretende superar al constitucionalismo estatal como el elemento último de garantía de derechos fundamentales al conformar un sistema de derechos de carácter mundial en que los derechos humanos sean protegidos “a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.¹⁰³

Así, la Declaración Universal reconoce que la vigencia de los derechos humanos es la aspiración de la sociedad global, pero supone además, que existe una facultad jurídica que está más allá de este sistema de derecho y que subsiste y es operativo en situaciones extremas de ejercicio arbitrario del poder, que al afectar los derechos fundamentales, posibilita el recurso de rebelión o derecho de resistencia.

La paradoja del sistema universal radica en que siendo su propósito el mantenimiento de la paz mundial no renuncia de forma absoluta al uso de la fuerza, particularmente en situaciones extremas. El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas afirma que la fuerza armada no se usara “sino en servicio del interés común”.¹⁰⁴ Por ello, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos surgirá como un sistema ordinario, pero en situaciones de anormalidad del sistema, como en los casos de conflicto armado, la resistencia seguirá siendo una facultad a la cual requerir. Por ello, junto a este sistema universal también fue creado el Derecho

¹⁰¹ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Aprobada y proclamada en la CLXXXIII sesión plenaria de la AG, el 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III), en: *Compilación de instrumentos internacionales sobre la protección de la persona aplicables en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (coedición), Tomo I, México, 2012, p. 43.

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ *Ídem.*

¹⁰⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Carta de la Organización de las Naciones Unidas*, en: *Compilación de instrumentos internacionales...*, *op. cit.*, p. 5. En el mismo sentido el artículo 51 dispone que “ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas”, lo que supone una facultad de los Estados para resistir, por cualquier vía, incluyendo la armada, la injerencia o actos de otros Estados.

internacional Humanitario, como un régimen de excepción que busca regular y “humanizar” los conflictos mediante un *ius belium* de carácter universal, aceptada por la comunidad internacional.

Por otra parte, desde una dimensión intraestatal el derecho a la resistencia se mantiene en el siglo XX como un postulado de primer orden en las comunidades políticas. La Constitución de Alemania que reconoce el “derecho de resistencia”, la de Malí en la que está plasmado el derecho a la “desobediencia civil”, y la de Cuba que concede frente a intentos de “derribar” el orden Constitucional “el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada”; son ejemplos de ordenamientos jurídicos que mantienen un contenido normativo en favor del pueblo como sujeto soberano y a la resistencia como potestad soberana explícita.

El siglo XX presenció desarrollos novedosos del derecho a la resistencia. La objeción de conciencia como el rechazo a un mandato legal o una orden administrativa o incluso judicial, es también una expresión de resistencia activa frente al sistema jurídico y al poder público, la que incluso es reconocida como un derecho humano en sentido estricto.¹⁰⁵ Incluso el artículo 30.2 de la Constitución española de 1978 contempla la objeción de conciencia frente al Servicio Militar Obligatorio:

“Artículo 30

(...)

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas Garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

(....)”¹⁰⁶

Una expresión adicional se encuentra en el *corpus iuris* canónico. El Catecismo de la Iglesia Católica permite el derecho de objeción de conciencia y la desobediencia a las autoridades civiles “cuando sus exigencias son contrarias a las

¹⁰⁵ El desarrollo doctrinal en el siglo XXI llega a considerar a la objeción de conciencia como un derecho fundamental en situaciones que van contra el pacto constitucional. *Cfr.* María de Lourdes Morales Reynoso, *La objeción de conciencia como derecho fundamental*, Universidad Autónoma del estado de México, Comisión de Derechos Humanos del estado de México, Miguel Ángel Porrúa (coedición), México, 2013.

¹⁰⁶ Constitución Española, artículo 30.

de la recta conciencia”.¹⁰⁷ Además, reconoce un derecho de “resistencia a la opresión”.¹⁰⁸

Finalmente, la conceptualización moderna del derecho de resistencia también se relaciona con la desobediencia civil desarrollada por Henry David Thoreau a mediados del siglo XIX y continuada en la actuación política de personajes como Mahatma Gandhi, Martin Luther King o Nelson Mandela como rechazo sobre alguna política, ley de carácter injusto o acciones del Estado, mismas que devienen en una práctica disruptiva frente al poder público en las que subyace una decisión ética y una acción proactiva frente al mismo.

Los acontecimientos y circunstancias del siglo XX dinamizaron el desarrollo de la resistencia como derecho en múltiples situaciones que van desde los conflictos bélicos y del derecho de resistir por vía armada las situaciones de agresión o invasión militar, a la conformación de un orden mundial que bajo el paradigma de derechos humanos supone la existencia de un derecho de rebelión en situaciones extremas.

También surge frente a la existencia de ejercicios de poder desviado del mandato (tiranía) y como mecanismo vinculado a la conformación del poder público y del sistema institucional, que al tener un carácter instrumental no pueden ir en contra de la voluntad soberana. La usurpación del poder político, y la afectación al orden constitucional también fueron situaciones en las que la resistencia apareció como un mecanismo para rehabilitar el mandato o deponer a quien de forma ilegítima ha usurpado el poder.

¹⁰⁷ “El ciudadano tiene obligación *en conciencia* de no seguir las prescripciones de las autoridades civiles cuando estos preceptos son contrarios a las exigencias del orden moral, a los derechos fundamentales de las personas o a las enseñanzas del Evangelio. El *rechazo de la obediencia* a las autoridades civiles, cuando sus exigencias son contrarias a las de la recta conciencia, tiene su justificación en la distinción entre el servicio a Dios y el servicio de la comunidad política. “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios” (Mt 22, 21). “Hay que obedecer a Dios antes que a los hombres” (Hch. 5, 29): Cuando la autoridad pública, excediéndose de sus competencias, oprime a los ciudadanos, éstos no deben rechazar las exigencias objetivas del bien común; pero *les es lícito defender sus derechos y los de sus conciudadanos contra el abuso de la autoridad*, guardando los límites que señala la ley natural y evangélica. (GS 74, 5)” *Cfr. Catecismo de la Iglesia católica*, 2242, San Pablo, Bogotá, 2000, p. 738, (cursivas añadidas).

¹⁰⁸ “La resistencia a la opresión de quienes gobiernan no podrá recurrir legítimamente a las armas sino cuando se reúnan las condiciones siguientes: 1) en caso de violaciones ciertas, graves y prolongadas de los derechos fundamentales; 2) después de haber agotado todos los otros recursos; 3) sin provocar desórdenes peores; 4) que haya esperanza fundada de éxito; 5) si es posible prever razonablemente soluciones mejores.” *Ibidem.*, 2243, p. 739.

Finalmente, la resistencia también se expresa en una versión constitucionalizada frente a acciones injustas, actos de gobierno o afectación al sistema constitucional. La resistencia como derecho es por tanto un fundamento de la conformación del poder político en la Modernidad vinculado de manera indisoluble a la soberanía como poder de creación y mandato sobre el poder público y a la facultad permanente de la comunidad política de intervenir y controlar el poder.

2.- Soberanía.

“Manifestación que a su debido tiempo hará ostensible el Bienaventurado y único Soberano, el Rey de los reyes y el Señor de los señores, el único que posee Inmortalidad, que habita en una luz inaccesible, a quien no ha visto ningún ser humano ni le puede ver. A él el honor y el poder por siempre. Amén.”¹⁰⁹

San Pablo.

“No siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás puede enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por sí mismo.”¹¹⁰

Juan Jacobo Rousseau.

“Es soberano quien decide sobre el Estado de excepción”¹¹¹

Carl Schmitt.

Los tres epígrafes dan cuenta de uno de los temas más complejos de la filosofía y teoría política. La definición de soberanía resulta además, una noción que es relevante para la ciencia jurídica si se asume que el Estado y el orden jurídico proceden de un acto soberano encarnado en la determinación de una comunidad política de utilizar su facultad decisoria para establecer un poder político y dotarse de

¹⁰⁹ San Pablo, “Primera Epístola de San Pablo a Timoteo”, capítulo 6, versículos 15-16, *Biblia de Jerusalén*, Desclé de Brouwer, S.A., Bilbao, 1992, p. 289.

¹¹⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Del Contrato Social. Discurso sobre las ciencias y Artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, Alianza editorial, Madrid, 2003, p. 49.

¹¹¹ Carl Schmitt, “Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía,” en: Héctor Orestes Aguilar, (prólogo y selección de textos), *Carl Schmitt, Teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 23.

una Constitución. En esta premisa descansa la Modernidad política y los fundamentos del Estado constitucional.

La definición bíblica tiene un carácter teocéntrico, la de Rousseau es idealista y de democracia popular, mientras que la de Carl Schmitt destaca por su impronta de realismo político. Las tres, sin embargo, tienen un hilo común: están ligadas por la noción de poder como elemento consustancial a la soberanía.

Con independencia de la ciencia que la valore y del enfoque analítico, la soberanía siempre tiene relación con los elementos que describe Aurora Arnaiz como sus características: majestad (*majestas*), potestad (*potestas*), y autoridad (*auctoritas*).¹¹² Es, en palabras de la autora “el elemento contratante de acción y decisión política”.¹¹³ En todos los casos, la soberanía aparece ligada al poder y en su versión secularizada al poder político.

Como se anticipó en la introducción, el enfoque que se propone para el estudio de la soberanía son las teorías jurídico-políticas que lo relacionan con el Poder constituyente y su relación con el establecimiento del orden jurídico y del Estado para analizar sus características y si mediante su ejercicio puede afirmarse la juridicidad o no de un derecho de resistencia.

La soberanía es un concepto complejo y dinámico por su carácter histórico. La amplitud de su contenido puede abarcar un espectro de saberes que abarca desde definiciones políticas, históricas, sociológicas, filosóficas, de las relaciones internacionales o jurídicas. Además, analizarlo en perspectiva diacrónica plantea un ejercicio complicado al momento de establecer su origen y definición o elegir el corte temporal en el que pretende analizarse.¹¹⁴

Aunque sus antecedentes se encuentran en las formaciones políticas de la Antigüedad, la soberanía es un concepto que se desarrolla en la Modernidad política, donde la noción de poder, mando, independencia, organización política y Estado van

¹¹² Aurora Arnaiz, *Soberanía y potestad (de la soberanía del pueblo; de la potestad del estado)*, segunda edición, Miguel Ángel Porrúa, México, 1981, pp. 22-23, 98.

¹¹³ Aurora Arnaiz, *El estado y sus fundamentos institucionales*, Trillas, México, 1995, p. 142.

¹¹⁴ Para estudios sobre la historia de la soberanía *cfr. inter alia*: Enrique Madrazo Rivas, *La soberanía. La evolución del concepto hacia una perspectiva internacional*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010; Hermann Heller, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica (coedición), México, 1995 y Arnaiz Amigo, *Soberanía y potestad (de la soberanía del pueblo...)*, *op. cit.*

conformándose en un proceso de larga duración en el que interactuaran diversos actores –entre ellos el Estado, cuando llega a formarse como tal– que irán reclamando su titularidad, así como las matrices de pensamiento secular y religiosa sobre el poder, sus límites y fundamentos. Al mismo tiempo, la discusión irá definiendo características constitutivas de lo que se considera el poder soberano.

Una perspectiva diacrónica sobre la conformación de la soberanía se caracteriza por: a) los actores que ejercen poder político; b) el aspecto relacional que existen entre estos actores al interior de lo que se conocerá como Estados nacionales (aunque en este momento histórico no existan como tales) y al exterior de estas formaciones; c) la disputa entre el poder secular y el poder de la Iglesia, y d) la disputa entre los entes a los que se concede su titularidad. Todo ello dará un contenido específico y caracterizará a la soberanía.

Al interior de un territorio –en las formaciones políticas pre estatales– fue necesario definir las relaciones de mando entre los distintos poderes que convergían en una jurisdicción. El establecimiento de una autoridad suprema que prevalece frente a los individuos y grupos que lo conforman, pero que se vinculan relacionalmente mediante la *potestas* de la autoridad, fue el origen de la “soberanía interna”. Esta caracterización de la soberanía en la que un poder es superior a los demás con el objeto de lograr determinados fines colectivos mediante una organización y el mantenimiento al interior de ese espacio territorial de un orden, será el fundamento político del Estado moderno.

Por su parte, la “soberanía externa” que es el antecedente de las relaciones internacionales, descansa en la noción de independencia desde una perspectiva intraestatal como expresión de dominio e imperio. Esta se desarrolló por las dificultades que resultaban de la intervención y control territorial, particularmente por conflictos bélicos referidos a invasiones y conquista, pero también en un proceso paralelo en términos de ejercicio de potestad por parte del Papado para intervenir territorios y ejercer jurisdicción sobre ellos. De esta forma “en el ámbito internacional la soberanía equivale al derecho de independencia de los Estado frente a cualquier

otro poder ajeno”.¹¹⁵ En esta vertiente la soberanía es una condición de independencia y autodeterminación, una *potestas* que se relaciona en nivel de paridad con otras del mismo rango.

Esta condición trascendió al Estado moderno y al marco de relaciones internacionales. Para Hans Kelsen esta dimensión externa de relación más que soberanía del Estado debiera considerarse la “relación inmediata del Estado con el derecho internacional”, en la que el orden jurídico de los Estados nacionales queda supeditado al derecho internacional.¹¹⁶ El hecho de desplazar el contenido político de la soberanía como poder político y llevarlo al campo del orden jurídico universal, aunado a un supuesto agotamiento del Estado en el marco de la globalización, ha conducido a sostener el agotamiento de la noción de la soberanía desde finales del siglo XX. Más todavía, sus versiones nacional o popular son consideradas por ciertas corrientes de la ciencia jurídica y de las relaciones internacionales como expresiones anacrónicas.

Sin embargo, en su sentido prístino la soberanía surge como una cuestión de poder (territorial, temporal y espiritual), de resolución de la interacción entre distintas entidades (interestatal) y con relación al exterior (supraestatal). Asimismo, surge por la necesidad de organización el mando al interior de una comunidad política. Un poder que representa la *summa potestas* con un carácter supremo por lo que no está limitado por las leyes. Un poder permanente, indivisible, supremo y originario.

Al dinamizarse y organizarse las relaciones de poder “tuvo que aparecer una unidad política personal de *summa potestas* que exigió la retirada de los poderes políticos privados de la época: clero, ciudades y fueros civiles, eclesiásticos, económicos, militares, etcétera.”¹¹⁷ Por ello, “el monarca absoluto, primer titular, en el tiempo, de la soberanía fue el antecedente inmediato del Estado moderno”, de esa forma, organizar y centralizar el poder tuvo un sentido práctico que permitió establecer jurisdicción y un sistema de control centralizado.¹¹⁸

¹¹⁵ Aurora Arnaiz, *Soberanía y potestad (volumen 1 de la soberanía del pueblo)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971, p. 145.

¹¹⁶ Leticia Vita, “Soberanía y derecho internacional en el pensamiento jurídico de Weimar”, *EJIL - EAFIT Journal of International Law*, volumen 3, número 1, Universidad EAFIT, 2012, p. 12.

¹¹⁷ Aurora Arnaiz, *Soberanía y potestad (de la soberanía del pueblo...)*, *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁸ *Ídem*.

Después del fundamento y de la caracterización del poder soberano, la segunda gran disputa política a nivel práctico –en términos de las relaciones de poder que resolvía– fue la desarrollada entre el Renacimiento y la Modernidad que se expresa en construcciones argumentativas filosóficas, políticas y jurídicas sobre la titularidad de la soberanía. Consecuentemente, estos planteamientos sobre el sujeto político titular de la soberanía tendrán respuestas de diversa índole: el pueblo, la Nación o el Estado como entidades titulares de la soberanía, responden a momentos históricos con un contenido ideológico y una finalidad política específica. Ninguna de estas corrientes alcanza un consenso absoluto: la tensión entre los distintos poderes hará que teorías, fundamentaciones y tradiciones de pensamiento interactúen de manera constante, a veces convergiendo, superponiendo conceptos y argumentos o bien disputándolos abiertamente.

Según Aurora Arnaiz, Jean Bodin condensa algunos de los debates en su obra *Los Seis Libros de la República*, en una antesala de lo que se considerará la Modernidad política. La propuesta de Bodin no está exenta de condicionamiento y objetivos políticos. Sus planteamientos sobre el poder soberano favorecen y legitiman al monarca de Francia, Enrique II (1551-1589), de quien es consejero. Sus aportes tampoco escapan a las contradicciones: desde una concepción personal del poder funde las nociones de soberanía como poder supremo con el de soberanía personal del monarca gobernante. En este autor se encuentran los fundamentos de la soberanía estatal, al afirmar la supremacía de un poder superior y absoluto limitado por el derecho, en ese caso natural.

Por otra parte, una vertiente de pensamiento cristiano, dentro de la que destaca el protestantismo, desarrolla con sus propios objetivos políticos una línea de pensamiento sobre el fundamento y los límites del poder temporal que plantea oposición a la titularidad soberana del sistema unipersonal monárquico –con su versión extrema en el tiranicidio–, terminará por decantar en una propuesta de justificación contractualista, y será la vertiente de la que emerja la construcción de un Estado como sujeto soberano pero con tolerancia a la libertad religiosa protestante como el caso de Inglaterra, y en otros casos como el de Francia, decantará en una

vertiente más secular al asumir al pueblo o a la Nación como titulares del poder soberano en oposición al absolutismo y sus fundamentos teocráticos.¹¹⁹

Finalmente, una línea que favoreció políticamente al Papado en la disputa contra la monarquía y que mantuvo desde el derecho natural las propuestas sobre el fundamento de un poder soberano superior, tendrá mayor peso en los Estados con influencia de Roma y mantendrá una defensa de la titularidad de la soberanía en la Nación, que será también el caso de una línea conservadora al interior de Francia, particularmente en el periodo de la Revolución Francesa en la que la disputa se centró entre la nociones de soberanía popular y soberanía nacional.

El desarrollo de la soberanía es analizada por Francis Harry Hinsley a partir de una división por etapas ligadas a los sistemas de poder. Para el autor “el concepto se formuló cuando las circunstancias pusieron de relieve la interdependencia entre la sociedad política y el fenómeno concreto de su gobierno”.¹²⁰ Desde una perspectiva de su utilidad práctica establece su historicidad al afirmar que “el origen y la historia del concepto de soberanía se hallan estrechamente vinculados a la naturaleza, origen e historia del Estado”.¹²¹ Así, la soberanía sería una expresión ligada al fenómeno del poder constituido y organizado en el Estado, vinculando siempre a una comunidad política y al establecimiento en ésta de la organización e institucionalización del poder mediante esta facultad decisoria.

Por su parte, Mario de la Cueva destaca que la evolución histórica del concepto obedece a por lo menos dos procesos que lo irán influenciando y sin los cuales no es posible lograr una comprensión completa de la soberanía. Por una parte, la discusión doctrinal en el *campo normativo* en la que “el dilema se planteó entre la soberanía del orden jurídico creado por dios o la soberanía del derecho creado por los hombres”, mientras que en el *campo político* la disputa fue múltiple entre la “soberanía del poder espiritual en todos los aspectos de la vida humana y social o

¹¹⁹ El pensamiento católico expresa esta contradicción presente hasta nuestros días. Por una parte ha sido fundamento de una línea progresista de soberanía popular y de resistencia a la autoridad, por otro lado, el desarrollo filosófico de una visión conservadora de obediencia pasiva y de derecho natural condujo a ser una de las matrices más conservadoras de soberanía nacional.

¹²⁰ Francis Harry Hinsley, *El concepto de soberanía*, título original: *Sovereignty*, Fernando Morera y Ángel Alandi (traducción), Editorial Labor. S.A., Barcelona, 1972, p. 10.

¹²¹ *Idem*, posteriormente el autor abunda en la relación que tiene con nociones como poder, gobierno, imperio, país, Rey y Estado.

soberanía del poder temporal sobre todos los asuntos sociales; soberanía del emperador o soberanía de los pueblos y de los reyes (...) soberanía de los reyes o soberanía de los señores feudales.”¹²²

De esta forma, la constitución de la noción de soberanía, tanto en su dimensión más doctrinal o teórica como en su dimensión práctica en tanto elemento de justificación del poder, es un fenómeno multifactorial que además está condicionado por la época, el lugar y los actores que se pretendan analizar.

En este sentido, Hinsley analiza la antigüedad en Grecia y la ausencia de una noción propia de soberanía en la Polis. Por su parte, Mario de la Cueva destaca que los griegos llevaron a cabo luchas por la defensa territorial frente a otras comunidades y a nivel interno desarrollaron la noción de *autarquía* la cual “lleva consigo la idea de independencia”. Asimismo, que Aristóteles al exponer las formas de gobierno “adoptó como criterio la titularidad del *poder supremo*, esto es, la determinación de las personas que constituían la *magistratura suprema de todas*”.¹²³ Con ello concluye que si bien el concepto de soberanía “no fue un objeto de una consideración y de un análisis minuciosos por parte de los pensadores griegos, lo cierto es que los hechos precedieron a la idea y su elaboración doctrinal”.¹²⁴

Hinsley destaca en la Roma clásica un primer esbozo de la soberanía mediante la noción de *imperium*, que era la máxima expresión de la potestad política concedida a los magistrados, misma que se vinculaba a los asuntos de la *res publica*.¹²⁵ Sin embargo, aunque Roma ejerció un poder político y un control territorial y militar sin precedente, no desarrolló propiamente una noción de soberanía o equivalente a ella. Para Moreno García “el poder de Roma no se sintió nunca amenazado por otras fuerzas que no fueran las emanadas de su propio poder.” En consecuencia, “no tuvo necesidad de establecer para su pervivencia otros

¹²² Mario de la Cueva, “Estudio preliminar” en: Hermann Heller, *La soberanía...*, *op. cit.*, p. 9.

¹²³ *Ibidem.*, p. 8, (cursivas en el original).

¹²⁴ *Ídem.*

¹²⁵ “*Imperium* era la autoridad soberana, originaria, unitaria, ilimitada y absoluta, que se podía ejercer dentro de los límites de la ciudad, (*imperium domi*) o fuera de ella (*imperium militae*)” Cfr. Rafael Bernard Mainar, *Derecho romano: curso de derecho privado romano*, segunda edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006. p. 67.

mecanismos de defensa del poder, que los generados por él mismo, a manera de contrapesos, para su propia autodefensa”.¹²⁶

Por su parte, George Jellinek señala que la falta de “oposición del poder del Estado a otros poderes” es la razón histórica por la que no se desarrolla en las sociedades de la antigüedad la conformación de una noción de soberanía.¹²⁷ En esta época se encuentra, en forma incipiente, el proceso histórico de la determinación del poder y su reflexión mediante la creación de categorías que relacionarán y desarrollarán las diversas manifestaciones del poder, particularmente del político, y de los actores sociales que se agrupan con una determinación y una identidad colectiva conformando las primeras agrupaciones de carácter nacional.

Con el advenimiento de la Edad Media, emergieron las entidades que detentaban poder y disputaban su hegemonía. A las formaciones políticas anteriores con un carácter protonacional como la griega y la romana, se sumaron otros actores: el poder de la Iglesia encarnado en el Papado, los señores feudales y otras corporaciones en un proceso de larga duración caracterizado por la tensión que oscilaba no sólo en la fuente del poder y su naturaleza, sino en la capacidad militar y dimensión geográfica ligada al control territorial de cada entidad.

Durante la Baja Edad Media la teoría de la comunidad cristiana universal fue el fundamento filosófico, teológico y jurídico de las formaciones políticas. El pensamiento político medieval influenciado de manera profunda por la visión cristiana de la historia orbitó sobre la idea de la comunidad instituida por Dios, con un carácter universal. La formulación teórica de la sociedad medieval tiene su desarrollo en teorías iusnaturalistas con un profundo contenido teocrático. Consecuentemente, la fundamentación del poder en el absolutismo del Papado será una constante en la época que alcanzará su concreción en la teoría de las dos espadas, según la cual, el

¹²⁶ Sinforiano Moreno García, *Concepción y Concepto de Soberanía. Particular referencia al Artículo 1.2 de la Constitución Española de 1978* (tesis doctoral), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, España, 2006, (en línea), disponible en: [<http://www.soberania.es/Subpaginas/TESIS/PDF/SOBERANIA%20-%20TESIS%20DOCTORAL.pdf>], p. 79. Para este autor la teoría del gobierno mixto de Polibio es la expresión teórica e histórica de los contrapesos al interior de la República Romana, conformada por los tres tipos de gobierno: real, aristocrático y democrático.

¹²⁷ George Jellinek, *Teoría General del Estado*, (traducción y prólogo de la segunda edición alemana de Fernando de los Ríos Urruti), segunda edición, Compañía Editorial Continental S.A., México, 1958, p. 359.

Papa por designio divino, era el poseedor de los dos poderes: temporal y espiritual.¹²⁸

Esta tensión entre poder secular y espiritual y entre poder supraestatal e infraestatal –por definirlo en términos de Estado–, se dará desde la baja Edad Media hasta los siglos XIV y XV, en los que se irá conformando, con mayor o menor grado dependiendo de su ubicación espacial, la noción de corporación social y una incipiente conciencia monárquico-estatal en diversos reinos europeos.

Un elemento de la génesis en la construcción conceptual de la soberanía y de quién detenta su titularidad remite a las luchas entre el Papado y el Imperio que disputan la fuente, naturaleza y alcance de sus respectivos potestades, que se materializaban en el control y poder originario judicial y legislativo con jurisdicción sobre el conjunto de la *res publica christiana*. Esta disputa pretendía resolver quien poseía el máximo poder jurídico y político y detentaba la *auctoritas* y la *potestas* sobre la comunidad cristiana universal.¹²⁹

En este marco, en el año 1075 el Papa Gregorio VII desarrolla en el “*Dictatus Papae*” la tesis de la “*plenitudo potestatis*” en el que afirma, entre otras cosas, que el Papa es el *señor supremo del mundo*, por encima de otros representantes del poderes como los reyes y desde luego el Emperador. El poder del Papa procedía según esta construcción política, de emular la omnipotencia de Dios llamada “*suprema et absoluta potestas*”.

Asimismo, la Bula *Unam sanctam* de Bonifacio VIII del año 1302 profundiza en la radicalización de la supremacía espiritual y temporal del Papado al condicionar la salvación de la cristiandad a la sujeción del Papa. Las corrientes que daban primacía al poder del Papa se desarrollaron desde la filosofía y el derecho canónico la justificación del poder de excomunión a los príncipes *ratione peccati*, así como la facultad de la desobediencia por un comportamiento injusto.

¹²⁸ La doctrina de Gelasio está influida por la distinción que San Agustín desarrolla en de *Civite Dei*, entre la ciudad terrenal a cargo de un poder temporal y la ciudad divina a cargo de un poder espiritual, así como en la distinción formulada en el Derecho romano entre *auctoritas* (autoridad) y *potestas* (potestad).

¹²⁹ La disputa no fue una evolución unilineal, por el contrario estuvo llena de retrocesos y avances de los poderes en disputa. Por ejemplo, el proyecto de Enrique VI, sobre el *dominium mundi* mediante la asociación de distintos reinos al Imperio o la propia crisis orgánica del Papado con el sisma de Occidente en el siglo XIV, dan cuenta de cómo el concepto de soberanía tuvo un grado de adaptación a las circunstancias políticas imperantes.

La cultura jurídica del Medioevo irá definiendo algunos rasgos comunes al concepto de soberanía, particularmente el de poder supremo y absoluto. De forma paralela, la disputa política irá decantándose a favor de los reyes o príncipes en detrimento del Papado. Así, con la llegada del Renacimiento convergerán algunos de los debates en los que los príncipes como entes soberanos estarán sujetos a nociones del derecho natural como elemento de fundamentación pero también de limitación, por el que su potestad será justificada siempre que dicho ejercicio sea considerado justo y acorde al derecho natural.

Otro elemento convergente en el surgimiento de la soberanía, además del enfrentamiento entre las distintas entidades que se disputan la suprema potestad, es la necesidad de explicar y dar sentido, en un plano de mayor profundidad de pertenencia, a las diferentes comunidades y las relaciones de mando en su interior, conformando entidades de poder en grupos humanos asociados por un sentido de pertenencia.

En este sentido, en la Edad Media la noción de “corporación” como “cuerpo místico” fue un elemento que dio sentido a las asociaciones en la medida en que las monarquías y los feudos mantuvieron esa impronta corporativa. Definidas por el carácter orgánico, las sociedades de esta época mantuvieron cohesión bajo el metarrelato cristiano en el que el orden universal creado por Dios y para Dios dotaba de un sentido “natural” a las organizaciones humanas. De esta forma, el *cuerpo social* era entendido como totalidad, ya que éste “cuerpo prevalece sobre cualquier determinación específica de sus órganos”.¹³⁰

Hacia el interior de las agrupaciones nacionales y desde esta visión natural, los distintos órganos del cuerpo contribuían articuladamente desde su esfera, al fin común. Ello generó sociedades con una conexión simbólica y una articulación entendida como “natural” para lograr el *ordo universalis* del cristianismo. Aunque existía un orden natural y universal que vinculaba con el exterior, a nivel interno surgió la necesidad de justificar la legitimidad del mando. Esto derivado de los múltiples niveles de disputa entre el Emperador y los monarcas y entre éstos y los

¹³⁰ David Jorge Domínguez González, “La antesala del “Leviatán” las maneras de la integración política en la época prerrevolucionaria”, *Bajo palabra. Revista de filosofía*, Universidad Autónoma de Madrid, número 2, año 2007, p. 60.

señores feudales; es decir, entre las distintas cabezas del cuerpo social medieval se requería la definición de un poder que prevaleciera sobre los otros.

El sujeto soberano y su facultad, en su versión espiritual o temporal, o en su dimensión intraestatal, no fue entendido como un hecho social generado por la decisión política de una comunidad, sino como un poder derivado de la divinidad. Nutriéndose de las doctrinas de Platón y Aristóteles y de la reformulación del derecho romano, la cultura jurídica medieval concebía al soberano como una entidad fundamentada en el orden “natural”. Consecuentemente, su poder debía estar en armonía con el orden divino.

Sin embargo, aún en su paradigma natural, el deber de observancia que el ente soberano (con independencia de quién fuera considerado como tal), debía al orden natural, propicia que al tiempo que se justifica su poder como derivado del orden universal, este mismo orden comience a entenderse como el *límite* a dicha potestad. Así, comienzan a surgir la noción de *resistencia* al soberano en caso de que este incurriera en tiranía, entendida como trasgresión al orden natural.

Posteriormente, estos órganos de poder con pretensiones de potestad y mando supremo local y universal asisten a un cambio paulatino que se enmarca en la secularización de las explicaciones sobre el orden del mundo y del poder. La ficción simbólica del orden natural irá enfrentando un cuestionamiento a sus paradigmas, lo que tendrá como consecuencia la reconfiguración y resignificación del imaginario político de la Edad Media al transitar de sociedades profundamente estamentales explicadas en un orden natural, hacia fundamentaciones en las que los sujetos políticos (Papa, Príncipe, Rey, señores feudales, el Pueblo o la Nación) determinan *crear* un orden social y pactar de *manera artificial* la asociación mediante la suma de acuerdos de estos grupos.

En este proceso de ruptura con los paradigmas establecidos será el factor contractual –o al menos su justificación–, lo que dará sentido a las formaciones políticas. En esta transición ya no sólo se busca explicar y justificar el poder, sino establecer límites y determinar competencias y mecanismos jurídicos de validación de la potestad, dando lugar a un proceso que culminará con la Modernidad política y su creación por excelencia: el Estado.

El tránsito de las antiguas formaciones políticas al Estado moderno se propicia por la disputa entre distintas fuerzas y actores que condujo a la necesidad de afirmar la existencia de una entidad superior que mediara y organizara las diversas expresiones de poder, conformando un discurso fundacional que justificara su existencia, al tiempo que obtenía mediante estas construcciones, su legitimación.

En esta tensión entre poderes surgirá la noción de Estado y el desarrollo teórico de la soberanía, la que representó, según García Marín “el punto de llegada de un largo y áspero camino que rey y juristas cortesanos habían recorrido para lograr la deseada *plenitudo potestatis* de aquél a todos los efectos y como una realidad incuestionable.”¹³¹ Esta potestad será definida como aquella que no sólo no depende de ninguna otra, sino además, no admite la concurrencia de alguna otra, siendo suprema y por tanto la fuente legítima en la estructura de poder y de la determinación de las relaciones de mando.

De esta forma, la noción de soberanía llega a alcanzar hacia el ocaso de la Edad Media una difusión continental en Europa y una suerte de consenso respecto a la independencia del Estado particular (dimensión externa) y la existencia al interior de éste de un poder supremo (dimensión interna) como fundamento del orden político y del sistema jurídico. Mario de la Cueva distingue en la soberanía estas dos niveles o dimensiones, la externa referida a la “independencia delante de los poderes humanos distintos del pueblo o de su rey” y la interna relativa a la “unidad del poder público que se ejerce sobre los hombres en el interior del reino”.¹³² Aunque en su visión se mantiene el carácter monárquico, será Jean Bodin quien inicia la transición al paradigma moderno de la soberanía como poder político supremo. Para este autor la soberanía es “el poder absoluto y perpetuo de una república.”¹³³

Como corolario de este largo proceso histórico y de la adecuación de las explicaciones políticas sobre el poder surgirán junto a la noción de soberanía los fundamentos de las distintas vertientes que habrán de darle contenido al Estado y a

¹³¹ José María García Marín, “La doctrina de la soberanía del Monarca”, *Revista Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derechos público e historia constitucional*, 1/1998, Universidad de Oviedo, España, p. 20.

¹³² Mario de la Cueva, “Estudio preliminar”, *op. cit.*, p. 9.

¹³³ Jean Bodin, *Los seis Libros de la República*, (selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala), tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 47.

las instituciones de poder conforme avanza la Modernidad. Al secularizar las explicaciones sobre la soberanía, el programa de la Modernidad llevará la discusión al campo secular, logrando su emancipación definitiva de los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos de corte religioso. De esta forma la soberanía representa la articulación teórica de las atribuciones del poder en una formulación político-jurídica, construida históricamente con diversas vertientes.

La importancia histórica de la soberanía reside, según Hinsley, en que fue necesaria para apoyar “las formas de legitimación y de responsabilidad (...) [y] fundamentar las nuevas versiones de estos medios por los que el poder se convierte en autoridad.” Así, la soberanía se desdobra en dos funciones: por una parte se emplea para “reforzar las reivindicaciones del poder” y para establecer “los procedimientos por los que el poder político puede ser llamado a cuentas”.¹³⁴ Es decir, del concepto de soberanía surge la base conceptual de fundamentación y legitimación del ejercicio del poder político y también la de su control y limitación.

En la Modernidad, la discusión sobre los *límites* del poder soberano se dará entre las concepciones de soberanía absoluta y soberanía limitada, mientras que en términos de su *titularidad* se disputará entre la de soberanía popular, la soberanía estatal y la soberanía nacional.

El debate relacionado al sujeto y titularidad de la soberanía abarca el campo de la teoría política y constitucional, pero además tiene implicaciones prácticas de orden concreto. Esta problematización radica en determinar quién es el soberano. Pueblo, Nación y Estado son las tres variables que en el marco de la Modernidad política y de la conformación del Estado-nación responden a esta interrogante. Atendiendo a un criterio socio-institucional, pueblo y Nación o Estado son los dos grandes referentes sobre la titularidad de la soberanía.¹³⁵

¹³⁴ Francis Harry Hinsley, *El concepto de soberanía...*, op. cit., pp. 28-29.

¹³⁵ El debate alcanza el orden filosófico. Si bien pueblo, Nación y Estado son abstracciones en esencia y categorías ficcionales necesarias para el Derecho, en términos de política práctica existe una diferencia entre apelar al pueblo como soberano que señalar al Estado o a la Nación como entes soberanos, en la medida en que al asumir al pueblo es posible identificar al conjunto de población que conformaría una comunidad políticamente organizada. Qué es pueblo, quién lo integra, o cuánta población se requiere para entender como soberana una decisión son cuestiones que desbordan el propósito del presente trabajo pero que implican importantes debates dentro de la filosofía política.

Finalmente, con el desarrollo de las relaciones internacionales entre el siglo XIX y particularmente durante el siglo XX surgió la necesidad práctica de entender y ubicar la soberanía en el marco de las relaciones entre los Estados. Con ello se hace explícita la división entre la soberanía interna referida al interior del Estado y la soberanía externa. Según Adhémar Esmein “la soberanía tiene dos facetas: la soberanía interior o el derecho de mandar a todos los ciudadanos (...) y la soberanía exterior o el derecho de representar a la nación y de obligarla en sus relaciones con las demás naciones”.¹³⁶

Dentro del vasto debate relativo al ente titular de la soberanía, la posición que se asuma, incluso a nivel abstracto y teórico, no puede escindirse de una determinación política. Como ya se ha anticipado, enunciar la carga de subjetividad personal y las mediaciones que tiene un objeto de la realidad, deben ser condiciones previas para una ciencia y un conocimiento que al mismo tiempo mantenga su sistematicidad, rigor analítico y congruencia argumentativa.

En este sentido, la propuesta que sostenemos es la de afirmar jurídicamente que el pueblo es la entidad y sujeto político que detenta la titularidad de la soberanía. Los argumentos jurídicos, constitucionales y políticos con los que se postula este argumento, asumen una posición frente al poder, la política, el Estado y el Derecho desde una vertiente crítica que busca explicitar los fenómenos sociales como hechos históricos y reflejo de las relaciones sociales y que entiende el contenido político del campo jurídico.

¹³⁶ Adhémar Esmein y Henry Nezard, *Elements de droit constitutionnel français et compare*, citado en: Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 25.

CAPITULO SEGUNDO SOBERANÍA POPULAR, ESTADO Y DERECHO

“Se tiene poder porque se es soberano, pero no se es soberano porque se tiene poder.”¹³⁷

Manuel Martínez del Pedroso.

1.- Soberanía popular como poder de la comunidad política.

La soberanía es poder. Su determinación, explicación, fundamento y límites siempre están relacionados al poder, o al conjunto de poderes, y en la Modernidad se encuentra vinculada específicamente al poder político por encima de cualquier otro de carácter privado. El concepto de *poder político* conforma el eje articulador del ejercicio de la capacidad soberana, remite al campo del dominio y a la capacidad de realizar proyectos sociales. Se vincula además, al Estado y su aparato como entidad que posibilita ordenar –por su capacidad de condensar– las relaciones de dominación.

a) Soberanía y poder político.

En la Modernidad el poder político es “un *medio para crear, preservar o modificar un orden de cosas* y para mantener cohesionada a la sociedad”.¹³⁸ De esta forma se vincula a las relaciones de mando y obediencia. El poder político es la racionalización de las relaciones de mando orientadas a un proyecto social, siendo las definiciones de la comunidad política su elemento de legitimidad. Para propósito de su materialización requiere de la estructura jurídica y de la organización en el Estado que operan como medios de realización. Por ello “el poder político por antonomasia es el poder soberano”, el poder *superiorem non recognoscens*” un poder legítimo y de creación de derecho como expresión de proyecto social.¹³⁹

¹³⁷ Citado en: Aurora Arnaiz, *Soberanía y potestad (de la soberanía del pueblo...)*, op. cit., p. 28.

¹³⁸ Luis R. Oro Tapia, *Max Weber: la política y los políticos. Una mirada desde la periferia*, RIL Editores, Santiago de Chile, 2010, p. 94.

¹³⁹ VV. AA., *Léxico de la política*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y Fondo de Cultura Económica (coedición), México, 2000, p. 550.

La soberanía no es cualquier poder sino un “poder superior, autónomo e independiente que reúne en sus manos el derecho a decidir sobre las cuestiones políticas fundamentales”.¹⁴⁰ En la soberanía característica de la Modernidad política y de su invención suprema el Estado, derecho y política se imbrican para afirmar el carácter supremo de un poder de mando. Su importancia reside en que tanto el orden jurídico y Estado encuentran su fundamento en la soberanía en la medida en que la autoridad suprema de los poderes públicos descansa en ella.

b) El sujeto soberano: Estado Pueblo y Nación.

Desde la conformación del Estado moderno el proceso de definición sobre la titularidad de la soberanía tuvo una evolución dinámica: desde su formulación antropológica en oposición a la fundamentación teológica, y socio-contractual en oposición a la concepción natural de la historia, el debate se centró en el sujeto titular del poder supremo en una comunidad política. En esta disputa convergen desde distintas concepciones y enfoques el Estado, la Nación y el Pueblo como los sujetos soberanos. Por ello es fundamental comprender los procesos de evolución de estas entidades para establecer a cuál de ellas le corresponde el poder soberano.

Contrario a lo sostenido por corrientes formalistas el Estado no es una entidad jurídico-política dotada de personalidad propia. La fenomenología estatal no puede entenderse como la de un organismo natural, independiente, neutral, fuera de la sociedad y consecuentemente, desprovisto de historicidad. Por el contrario, el Estado es producto humano, específicamente de las relaciones sociales en un momento histórico concreto y de la forma en que una sociedad activamente define la organización del poder político. El fenómeno estatal debe referirse además a la dimensión territorial, aquel espacio geográfico en el que se despliega el Estado, a la condición temporal en la que existe, y a la dimensión funcional representada en los objetivos que busca alcanzar con su existencia.

¹⁴⁰ Antonella Attili, “Derecho y poder en la crisis de la soberanía”, *Theoría: Revista del Colegio de Filosofía*, número 7, diciembre de 1998, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 29.

Algunos autores como Adhémar Esmein reconocen la despersonalización del Estado, sin embargo, presuponen que en esta entidad debe radicar la titularidad de la soberanía, porque debido a su naturaleza ésta debe ser “ejercida en su nombre por personas físicas, una o varias, que quieran y obren por él”. Para este autor, entre el ente soberano y quienes ejercen la soberanía en su nombre, surge una dualidad en un proceso en que “es natural y necesario que la soberanía, al lado de su titular perpetuo y ficticio, tenga otro titular actual y activo”.¹⁴¹ Estas corrientes asumen que la soberanía es un “atributo del Estado” que se expresa en su potestad interior y en sus relaciones frente a otras entidades estatales, también constitutivamente soberanas.

Postular la soberanía del Estado e identificar al Estado con la soberanía o sostenerla como uno de sus elementos constitutivos implica una racionalidad e intencionalidad política, en la que, como afirma Carlos de Cabo “al momento teórico abstracto sigue el práctico concreto”.¹⁴² Con ello, no sólo la soberanía se esencializa al Estado sino se asiste a un proceso en que el Estado se encuentra por encima de la sociedad misma y sus decisiones.

El concepto de Estado es fundamentalmente político y referido al poder, con independencia de las visiones contractuales o pactistas, o materialistas de dominación. En ambos casos representa un *medio* pero no un *fin*, por el que se busca regular las relaciones de mando, o las de obediencia en las corrientes materialistas de dominación. En este sentido, y sin profundizar en dichas corrientes, es posible afirmar que el Estado (o mejor dicho el aparato de Estado) es una entidad política referida al poder y las relaciones de dominación, al mando legítimo y a la administración de lo público, establecida con estos propósitos por una comunidad política.¹⁴³ El Estado es entonces “esa parte del *cuerpo político* cuyo objetivo específico es mantener el orden público y administrar los asuntos públicos.”¹⁴⁴

¹⁴¹ Adhémar Esmein y Henry Nezard, *Elements de droit constituinnel francais... op. cit.*, citado en: Sergio Galaz Ulloa, *Derecho constitucional e instituciones públicas*, Universidad de Concepción, Chile, p. 191.

¹⁴² Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso... op. cit.*, p. 26.

¹⁴³ En este sentido y para efectos del análisis en todas las referencias sobre “Estado” se alude a lo que se define como “aparato del Estado”, sin soslayar sus especificidades y diferencias. Mientras Estado remite a la entidad que condensa las relaciones sociales, aparato de Estado implica el conjunto de instituciones, ordenamiento jurídico y personas que se conforman para lograr los fines de

Por su parte, la Nación, aunque posee una connotación política, es un concepto cultural e identitario que no se agota en el campo político y de la explicación y fundamentación del poder, el mando y las instituciones. La Nación se refiere a un grupo social integrado culturalmente mediante una experiencia histórica compartida. Una comunidad construida (imaginada en términos de Benedict Anderson) por un grupo de individuos que la identifica y distingue de otros grupos humanos. La Nación es una entidad social que se caracteriza por ser “proceso y cultura [en sentido amplio]”.¹⁴⁵

La Nación es una formación histórica que remite al campo de la cultura, a la tradición, la lengua, la religión, el territorio habitado y la historia en común. En el momento en que se acentúa la dimensión política y jurídica de una sociedad es cuando se erige como un sujeto político y de forma consecuente, se le confieren características similares a las del Estado, incluso, como parte del relato fundacional se afirma que las Naciones devinieron y se conformaron en Estados, pero que los Estados por sí mismos no constituyen naciones.

Por su parte, el Pueblo como ente social y político, es un concepto referido intrínsecamente al poder institucionalizado, a las relaciones de mando y a la organización en términos políticos de una comunidad. El pueblo es esa entidad que habita en un territorio y se organiza para vivir en sociedad conformando un sistema de autoridad y poder legítimo. El pueblo emerge y adquiere un estatus político en la Revolución Francesa en un proceso de larga data en el que transita de una entidad pasiva que compone el Estado a un actor con una calidad específica como sujeto político de derecho.

un proyecto sociopolítico. Como argumenta Jaime Osorio, la distinción no es menor ni en términos analíticos y de conocimiento, ni en términos ideológicos o de proyecto político: “Estado y aparato de Estado conforman una unidad diferenciada. Entre ellos existe un hiato teórico que remite a distintos niveles de análisis y concreción, y a que la forma Estado y la forma aparato dan cuenta, cada una, de aspectos específicos de las relaciones de dominio y de las bases para la construcción de comunidad por parte del capital. Jaime Osorio, “El hiato entre Estado y aparato: capital, poder y comunidad”, *Argumentos* (nueva época), volumen 23, número 64, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2010, p. 64.

¹⁴⁴ “Corpo Político cuxo peculiar obxecto é manter a orde pública e administrar os asuntos públicos”: Manuel Fondevila Marón, “Pobo, Estado, Nación” en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 15, Universidade da Coruña, 2001, p. 208.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 216.

Desde ese momento histórico el pueblo se va significando como un sujeto constituido bajo las nociones de igualdad y libertad que caracterizaron el clima político de la época, así como de un incipiente concepto de ciudadanía. El pueblo es esa población actuado política y organizadamente para las cuestiones públicas. Puede tener un pasado común (Nación) y constituir una organización política (Estado), pero además, su determinación activa en el campo de las relaciones de poder implica la acción colectiva sobre los asuntos públicos, cuya característica en el terreno de lo político es la de detentar el poder soberano.¹⁴⁶

Desde el Derecho, el soberano es aquel ente que produce la estructura de organización política (poder político constituido) y el mando originario. Por ello, en nuestra concepción el Estado es la unidad definida en función de un territorio, una población, un orden jurídico y un poder político institucionalizado; la Nación es el concepto que da fundamento a la identidad colectiva teniendo como eje articulador a la cultura, mientras que el pueblo es el sujeto político titular de la soberanía, que ejerce su acción en el campo político, y que mediante el acto soberano establece el poder de mando como autoridad delegada, institucionalizada y legítimamente aceptada.

Este argumento tiene como supuesto la despersonalización del Estado para entenderlo como un medio que conjuga órganos, instituciones y personal (aparato de Estado) y cuyos objetivos son aquellos establecidos por la comunidad política que le confiere autoridad y mando para esos propósitos; así como entender a la Nación como el elemento integrador de la identidad cultural, siendo entonces el pueblo el sujeto que asume la titularidad de la soberanía. Nuestra posición considera que su titularidad radica en el pueblo y la legitimidad y la existencia misma del aparato de Estado, como expresión derivada de la soberanía, se mantiene únicamente si está al servicio de los objetivos plasmados en el mandato elaborado por el pueblo.

En síntesis, aunque los tres conceptos pueden ser abstractos como entidades, en términos de expresión conceptual de soberanía, ni el aparato de Estado como conjunto de instituciones y personas, ni la Nación como elemento cultural de identidad de la comunidad, pueden ser titulares de la soberanía. Jurídica y

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 215.

constitucionalmente, sólo el pueblo como *sujeto* político puede producir orden jurídico y Estado, que se establece como medio, pero no como un sujeto autónomo o una entidad primigeniamente soberana. Por ello en todo tiempo y circunstancia el “Estado es un órgano de la soberanía popular”.¹⁴⁷

Este planteamiento devela el origen histórico del Estado: tanto el Estado, como el pueblo son supuestos racionales. Desde esta dimensión es preciso clarificar que el Estado surge en esta dimensión abstracta como *medio* y no como un *fin*. Por lo tanto, es derivación del ejercicio del poder soberano y no su fundamento, ni menos aún su titular ya que su existencia es *ex profeso* de ejecutar un mandato, pero esta entidad es delegada y no generadora, y en consecuencia no posee un poder originario y supremo. De esta forma “la actuación del Estado es soberana cuando refleja la voluntad del pueblo”, lo que revela su carácter instrumental en la medida que “el Estado es la organización política de un pueblo.”¹⁴⁸

En esa línea de personalización del Estado se encuentran autores como Herman Heller para quien la soberanía estatal “significa que el Estado es una unidad territorial decisoria universal y efectiva, tanto en su interior como hacia el exterior.”¹⁴⁹ Para este autor, el Estado preexiste a la comunidad política, y lo dota de autonomía y existencia por sí mismo, siendo esta entidad “la que “cultivó y creo” la unidad “natural” del pueblo y la nación”.¹⁵⁰ Esta vertiente de una organicidad propia sin causalidad llega incluso a reconocer una personalidad autónoma al Estado.

Debajo del planteamiento en el que el Estado tiene una personalidad propia capaz de actuar por sí misma o ser un sujeto soberano, subyace la pretensión de anular al sujeto político que lo crea. Sin embargo, el Estado es la manifestación colectiva de la voluntad de una colectividad con fines determinados y elementos

¹⁴⁷ Aurora Arnaiz, *Soberanía y potestad (de la soberanía del pueblo...)*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴⁹ Hermann Heller, *La soberanía...*, *op. cit.*, p.225.

¹⁵⁰ Para el autor la preeminencia del Estado es tal que “la voluntad del Estado no es, ciertamente, en ningún caso un mero producto racional de la organización de la unidad de dominación del Estado, pero menos aún es una voluntad unitaria del pueblo que viniera a crear, con independencia de la organización de dominación del Estado, la esencia de lo estatal.” Hermann Heller, *Teoría del Estado*, segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 213.

axiológicos que como sujeto político es denominada pueblo. Histórica y racionalmente el pueblo es siempre “presupuesto del Estado”.¹⁵¹

Contra estas posturas organicistas y ahistóricas, se afirma que el aparato de Estado “carece de autodeterminación, auto-obligación y autolimitación”, ya que el Estado es producto de la organización política del pueblo, de ahí que nuestro planteamiento sostenga que éste es el titular de la soberanía y que en su ejercicio se dota de una estructura de organización y de un cuerpo político administrativo materializado en el Estado.¹⁵²

Por otra parte, también se toma distancia de las posiciones que asumen a la Nación como titular de la soberanía.¹⁵³ La soberanía nacional rompe con las visiones unipersonales de carácter monárquico y se desarrolló en la Francia revolucionaria en el contexto de la disputa entre los distintos estamentos y grupos emergentes, de ahí su caracterización colectiva en disputa con el clero o la nobleza que pretendían asumir la titularidad de la soberanía y la creación de esta formulación abstracta que posibilitaba cierta unidad entre los distintos proyectos políticos de los grupos en disputa.

Con elementos de corte contractualista, la corriente que asume a la Nación como titular de la soberanía, la entiende como un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común pero que mantiene un vínculo de continuidad histórica e identitaria que les da un sentido de pertenencia en la lengua, la religión, el territorio y como consecuencia de ello, en un sistema jurídico unitario. La unidad política deriva del interés común de protección de derechos y la voluntad de dotarse de un Estado para asegurar el correcto funcionamiento de los intereses individuales, particularmente la libertad y la propiedad.

Para esta corriente existe Estado en la medida en que preexiste una Nación. De esta forma, el poder soberano reside en “la nación misma, la colectividad

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁵² Aurora Arnaíz, *Soberanía y potestad, (de la soberanía del pueblo...)*, op. cit., p. 76.

¹⁵³ Algunos autores obvian la distinción conceptual. Para Ignacio Burgoa por ejemplo “Atendiendo a la equivalencia entre “nación” y “pueblo”, debe hablarse indistintamente de “soberanía nacional” y “soberanía popular”. Ignacio Burgoa, *Derecho Constitucional Mexicano*, decimonovena edición, Editorial Porrúa, México, 2007. p. 268.

unificada.”¹⁵⁴ Sin embargo, en esta línea de titularidad que rechaza al pueblo como sujeto político, subyace una posición reaccionaria que, para validar a la Nación, requiere que ésta sea una entidad con vida propia, distinta a la propia comunidad política. Para León Dugit:

“la nación es una persona investida de una conciencia y de una voluntad. Esta voluntad es soberana. Esta soberanía es ejercida por los gobernantes, en nombre y como representantes de la nación. Existe un Estado cuando esta voluntad soberana está representada por un gobierno. El Estado es soberano por definición, puesto que es la misma nación soberana organizada y representada políticamente”

La propuesta que defendemos coloca como titular de la soberanía al pueblo, entendiéndolo como una entidad histórica que llega a conformar un sujeto político. No soslayamos que el pueblo es a la vez realidad social y ficción jurídica, pero en términos de un modelo que sea congruente con la validación de la soberanía como acción política y que puede justificarse desde el campo jurídico y no sólo desde el político o el filosófico, es posible establecer que el pueblo como *sujeto* en momentos históricos concretos, es el ente político titular de la soberanía.

c) *Acto Constituyente y Poder Constituyente.*

Para la teoría constitucional no puede existir Constitución ni Estado si no existe un acto primigenio de creación originaria de una sociedad de un cuerpo político con Estado y orden jurídico. El acto fundacional del orden jurídico es el *acto constituyente* en el que el soberano erigido en Poder constituyente establece el sistema de poder político mediante la creación de la Constitución. El acto constituyente es para Emilio Boutmy el “hecho o hechos históricos de voluntad política, necesarios para la formación y estructuración [de una Constitución y] de un Estado”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ León Dugit, *Soberanía y Libertad*, (edición facsimilar de la edición de 1924), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2007, p. 96.

¹⁵⁵ Emile Boutmy, *Études de droit constitutionnel*, citado en: Carlos Sánchez Vimonet, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 563.

El desarrollo teórico sobre el acto constituyente se encuentra vinculado con el contractualismo. Así, el acto constituyente sería el mecanismo de establecimiento del contrato social, de la definición de la vida política, del establecimiento y fundación del Estado, de la delimitación de sus funciones y de sus atribuciones, del surgimiento de la Constitución como Norma Suprema, acuerdo de carácter político-jurídico de la comunidad política y base del ordenamiento jurídico estatal.

Desde nuestra óptica, en un modelo de explicación ideal el acto constituyente es el acontecimiento de génesis del Estado y de la Constitución, un momento histórico de decisión fundante y de institucionalización de la vida política mediante el ejercicio de la facultad decisoria en el que una comunidad o sociedad determina sus relaciones de mando y obediencia y conforma una estructura política y jurídica: un Cuerpo Político que se establece para la realización de los propósitos de la sociedad y definir los límites a esta estructura de condensación de poder institucionalizado y autoridad.

El acto constituyente encarna la imbricación entre poder y derecho. En ésta relación, la existencia del poder político se ordena en el derecho al tiempo que éste surge como un ejercicio de poder soberano, siendo así ambos elementos indisolubles pero diferenciados. De esta forma, la soberanía se expresa en su dimensión jurídica como *Poder constituyente* que si bien es un acto del mundo del ser, tiene una potencia primigenia de creación de derecho que se materializa en el acto constituyente, aquel de conformación o refundación del poder político y que por tanto alcanza un modelo explicativo abstracto e ideal que hace inteligible este acontecimiento fáctico y lo define mediante categorías jurídicas de análisis.

Por ello, sostenemos que el Poder constituyente es la vertiente jurídica del poder soberano. Gustavo Zagrebelsky señala que éste poder es:

“puro deber ser, es comienzo *ex novo*, es elisión del pasado y reducción de todo futuro al presente. Es inicialmente aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, es expresión de un sólo proyecto político, individualizado e incondicionado y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de las soluciones”.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Gustavo Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, (traducción y prólogo Miguel Carbonell), Mínima Trotta, Madrid, 2005, p. 36.

Este Poder Constituyente –mediante el acto constituyente–, es la condensación de derecho y poder y es el mecanismo de activación de lo que Luis Recasens define como *producción originaria de derecho*, aquella en que: “se crea la norma fundamental de un orden jurídico, la cual da nacimiento a éste, sin apoyo en ninguna norma jurídica positiva previa.”¹⁵⁷

La producción originaria por parte del órgano soberano surge “cuando se funda por primera vez una comunidad estatal, (y también cuando, en un viejo Estado, ha sido derrocado el régimen anterior,) se da la situación constituyente”; ésta se “caracteriza porque no hay un derecho positivo anterior que esté vigente, y porque va a fundarse un nuevo sistema jurídico”.¹⁵⁸

Luis Recasens señala que este poder no está regulado en ningún ordenamiento jurídico preexistente, y que es *ilimitado* y *absoluto*: “en tanto no se halla sometido a ningún ordenamiento positivo, (...) y en cuanto no deriva su competencia de ningún otro poder, sino que se funda sobre sí mismo, en sí mismo, a fuer de primero y originario.”¹⁵⁹

Con ello podemos afirmar que en su dimensión jurídica el Poder Constituyente es primigenio y fundante y no tiene limitación legal –ni siquiera constitucional–, mientras que en su dimensión política tampoco tiene limitación por otro poder constituido, incluido el Estado. Si la soberanía popular como Poder constituyente crea el sistema jurídico y al Estado podemos caracterizarla como un “poder de poderes”.

De ahí que el Poder Constituyente como acto jurídico de creación de Estado y Derecho sea expresión del poder soberano, un “supra poder” en la fórmula de Recasens Siches, un poder supremo que es la última instancia de decisión de lo político. Dicha *summa potestas* es la expresión concreta del ejercicio de la soberanía al crear el orden jurídico y la estructura estatal, siendo la Constitución la condensación del acuerdo político y jurídico de la institucionalización del Estado, del objetivo del mandato y de los límites a la autoridad delegada.

¹⁵⁷ Luis Recasens Siches, *Introducción al estudio del derecho*, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 184.

¹⁵⁸ Luis Recasens Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, decimonovena edición, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 305.

¹⁵⁹ *Ídem*.

d) Constitución.

La Constitución tiene una naturaleza compleja en la que interactúan la decisión política, el ordenamiento jurídico y el pacto social. En su dimensión política es ordenamiento del poder al establecer los alcances de las relaciones de mando y obediencia es organización y limitación del poder institucionalizado por acuerdo de la comunidad política. La Constitución también es el documento jurídico que contiene la Norma Suprema que prevalece sobre todos los poderes y actos del Estado y que jurídicamente conforma, regula y limita el poder político, siendo así el elemento fundante del ordenamiento jurídico en un Estado y la fuente de legitimación democrática de los poderes públicos. Finalmente, la Constitución es la expresión de la voluntad popular. Como hecho social es producto de la autodeterminación de un pueblo en el que su supremacía y principio de legitimidad radica en su carácter democrático, entendiendo por democrático su origen y carácter popular.

De este modo se conforma una triada compuesta por la soberanía ejercida como Poder constituyente, el acto constituyente en el que se expresa la decisión soberana y la Constitución que materializa el acuerdo político y el establecimiento del Estado y del orden jurídico en un momento de producción originaria del derecho. En suma: “el acto constituyente es un hecho realizado por el pueblo; el Poder constituyente es aptitud y cualidad de la función perteneciente al pueblo; la Constitución es una formación institucional que se da el pueblo.”¹⁶⁰

Así, la soberanía popular se imbrica con el acto constituyente y el Poder constituyente como sus expresiones política y jurídica, de acto y facultad que producen Estado y Constitución. Al ser ambas producciones su más acabado producto en términos institucionales y de ejercicio de la facultad suprema de decisión del poder político y de creación originaria, se sostiene que su caracterización y elementos constitutivos inherentes como *summa potestas*, permiten la activación del derecho de resistencia como ejercicios ulteriores de poder soberano, como mecanismo de control o rehabilitación cuando Estado o Derecho subvierten su sentido original y van en contra de los intereses populares.

¹⁶⁰ Carlos Sánchez Vimonet, *El poder constituyente...*, op. cit., p. 564.

e) *Estado y Constitución y el núcleo soberano de su validez.*

En la Modernidad política el Estado es la figura central de representación y monopolización del poder político.¹⁶¹ El Estado es una entidad compleja y dinámica producto de los procesos sociales y de las formas históricas de organización de la vida pública y del poder político. El Estado es un poder de ordenación de las relaciones sociales, de administración territorial y de gobierno y ordenamiento jurídico, de potestad y autoridad institucionalizada y de sistema de competencias. Es, en palabras de Mario de la Cueva, esa “organización [política] de una comunidad que está permanentemente en un territorio”, caracterizada por la soberanía.¹⁶²

La relación entre poder político y Derecho es compleja y de condicionamiento mutuo: El Derecho regula al Estado y lo limita pero el Derecho es creado de forma originaria en un acto constituyente como expresión de un ejercicio soberano de decisión de la comunidad política. Por tanto, Estado y Derecho son expresiones concretas de actos soberanos en los que se definen las relaciones de poder en la sociedad. Así, se establece un orden jurídico institucionalizado y se crea un Estado como aparato de poder institucionalizado, ambos creados con un propósito instrumental que es lograr los fines y el proyecto de una sociedad.

Tanto al poder derivado establecido en el Estado y su aparato como al orden jurídico se les establecen límites en sus momentos de producción originaria, mediante el sistema de mandato en las instancias, autoridades y competencias que son plasmadas en la Constitución, así como los mecanismos para su modificación y el reconocimiento de su creación por el órgano soberano. Los límites son de carácter formal cuando hacen explícito lo que puede y no hacer el poder establecido con facultades delegadas para atender al mando, y también legítimos e implícitos, que se expresan como el elemento de validez intrínseco en tanto el poder habilitado tiene un carácter instrumental y obediencial, como un poder que es organizado para servir a los propósitos de la comunidad política.

¹⁶¹ Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, op. cit., pp. 35-37.

¹⁶² Mario de la Cueva, *Teoría General del Estado*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 54.

Desde el siglo XIX los Estados son constitucionales en la medida en que las sociedades materializan los propósitos de la comunidad políticamente organizada, el mando al Estado y la función del derecho, la estructuración del gobierno, la representación política, los límites del poder establecido y las facultades del poder originario en documentos políticos que condensan el llamado “pacto social”.

Desde la ciencia jurídica, el ente soberano es aquella entidad que produce la estructura de organización política (poder político constituido) y detenta el mando originario. El soberano como Poder constituyente es quien en momentos históricos fundacionales ha realizado la producción originaria del derecho, condensando la fórmula de Norberto Bobbio “sólo el poder puede crear Derecho y sólo el Derecho puede limitar el poder”, conservando esta facultad decisoria una vez que ha creado o modificado el sistema.¹⁶³

Tanto el Estado como el orden jurídico, cuya máxima expresión es la Constitución, son consecuencia de las decisiones de una comunidad organizada políticamente y guardan además, una relación de interdependencia, de fundamento y de autocontrol. Pero más allá de estos límites, ambos son instrumento y no finalidad que subsista por sí misma, por lo que tienen su origen, pero fundamentalmente su validez y fundamentación última en las decisiones soberanas de las comunidades históricas.

Esta tensión entre una dinámica histórica concreta de ejercicio de poder y su regulación en un sistema abstracto ideal representado por las normas jurídicas, entre una sociedad real y la institucionalización del poder y su dimensión normativa de regulación que se mueve entre la dimensión axiológica de la sociedad y su dimensión histórica y política en la que para establecer ese Cuerpo Político requiere *positivizarlo*; es el elemento consustancial que complejiza la inteligibilidad y comprensión sobre la soberanía y el poder político.

Al ser expresiones de las relaciones sociales y del acuerdo institucional que establece una comunidad política, el Estado y el orden jurídico tienen una dimensión axiológica que les da fundamento y validez. En términos jurídicos, el último nivel de validez se encuentra en la Constitución que es la materialización de ese acuerdo

¹⁶³ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994, p. 19.

político.¹⁶⁴ La Constitución es la regulación y ordenación –que no prescripción– del conjunto de la vida pública en una sociedad en la que a pesar de delegar la autoridad y el poder, subsiste la facultad decisoria originaria como el núcleo democrático y soberano irreductible e intransferible. En consecuencia, son “los criterios de contenido, de valor, suprapositivos y no positivos” los que dan validez al ordenamiento jurídico y al Estado.¹⁶⁵

Por lo tanto, la validez material del sistema jurídico y de la Constitución se encuentra en las definiciones ejercidas en el marco de acción política y soberanía realizadas por la comunidad organizada mediante el Poder Constituyente, es esto lo que definimos como *núcleo soberano de validez* del poder político y de legitimidad del Estado y del ordenamiento jurídico, aquella *fundamentación trascendente* en que descansa el sentido de existencia de creación de un principio jurídico y de un sistema de poder institucionalizado, dirigido a la atención de las cuestiones públicas.

2.- Soberanía popular y orden jurídico.

a) Soberanía como fuente del Derecho.

Al analizar las formas de origen y producción de una Constitución resulta insuficiente la Teoría general del Derecho que establece en forma consensuada como fuentes de derecho a la Ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, estas fuentes “clásicas” resultan insuficientes cuando se problematiza sobre el origen de las Constituciones. La fuente ley además de resultar producto de la Constitución no

¹⁶⁴ En términos de teoría constitucional Hans Kelsen definió como *norma fundante (Grundnorm)* a aquella que está más allá de la Constitución y por tanto dota de validez a la Constitución. Esta formulación es una ficción problemática en la medida en que escinde al derecho del proceso social de su creación y busca validar a la Constitución únicamente desde la ciencia jurídica. Nuestra posición pretende establecer en un nivel ideal la validación del ejercicio del poder soberano como poder permanente y hacer evidente la aporía en que incurre la Ciencia Jurídica al dotar de elementos constitutivos a los actos originarios de creación del derecho y explicarlos en procesos sociales que son válidos en momentos de creación primigenia y negar estos elementos constitutivos en posteriores ejercicios, cuando su elemento de validez y de cambio o sustitución radica en la actividad política de las sociedades y en ejercicios concretos de sus facultades decisorias.

¹⁶⁵ Víctor Flores Olea, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1975, pp. 74-75.

podría ser –en el esquema constitucional– una fuente de surgimiento de la Ley Suprema, ya que el proceso de generación es por derivación.

El surgimiento de los ordenamientos constitucionales está vinculado a la producción originaria de derecho y a momentos fundantes u originarios. En este sentido, el Poder constituyente es esa dimensión jurídica de una decisión política fundamental y de ejercicio del poder soberano mediante el cual se conforma una Constitución. Esta relación simbiótica entre poder y derecho, sincrónica en su ejercicio de creación y dialéctica en la medida que lo que se crea como orden jurídico y Estado son poderes habilitados por una mandato que precisa su ejercicio y limitación, es lo que Bobbio condensa al afirmar que “la norma fundamental tiene la función de crear un sistema basado en la primacía del Derecho sobre el poder; [pero] la soberanía tiene la función de crear un sistema basado en la primacía del poder sobre el Derecho.”¹⁶⁶

De esta forma, la soberanía popular se erige como el elemento de origen y validez del sistema jurídico y principio fundamental de la Constitución. La soberanía es la fuente de origen de los poderes públicos en la medida en que el poder político institucionalizado deriva de su ejercicio en el momento primigenio como creación y de control permanente durante el desarrollo de la institucionalidad. Así, los órganos estatales actúan en función de las facultades conferidas por el sistema jurídico, y ambos sistemas, tanto el de poder político referida al aparato de Estado, como el jurídico cuya Norma Fundamental es la Constitución provienen, en última instancia, de actos soberanos materializados en el acto y Poder constituyentes, de ahí la importancia de establecer quién es el titular de la soberanía.

La soberanía y su ejercicio son actos consustanciales al poder político que tiene además una forma y una expresión jurídica al materializarse en las Constituciones. Es esa actuación soberana en la que Tena Ramírez señala que “emitir la Constitución significa para el pueblo que la emite, un acto de autodeterminación plena y auténtica que no está determinado por determinantes jurídicos, extrínsecos a la voluntad del propio pueblo”.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 366.

¹⁶⁷ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, cuadragésima edición, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 10.

b) Soberanía popular y derecho a la resistencia en instrumentos normativos.

La soberanía popular es fundamento de organización de los poderes públicos y un principio constitucional que suele estar plasmado en los textos constitucionales (en su formulación de pueblo o nación soberanos). Por su parte, el derecho a la resistencia, después de la fase de materialización jurídica en las Declaraciones de derechos alcanza un grado de desarrollo en su reconocimiento en algunas constituciones nacionales.

El primer antecedente de *constitucionalización* lo encontramos en el *Acta Constitucional* de 24 de junio de 1793 de Francia que reconoce el carácter histórico del derecho a la resistencia al definirlo como consecuencia del conjunto de derechos, así como una dimensión colectiva y popular de su ejercicio al establecer que los actos de opresión del poder afectan al conjunto social. Además, se le confiere un carácter dual de derecho y deber al señalar que la insurrección es un recurso que surge cuando el gobierno vulnera los derechos más elementales del pueblo. Finalmente, reconoce el principio de soberanía popular y su carácter permanente para modificar la Constitución:

“Artículo 25

La soberanía reside en el pueblo; es una, indivisible, imprescriptible e inalienable.

Artículo 28

Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras.

Artículo 33

La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre.

Artículo 34

Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno sólo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social es oprimido.

Artículo 35

Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, *la insurrección es, para el pueblo y para cada una de sus porciones, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.*"¹⁶⁸

La Ley Fundamental de Alemania de 1949 establece un sistema complejo de defensa del Estado alemán, de su sistema democrático y constitucional y de la soberanía, así como de la forma de gobierno. El artículo 20 señala:

“Artículo 20

[Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

(2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

(4) *Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.*"¹⁶⁹

Por su parte, la Constitución de la República de Cuba de 1976 establece el principio de soberanía popular y el derecho de resistencia en el marco de la defensa de la revolución socialista. El artículo 3 de la Constitución señala:

“Artículo 3o.

En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes. *Todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político, social y económico establecido por esta Constitución.*"¹⁷⁰

Asimismo, la Constitución de Nicaragua de 1986, tiene una configuración similar en su artículo 1 que señala:

¹⁶⁸ Acta Constitucional de 24 de junio de 1793, artículos 25, 28, 33, 34 y 35, (cursivas añadidas).

¹⁶⁹ Ley Fundamental de Alemania, artículo 20, (cursivas añadidas).

¹⁷⁰ Constitución de la República de Cuba, artículo 3, (cursivas añadidas).

“Artículo 1

La independencia, la soberanía y la auto-determinación nacional, son derechos irrenunciables del pueblo y fundamentos de la nación nicaragüense. Toda injerencia extranjera en los asuntos internos de Nicaragua o cualquier intento de menoscabar esos derechos, atenta contra la vida del pueblo. Es deber de todos los nicaragüenses preservar y defender estos derechos.”¹⁷¹

La Constitución de Mali de 1992 consagra el derecho a la desobediencia civil para defender la forma republicana del Estado en su artículo 121:

“Artículo 121

El fundamento de todo el poder en la República de Malí reside en la Constitución. La forma republicana del Estado no puede ser cuestionada. *El pueblo tiene el derecho a la desobediencia civil para preservar la forma republicana del Estado.* Todo golpe de Estado es un crimen imprescriptible contra el pueblo de Malí.”¹⁷²

Por su parte, la Constitución de Argentina de 1994 en su artículo 36 establece la inviolabilidad de la Constitución y del sistema democrático y reconocen el derecho de resistencia de los ciudadanos frente a actos de fuerza que afecten el sistema democrático y constitucional:

“Artículo 36

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

¹⁷¹ Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 1, (cursivas añadidas).

¹⁷² Constitución de Mali, artículo 121, (cursivas añadidas).

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.”¹⁷³

La Constitución de Venezuela de 1999 contiene varias disposiciones relativas al principio constitucional de soberanía popular y al Poder constituyente, así como sus alcances en términos del resguardo del orden constitucional y la facultad permanente de modificar el Estado y dotarse de un nuevo ordenamiento jurídico. De forma implícita reconoce el derecho de resistencia frente a actos antidemocráticos o que atenten contra los derechos humanos:

“Artículo 5

La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.”

“Artículo 70

Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.”

“Artículo 152

Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se

¹⁷³ Constitución de la Nación Argentina, artículo 36, (cursivas añadidas).

rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales.”

“Artículo 347

El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.”

Artículo 350. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.”¹⁷⁴

Finalmente, la Constitución Política del Ecuador de 2008 se refiere al derecho de resistencia, individual y colectivo frente al poder público o agentes no estatales. Además, en una extensión del principio de progresividad reconoce al derecho a la resistencia como constitutivo de derechos:

“Art. 98

Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.”¹⁷⁵

Las Constituciones enunciadas y el resto de los ordenamientos constitucionales suelen establecer un mecanismo complejo sobre el poder soberano. En situaciones de normalidad constitucional, la soberanía es ejercida continuamente por los órganos de poder constituido, aquellas instancias de decisión definidas por el Constituyente originario. En la normalidad constitucional se ejerce por los órganos de Estado, pero su titularidad no se delega y se conserva latente en el pueblo como lo reconocen expresamente algunos ordenamientos constitucionales.

¹⁷⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 5, 70, 152, 347 y 350, (cursivas añadidas).

¹⁷⁵ Constitución Política del Ecuador, artículo 98, (cursivas añadidas).

El reconocimiento del pueblo como titular de la soberanía implica que en condiciones de anormalidad constitucional subsiste y se activa la facultad de potestad suprema sobre los poderes públicos al desplegar su facultad decisoria como *comunidad política*, mientras que en situaciones ordinarias, la soberanía popular y su ejercicio coexiste con los órganos de poder establecidos en el aparato institucional del Estado, y ejerce junto a éste la soberanía en una facultad normal y no extraordinaria como *electorado* mediante la *ciudadanía* y el sistema de representación democrática.¹⁷⁶

c) El derecho a la resistencia y su calificación jurídica.

Por su parte, el derecho a la resistencia pasó de ser un postulado de fundamentación de la acción política al campo jurídico inicialmente en el proceso de creación de las Declaraciones de derechos hasta su incorporación en algunas Constituciones en el siglo XX. Su análisis en tanto derecho en sentido estricto puede abordarse, al menos desde tres vertientes: la filosofía política, la teoría política y la dogmática constitucional. Es en esta última línea en la que centramos la reflexión sobre la existencia de un derecho *–stricto sensu–* a la resistencia.

El derecho a la resistencia y el derecho a la revolución son dos categorías con un contenido disruptivo frente al Estado y al sistema jurídico, pero no representan lo mismo ni en términos de acción política, mecanismos y propósitos, ni en términos conceptuales. En una síntesis simplificante, podemos afirmar que el primero representaría un cambio dentro del sistema social, mientras el segundo sería un

¹⁷⁶ Pablo Marshall, “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXV, segundo semestre, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010, p. 282. Para el autor, el reconocimiento expreso de la soberanía popular como poder originario y su vigencia en el sistema democrático en condiciones de normalidad democrática implican que la Constitución reserva un lugar privilegiado al pueblo en el sistema de poder. Asimismo, distingue entre pueblo como “comunidad política” y pueblo como “poder constituido”, para diferenciar que la facultad soberana es permanente pero tiene expresiones diferenciadas en situaciones de normalidad y anormalidad constitucional. Este principio de división entre la soberanía popular ejercida directamente como control permanente de la Constitución e indirecta mediante el sistema electoral es el modelo asumido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

cambio desde fuera del sistema, ambos produciendo y además constituyendo derecho. Como señala Manuel Atienza:

“La evidencia del cambio social (y de un cambio social acelerado) ha llevado a los autores funcionalistas (o una buena parte de ellos) a considerarlo [el derecho] como un elemento definidor de la sociedad y no incompatible con la consideración de ésta con un sistema de equilibrio (pero ahora se trata de un equilibrio ‘dinámico’). Precisamente dicho equilibrio (el control social), en una estructural no estática sólo puede lograrse a través de ajustes periódicos que tengan lugar mediante la introducción de cambios en el sistema (lo que se excluye es un cambio del sistema).”¹⁷⁷

La resistencia como una facultad soberana y como un ejercicio de poder de la comunidad política y de sus facultades decisorias, no es admitida por la dogmática constitucional. En primer término, corre la misma limitación que el Poder constituyente, aquel que es reconocido como poder originario pero que cede sus facultades primigenias de creación del orden jurídico, las cuales se materializan en la propia Constitución, quedando institucionalizados los mecanismo de modificación o creación del ordenamiento constitucional mediante actos ordinarios y quedando excluidos los actos extraordinarios que le dieron origen al sistema, extinguiendo así la capacidad creadora y originaria del acto y del Poder constituyente.

Al analizar su posible juridicidad o su tratamiento en la ciencia jurídica, por cuestión metodológica lo asociaremos al derecho a la revolución, que tiene también una connotación disruptiva y creadora de derecho. Partiendo del reconocimiento de la diferencia entre el derecho a la resistencia y el derecho a la revolución, para los propósitos de estudio de su tratamiento jurídico, señalaremos que las objeciones a reconocerles algún grado de juridicidad en sentido estricto, son similarmente aplicables al derecho a la resistencia que al derecho a la revolución.¹⁷⁸ Para ambas

¹⁷⁷ Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 74, (paréntesis y cursivas en el original). Atienza contrasta la posición de Savigny (escuela histórica alemana) y de Bentham (utilitarismo inglés). Destaca que el primero plantea que el derecho no define lo social sino lo sigue, mientras Bentham plantea la necesidad de usarlo como factor de cambio social, en esta segunda posición podríamos ubicar un derecho a la resistencia y un derecho a la revolución.

¹⁷⁸ Ambas categorías son específicas y tiene diferencias significativas. Para el análisis que aquí se plantea y sin entrar a debatir las particularidades y diferencias de estas categorías desde la filosofía y teoría políticas, basta señalar que en ambos casos han sido explicados, justificados y definidos como “derechos”. Ermanno Vitale los distingue pero afirma que tienen como elemento común encontrarse

categorías el derecho tiene la misma respuesta: no los admite ni como derechos positivos, ni como derechos naturales, ni tampoco como derechos humanos o derecho constitucionales.

El derecho a la resistencia (*ius resistendi*) y el derecho a la revolución (*ius revolutionis*) representan dispositivos de oposición frente a poderes políticos ilegítimos, o que siendo legítimos devienen ilegítimos, o que actúan contra el orden político y los límites jurídicos aceptados, o bien en contra de situaciones de opresión impuesta desde el poder constituido y desde las relaciones sociales. Ambos se han desarrollado teóricamente desde la filosofía y la ciencia políticas, que los reconocen como categorías de análisis.

En el campo jurídico existe la problemática de no considerarlos derechos en sentido estricto. Se considera que no representan derechos subjetivos que procedan de alguna fuente formal como cualquier otro derecho. La filosofía jurídica los reconoce como situaciones de legitimidad o de producción de derecho.¹⁷⁹ Sin embargo, al centrar el análisis en la dimensión axiológica y la función del derecho en las sociedades no se les concede una cualidad como derecho en sentido estricto, sino como hechos de poder social.¹⁸⁰

fuera de la legalidad y por el uso de la violencia. Cfr., Ermanno Vitale, "Cambio político, Constitución y derecho de resistencia", *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 32, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2010, p. 34.

¹⁷⁹ Recasens Siches establece que las revoluciones son casos de "producción originaria de Derecho" generadas por la ruptura violenta del orden jurídico y que se caracterizan por crear derecho. Aunque no considera a los fenómenos sociales formas legítimas o legales de creación (por no derivar del propio ordenamiento legal), implícitamente reconoce la legitimidad de resistir el derecho desde una posición ética frente a un sistema establecido cuando afirma: "puede reconocerse que ha nacido nuevo Derecho, y estimar, sin embargo, que por ser éste tan abominable se tenga el deber de hacer todos los esfuerzos para derrocarlo, aun acudiendo a la violencia. Es decir, se puede registrar la *legalidad de hoy*; y, no obstante, por mérito de unas consideraciones valorativas, al servicio de una idea de justicia, estimar que se deben hacer todos los esfuerzos para derribar esa legalidad de hoy y sustituirla en el mañana con una legalidad más justa, bien reanudando la de ayer, bien estableciendo otra nueva sobre bases mejores.". Cfr., Luis Recasens Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 298, (cursivas en el original).

¹⁸⁰ "La realidad de poder, que crea, mantiene, o, en su caso derriba el Derecho positivo y engendra la substitución de éste, se compone de una serie de hechos sociales múltiples y varios. Fundamentalmente, ese fenómeno real de poder consiste en el resultado efectivo de las voluntades, o mejor dicho, de las conductas de los hombres que integran el Estado; y consiste además en la existencia de una unidad efectiva de decisión suprema sobre la regulación jurídica de la vida en común." Cfr., Luis Recasens Siches, *Tratado General de Sociología*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1964, p. 593.

Por su parte, la sociología jurídica los aborda como fenómenos jurídicos que proceden de hechos sociales en los que la población defiende el orden democrático, cuestiona al gobierno e incluso al orden social establecido. Sin que ello implique reconocerles validez en sentido jurídico. Así, se enfoca en el conocimiento de los fenómenos que dan lugar a estos cambios del sistema y cómo el Derecho opera en estas crisis como un mecanismo complejo de cambio y estabilidad.

Estas temáticas importan a la sociología jurídica en tanto “examina el fenómeno jurídico no en su esencia normativa sino como cosas y fenómenos que actúan en la vida social”.¹⁸¹ De esta forma, analiza y explica estos derechos pero dado su carácter descriptivo y explicativo no los valida desde el punto de vista estrictamente jurídico.

Cuando el derecho a la resistencia o el derecho a la revolución son analizados se parte del presupuesto de que constituyen fenómenos meta-jurídicos. Su tratamiento analítico pasa por establecer que el cambio de orden jurídico se da sobre la base de la trasgresión al sistema vigente mediante vías violentas, situación que no es admitida por el ordenamiento jurídico.¹⁸² Por ello, se admite que existen consecuencias jurídicas en tanto resultado de procesos sociales concretos que producen derecho.¹⁸³ Sin embargo, se descarta que exista un fundamento o naturaleza jurídica del derecho a la resistencia o el derecho a la revolución.

Ahora bien, desde la dogmática constitucional que es el espacio epistémico donde se desarrolla jurídicamente la noción de soberanía popular y Poder constituyente, y por los elementos constitutivos que se les reconocen, es el punto de cruce con una posible juridicidad del derecho a la resistencia o el derecho a la revolución. En aquí donde se construye una negativa a reconocerles formalmente

¹⁸¹ *Ídem.*

¹⁸² “Cuando un orden jurídico deja de satisfacer las necesidades, aspiraciones e ideales de una comunidad, cuando él se convierte en opresor, entonces nace el derecho a la revolución, pero no como una facultad jurídica, sino como un derecho de la vida, de la realidad (...) es una facultad de índole sociológica y ética, pero nunca jurídica” *Cfr.* Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales*, octava edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 55

¹⁸³ Para la sociología jurídica constituyen un “fenómeno primario” (fenómeno social que es generador de derecho) y fenómenos secundarios (el derecho creado a partir de estos hechos), siguiendo la clasificación de Márquez Piñero, *op. cit.* p. 49 ss. Para la teoría del derecho y la filosofía jurídica son fenómenos de “producción originaria de Derecho”. *Cfr.*, Luis Recasens Siches, *Introducción al estudio del derecho*, *op. cit.* p. 184 y Luis Recasens Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, *op. cit.* p. 297.

como derechos subjetivos o la posibilidad de que las Constituciones contengan alguna cláusula que los habilite.

El *pensamiento jurídico dominante* también rechaza la posibilidad de derivarlos de la soberanía popular y de un ejercicio concreto de ella.¹⁸⁴ Por ejemplo, al analizar el alcance de los artículos 39 y 136 de la Constitución Mexicana las y los constitucionalistas niegan mayoritariamente la existencia de un derecho a la resistencia o la revolución. En este sentido, Raúl González Schmal plantea:

“(...) ¿la soberanía popular está por encima de la Constitución o ésta está por encima de aquella? O, en otros términos, ¿el cambio revolucionario es o no atributo de la soberanía del pueblo?

Si la cuestión se plantea desde el punto de vista de la *moral*, podría justificarse excepcionalmente el derecho a la revolución (...) si el problema se ubica en el campo de lo *jurídico constitucional*, la revolución no puede reconocerse como un derecho del pueblo, porque sería tanto como consagrar un factor autodestructivo del mismo orden jurídico del Estado. (...) [La Revolución] es un poder que crea Derecho, pero que no deriva del Derecho, sino de la voluntad de la comunidad política.”¹⁸⁵

Aunque en otras áreas de conocimiento social se coincide en reconocerles un estatus de “derecho”, tales análisis los conciben como fenómenos sociales, sin problematizar su validez formal en tanto derechos. Por su parte, la Ciencia jurídica fuera de las formas de explicación antes referidas, rechaza la existencia de un derecho a la resistencia o de un derecho a la revolución. Ni como derecho positivo, ni como derecho natural, ni como un derecho humano ni como derecho constitucional.

Para la ciencia jurídica no son derechos positivos en tanto no están establecidos en dispositivos normativos, tampoco son derechos naturales “inherentes” a lo humano, ni derechos constitucionales, porque la Norma Suprema y Fundamental no podría establecer un dispositivo que facultara a derogar el sistema jurídico.

¹⁸⁴ Por pensamiento jurídico dominante entendemos aquel conjunto sobre lo jurídico que se (re) produce hegemónica y unitariamente desde el Estado potenciando un sistema normativo único. *Cfr.*, Oscar Correas, *Pluralismo Jurídico Alternatividad y Derecho Indígena (ensayos)*, Fontamara, México, 2003. p. 51 ss.

¹⁸⁵ Raúl González Schmal, *Programa de Derecho Constitucional*, Limusa y Universidad Iberoamericana (coedición), segunda edición, México, 2007, pp. 46-47, (cursivas añadidas).

Las problemáticas que derivan de esta posición dogmática son múltiples. Primero, por la aporía en que incurre al dotar al soberano de un carácter y poder originario para tomar las decisiones políticas fundamentales, siendo en la vertiente popular, el pueblo. En segundo término, que este poder de creación originaria de derecho es reconocido como categoría política validada jurídicamente bajo axiomas como la soberanía o el poder Constituyente que bajo presupuestos de carácter ideal llegan a convertirse en dogmas jurídicos, pero que incurren en contradicción al no permitir que los elementos inherentes a la actuación soberana de un Poder constituyente puedan permanecer como facultad y volver a concretarse, escindiendo las características que explican su capacidad creadora de Estado y de orden jurídico, para concluir que dichos elementos, que debieran ser constitutivos e intransferibles, fueron delegados por el poder soberano en el momento de creación primigenia.

Por otra parte, la dogmática constitucional es incapaz de dar respuesta a situaciones en las que los propios ordenamientos constitucionales no sólo reconocen la soberanía popular como poder originario y su facultad permanente, sino que establecen de forma explícita el derecho de resistencia. Es decir, si una Constitución *positiviza* el derecho a la resistencia, la dogmática constitucional negará que en términos constitucionales, dicha cláusula sea válida. Esta postura axiomática incurre en una contradicción a los principios lógicos de identidad y de no contradicción, bajo los cuales las cosas no puede ser y no ser al mismo tiempo. Si la Constitución establece o reconoce un derecho a la resistencia de forma explícita ello implica que es constitucional, sin que dicho derecho pueda “ser” y “no ser” al mismo tiempo.

Para concluir, partiendo de una concepción histórica del derecho que supere la divergencia positivista-iusnaturalista, proponemos ubicar la especificidad del derecho a la resistencia como postulado radical desarrollado en ideas sobre el fundamento y organización del poder político y de democracia radical que han alcanzado formulaciones jurídicas. Su naturaleza es la de un derechos fundamental de carácter histórico fundados en la soberanía popular (que pueden llegar a ser constitucionales y por tanto positivos) sin que implique que su existencia requiera una formulación constitucionalmente explícita.

CAPITULO TERCERO

LA SOBERANÍA POPULAR COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA RESISTENCIA

*“toda fuerza que, efectivamente, sea social y esté, por tanto, organizada se transforma por ello mismo en derecho”.*¹⁸⁶

Santi Romano

Como se desarrolló en el capítulo anterior, el concepto de soberanía es de carácter histórico y explicativo más que prescriptivo e inamovible. Esto implica que por su condición dinámica su significación varía en el tiempo, espacio, disciplina de conocimiento y posición política desde donde se aborde y cuya diversidad se expresa en los diversos paradigmas epistemológicos que buscan explicarlo, lo que termina por configurarlo como un concepto complejo.¹⁸⁷

En este sentido, y desde la perspectiva jurídica, Felipe Tena ha expresado que “el concepto de la soberanía ha sido, desde el siglo xv hasta nuestros días, uno de los temas más debatidos del derecho público.”¹⁸⁸ Esta problemática conceptual se hace extensible al debate sobre la titularidad, características y alcances de la misma.

Sin embargo, su complejidad analítica no debe implicar relativizar el concepto o presuponer laxitud analítica. Por el contrario, la polivalencia del concepto requiere que su empleo mantenga sustento y congruencia teórica y analítica. En este sentido, el enfoque del que partimos es el de considerar a la soberanía como una facultad permanente, que se materializa en el ejercicio del acto y del Poder constituyente, pero que no se agota en un momento fundacional, sino que permanece como *poder de mando originario* sobre el poder político constituido y delegado en el aparato de Estado y en el ordenamiento jurídico.

¹⁸⁶ Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 132.

¹⁸⁷ Felipe González Vicen al profundizar en la complejidad inherente de los conceptos históricos de la filosofía del derecho afirma que “los conceptos históricos no son formas con las que “desde fuera” nos acerquemos a la realidad histórica para su comprensión, sino estructuras extraídas de esta misma realidad, sistematización y ordenación desde un punto de vista relevante de tendencias, tensiones, corrientes ideológicas, relaciones de sentido, valoraciones; en suma, de todo un mundo de significaciones que se da como singularidad concreta en un momento determinado del tiempo histórico”. *Cfr.*, Felipe González Vicen, “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 14, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y Ministerio de Justicia, España, 1969, p. 16.

¹⁸⁸ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, *op. cit.*, p. 3.

Asimismo, como un derecho que existe permanentemente de forma latente, y que se activa por la comunidad política en situaciones de excepción: cuando el poder delegado desvirtúa el mandato, deja de satisfacer los intereses o el proyecto de la comunidad política, afecta gravemente sus derechos o incluso, cuando el poder deviene arbitrario, subvirtiendo así el sentido de su institucionalización. Esta facultad se materializa en el pueblo, que es el titular de dicho poder soberano.

Los supuestos sobre los que se construyen las tesis de la soberanía estatal o la soberanía nacional en términos del ejercicio del Poder constituyente y de la conformación de la organización política, suelen ser ahistóricas, porque escinden la causalidad del acontecimiento político como origen del poder público y los procesos mediante las cuales se institucionaliza el poder. Además, se caracterizan por despolitizar estos momentos de ordenación o ruptura, asumiendo un carácter neutro y atemporal en el Estado y el ordenamiento jurídico, cuando en realidad tienen un carácter histórico que deriva de procesos específicos y de las relaciones que se dan en la estructura social, mismas que se ven reflejadas en la organización del Estado y en la definición del principio jurídico.

Nuestra propuesta, reconoce el carácter disímbolo e incluso antagónico entre las distintas corrientes que reclaman la titularidad de la soberanía. De ellas, recupera los atributos que le atribuye Jean Bodin, pero a diferencia de éste, en quien subyace una postura a favor del monarca como entidad unipersonal al reemplazar la estructura feudal con varios polos de poder, con una propuesta de Estado monárquico centralizado; trasladamos su titularidad al pueblo, en una postura que retoma el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau y de Johannes Althusius, del constitucionalismo norteamericano y francés de finales del siglo XVIII, del republicanismo latinoamericano del siglo XIX y de la teoría política de Aurora Arnaiz.

Asimismo, su alcance frente a poderes que devienen tiránicos o que van contra los derechos fundamentales se desprende de las corrientes más radicales del pensamiento cristiano y protestante que desarrolló una sólida teoría de legitimidad del mandato. También se complementa con los procesos de *constitucionalización* del derecho de resistencia como una formulación explícita en los textos constitucionales, así como del constitucionalismo del siglo XXI de América Latina, con aportes

relativos a la titularidad del poder soberano y su alcance como poder permanente de control popular sobre el poder derivado materializado en el Estado y el ordenamiento jurídico.

1.- Soberanía popular como poder social en el campo político.

En *Del Contrato Social* Jean-Jacques Rousseau expone algunos de los elementos claves de la Modernidad política y de las nociones pactistas sobre la conformación del poder político. Para Rousseau, son las convenciones sociales y no la fuerza las que dan legitimidad al ejercicio del poder. La legitimidad del poder institucionalizado deriva de la *auctoritas* y la conformación del “Cuerpo Político” o “República” se da como una forma de asegurar los intereses individuales y como mecanismo para preservar la libertad y propiedad de los asociados. En palabras del autor:

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común de la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social”.¹⁸⁹

Si bien Rousseau señala que los asociados son la colectividad “pueblo” y cuando éste actúa como participe de la autoridad soberana lo hace como conjunto de ciudadanos, lo cierto es que su noción de ciudadanía está condicionada por los valores dominantes de la época. El ciudadano es en realidad el individuo libre y propietario. En su propuesta la comunidad política no existe en una dimensión de unidad social sino como necesidad para asegurar la suma de libertades individuales, de ahí que “la esencia del cuerpo político es el acuerdo entre la obediencia y la libertad” en el que “*súbdito y soberano* son correlaciones idénticas cuya idea se reúne en el sólo término de ciudadano”.¹⁹⁰

Los planteamientos de Rousseau se ubican en el individualismo y en el liberalismo como pensamiento imperante en la época. La propuesta roussoniana

¹⁸⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Del Contrato Social... op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 117, (cursivas en el original).

asume que los individuos requieren de la conformación del Cuerpo Político al que se someten para asegurar los intereses y la libertad individual y son, justamente éstos, los límites del poder gubernamental.

En la definición de la titularidad de la soberanía, Rousseau mantiene una doble interacción entre el Cuerpo Político como persona pública que surge del conjunto de asociados, y los asociados en sí, cuya interacción conforma una unidad compleja. Para este autor, el Cuerpo Político es definido como “*Estado* cuando es pasivo, *Soberano* cuando es activo, *Poder* al compararlo con otros semejantes”.¹⁹¹ Para Rousseau el pueblo como conjunto de asociados es distinto a la persona pública que surge de la voluntad de los contratantes, pero ambos son poderes, uno social y el otro institucional. De esta forma, el acto soberano es “una convención del cuerpo con cada uno de sus miembros”.¹⁹²

En Rousseau encontramos la continuación de un pensamiento que entiende la vida social desde una dimensión orgánica: la sociedad y su organización se conforman por la suma de individuos y sus intereses, por lo que es necesario establecer un poder de mando para garantizarlos. Aunque esta visión tiene raíces en del liberalismo clásico, hay elementos novedosos en el campo de lo político al considerar dos entidades diferenciadas: una que establece el mandato y la otra derivada que se conforma para realizar los intereses de los asociados, cuya visión profundiza en la noción de soberanía popular.

Para Jean-Jacques Rousseau el poder soberano residiera en el pueblo, pero no como comunidad sino en cada uno de los individuos-ciudadanos, quienes por un cálculo racional conforman esta unidad en la República. En la propuesta roussoniana encontramos algunos de los elementos que característica al poder soberano. En primer lugar, la *majestas* que implica un poder *originario*:

“En el momento en que el pueblo está legítimamente reunido como cuerpo soberano, toda jurisdicción del gobierno cesa, el poder ejecutivo queda suspenso y la persona del último ciudadano es tan sagrada e inviolable como la del primer magistrado, porque donde está el representado ya no está el representante.”¹⁹³

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁹² *Ibidem*, p. 56.

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 117-118.

También es un poder *supremo*, ya que mediante el “pacto social [el pueblo] da al cuerpo político un poder *absoluto* sobre todos los suyos, y es este mismo poder el que, dirigido por la voluntad general, lleva como he dicho el nombre de soberanía”.¹⁹⁴ Asimismo, al proceder del pueblo es un poder *inalienable* ya que la soberanía como “autoridad suprema no puede ser modificarse como tampoco enajenarse; limitarse es destruirla.”¹⁹⁵ Es un poder que “no puede ser representado más que por sí mismo”.¹⁹⁶

Aunque Rousseau reconoce esta capacidad soberana en el pueblo, concretamente en los ciudadanos, hace titular al órgano constituido (Cuerpo Político) ya que éste como unidad encarna la “voluntad general”. Para él, el Estado o República como unidad, es quien detenta la soberanía, distinguiéndola del gobierno que representa “un cuerpo intermediario establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, tanto civil como política.”¹⁹⁷ Así, el poder Ejecutivo es un mandatario del pueblo quien le ordena mediante la elección del gobierno, mientras que la facultad de creación de leyes es, para el autor, un ejercicio por excelencia del propio pueblo.

Para Rousseau el Cuerpo Político es el órgano titular de la soberanía. Aunque el pueblo como suma de individuos o ciudadanos detenta una porción o parcela de la misma, sólo el Cuerpo Político representa la unidad de la voluntad general.¹⁹⁸ En *Del Contrato Social* hay un planteamiento novedoso respecto a la titularidad de la soberanía: la poseen los ciudadanos en un parte proporcional y la posee el cuerpo social al institucionalizarse en la República ya que ésta concita la voluntad general.

La limitación de este planteamiento es que al establecer que es el ente constituido y no el constituyente el soberano, el Cuerpo Político deviene no sólo omnipotente sino constituyente y deja de ser el órgano de potestad delegada para convertirse en un ente originario del poder político. Sin embargo, la República no es

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 54.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 123.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 49, (cursivas añadidas).

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹⁹⁸ Raymond Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional Autónoma de México (coedición), México, 1998, p. 876.

un ente distinto del pueblo, sino el pueblo mismo actuando constantemente en su unidad política.

Por ello coincidimos con Aurora Arnaiz y frente a los planteamientos que escencializan al Estado y lo dotan de vida propia, confiriéndole la *majestas*, sostenemos que el titular de la soberanía es el pueblo. Pero el pueblo es soberano no como sumatoria de individuos, o únicamente articulado para la defensa y realización de los intereses personales como en la versión roussoniana; es soberano fundamentalmente cuando asume una dimensión colectiva sobre el conjunto de la vida social y las cuestiones públicas y de forma activa, deviene no sólo pueblo, sino comunidad política.¹⁹⁹ Así, el pueblo como sujeto político surge en una dimensión colectiva para definir las relaciones de mando y crear o modificar las estructuras políticas en las que se organiza la vida social.

2.- Caracterización de la soberanía popular.

La caracterización del poder soberano que proponemos es *políticamente fundante, supremo, independiente, inalienable, indivisible y elemento de legitimación y control permanente del Estado y del derecho*. Como poder originario tiene la capacidad de ser génesis de la estructura estatal y del ordenamiento jurídico que organiza y limita al poder público, así como habilitarse por la comunidad política cuantas veces sea necesario para determinar las relaciones de mando-obediencia y crear o modificar las estructuras políticas y el principio jurídico.

Nuestra propuesta retoma la concepción clásica de Jean Bodin profundizada por Aurora Arnaiz para quienes la soberanía se caracteriza por tres atributos constitutivos: *majestas*, *potestas* y *auctoritas*. La *majestas* significa la “majestad” y “dignidad del pueblo”,²⁰⁰ la *potestas* es la “potestad” y “facultad”, en este caso sobre el poder y la administración,²⁰¹ y la *auctoritas* es la “autoridad”,²⁰² la capacidad de poder de mando.

¹⁹⁹ Pablo Marshall “La soberanía popular...”, *op. cit.*, pp. 245-286.

²⁰⁰ Raimundo de Miguel, *Nuevo diccionario latino-español etimológico*, segunda edición, Visor Libros, Madrid, 2003, p. 594.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 721.

Para Aurora Arnaiz la *majestas* “es el atributo constitutivo de la soberanía, del que se derivan la potestad estatal y la autoridad del gobernante.”²⁰³ La *majestas* es, en este sentido, un derecho inherente y la soberanía en sí: en términos de Bodin “*majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*” (la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República).²⁰⁴ La *majestas* es para Aurora Arnaiz ese *poder supremo* (summa potestas) e indelegable que implica “la plenitud legislativa y política en general”.²⁰⁵ Es el derecho y la capacidad de decisión sobre el campo político, que incluye la conformación del Estado y de sus estructuras, la emisión del sistema jurídico y el monopolio legítimo del poder coercitivo. Este poder implica que el pueblo, en su facultad creadora y de modificación se encuentra incluso *por encima* de la ley, pero no en un sentido de incumplimiento o de sentido contrario a ésta, sino de causalidad y de fundamento originario o del ejercicio del poder de revisión sobre el conjunto del sistema.

Por su parte la *auctoritas* es la *capacidad de mando* o dirección por su fuerza moral, distinguiéndose así del poder como fuerza física. Es, para nosotros, el elemento de *legitimidad material* que tiene el poder delegado en su ejercicio y al mismo tiempo el límite de actuación referido a su mandato. La *auctoritas*, se refiere a la autoridad del soberano sobre el poder delegado que, mediante la relación de mando, condiciona al representante-funcionario que asume un poder político delegado.

La *auctoritas* “es facultativ[a] del soberano y está limitada por la atribución conferida”.²⁰⁶ Por ello, su dimensión de poder y de obediencia se relaciona directamente con la legitimidad que tiene el poder soberano sobre el aparato de Estado y el ordenamiento jurídico como entes encargados, con una capacidad delegada, del ejercicio del poder público.

La legitimación radica en que el poder de fuerza se convierte en poder de derecho y se expresa –en un modelo ideal– en una obediencia material a la *auctoritas*, en tanto presupone legitimidad en el mando, de ahí la legitimación

²⁰² *Ibidem*, p. 97.

²⁰³ Aurora Arnaiz, *Soberanía y potestad (de la soberanía del pueblo...)*, op. cit., p. 99.

²⁰⁴ Jean Bodin, *Los seis Libros de la República*, op. cit., p. 47.

²⁰⁵ Aurora Arnaiz, *Soberanía y potestad (volumen 1 de la soberanía del pueblo)*, op. cit., p. 331.

²⁰⁶ Aurora Arnaiz, *Soberanía y potestad (de la soberanía del pueblo...)*, op. cit., p. 99

democrática del derecho, y su tránsito de la fuerza como mecanismo de imposición a su configuración como un mecanismo consensual para la convivencia social que funciona como medio, al igual que el Estado, para la realización de los fines de una colectividad.

Finalmente, la *potestas* es la *facultad* delegada de ejercer el poder político materializada en el aparato de Estado que recibe “el poder delegado por el soberano a través de los sistemas de competencia, médula de la organización estatal.”²⁰⁷ La *potestas* es un poder socialmente conferido y reconocido e implica la capacidad legal del Estado en su conjunto para ejercer e imponer una determinación y las facultades derivadas de un sistema de competencia. En tanto poder delegado, implica el ejercicio del poder coercitivo y de todas las funciones que impliquen una capacidad de mando, pero no como una capacidad trasferida y sin causalidad, sino limitada por el poder originario y condicionada al cumplimiento del mandato y de los objetivos de la comunidad política.

Para nosotros la *potestas* es la articulación, en el campo del ejercicio del poder político, entre la legitimidad que brinda el mandato entre el soberano y sus representantes, expresada en la relación de mando-obediencia y la legalidad que deriva de la creación de un aparato, cuerpo legal y estructura de funcionarios como *medios* para organizar la vida social en su dimensión pública.

3.- Alcances de la soberanía popular.

Cuando el aparato de Estado y sus integrantes (Cuerpo Político) o el ordenamiento jurídico dejan de *representar* los intereses de las mayorías, pierden su condición democrática afectando el *núcleo soberano de validez* y el sentido de su creación. Esta situación de anormalidad permite que el Poder soberano como poder de excepción pueda modificarlos o sustituirlos. Esto se afirma porque la *majestas*, la *auctoritas* y la *potestas* “son atributos del soberano” y si bien el pueblo delega en situaciones de normalidad institucional y constitucional la *potestas* y la *auctoritas* “con la finalidad de conformar el Estado y el gobierno” no pierde la condición de

²⁰⁷ *Ídem.*

titular de la soberanía (*majestas*). Lo que significa que el pueblo soberano “es libre de toda dominación a la hora de decidir, en última instancia, sobre toda la realidad estatal”.²⁰⁸

Consecuentemente, el pueblo mantiene su carácter soberano en su actuación política con independencia al desarrollo del Estado, porque detenta el poder originario y supremo y como realidad dinámica es quien da existencia a la forma estatal de organización.

En nuestra propuesta la soberanía popular tiene como características esenciales la *majestas*, la *auctoritas* y la *potestas*, pero además se distingue por tener un *carácter democrático radical* que se habilita en situaciones de anormalidad política. La soberanía viene a ser entonces un *poder fundante* sobre la *res publica* y el ordenamiento estatal que le da al soberano “una facultad de disposición plena sobre la ordenación y la configuración de las cuestiones políticas y sociales dentro del Estado”.²⁰⁹ Por ello es un *un poder regulador* de las relaciones de mando obediencia un poder ordinario durante la normalidad institucional y un *poder de excepción* en crisis de la institucionalidad jurídica y estatal establecida, en el que emerge como poder extraordinario de ordenación, control o refundación del conjunto del sistema .

Aunque en términos del modelo que sostenemos, la soberanía popular es una facultad permanente, su ejercicio se concreta en situaciones extraordinarias y de colapso de la institucionalidad del poder público. Surge en momentos de anormalidad política como forma activa de actuación popular que materializa la soberanía como un poder de *fundamentación trascendente* que se ejecuta para (re) establecer un poder de mando, en un momento fundacional tal como ha sido explicada y fundamentada desde la ciencia jurídica y en momentos posteriores a la conformación primigenia del poder del Estado y del derecho.

El poder soberano como facultad permanente opera también para reapropiarse del poder frente a un ejercicio desviado del mandato, la usurpación de la estructura estatal o del gobierno en turno o la utilización desviada del ordenamiento jurídico. En

²⁰⁸ Pablo Marshall Barberán, “La soberanía popular...”, *op. cit.*, p. 259.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 261.

estos supuestos funcionaría como un mecanismo de rehabilitación, o en el máximo extremo, de refundación de todo el sistema de poder y de las relaciones de mando por parte del pueblo. Es en estos casos donde la resistencia se configura como un derecho fundamentado en la soberanía popular.

De esta forma, la soberanía popular es el mecanismo de establecimiento de un *poder obediencial* que se opone al poder sin más, al mero poder físico o económico y que se fundamenta en una definición ética que sustenta el establecimiento de una relación que sólo es legítima en la medida que cumpla con el objeto del mandato establecido democráticamente por la comunidad política. La soberanía popular es entonces, un poder fundamentalmente popular e incluyente, organizado y existente en forma legítima cuando se establece para servir a los propósitos políticos de la sociedad. Es, en suma, lo que proponemos denominar *núcleo soberano de validez* del poder político.

4.- *El pueblo como titular de la soberanía.*

El pueblo como una realidad concreta –en la historia– que se manifiesta en el campo político, puede ser reconocido por el Derecho como soberano.²¹⁰ Sin embargo, en términos de un modelo ideal que ayude a entender el fenómeno del poder es importante lograr una propuesta explicativa de esta realidad coherente y congruente, que prescindiera de las aporías que le restan validez a la soberanía popular, distanciándose de las interpretaciones formalistas o metafísicas que devienen ahistóricas o de un positivismo jurídico sin sustancia social.

La soberanía popular es un derecho popular *pre* estatal y *supra* estatal. En momentos fundacionales es un poder *ex-ante* al Estado. Y en comunidades políticas ya conformadas es un poder que permanece y va más allá del Cuerpo Político establecido. Es *supra* estatal porque al ser poder derivado no guarda identidad, no se funde con éste y no se delega de forma absoluta a la entidad que se establece

²¹⁰ Como señala diáfanoamente Heller: “la localización jurídica de la soberanía en el Pueblo no es, en absoluto, una ficción sino una realidad política cuya importancia sólo se comprende cuando se concibe a la soberanía del pueblo como debe concebirse, es decir, como un principio polémico de la división política del poder, opuesto al principio de soberanía del dominador. Hermann Heller, *Teoría del Estado...*, op. cit., pp. 314-315.

porque es una creación del pueblo que se encuentra limitado a un mandato bajo el presupuesto del carácter instrumental del aparato de Estado que funciona como un medio y no tiene personalidad propia.

De esta forma, la soberanía popular representa el “poder de crear un nuevo orden estatal y de determinar la forma en que va a ser ejercido el poder del Estado. Es así como el principio de soberanía del pueblo implica necesariamente el *poder constituyente del pueblo*”.²¹¹ Este poder, es lo que Althusius definió como el *jus majestatis*, un poder inalienable e indivisible, un poder universal de dominio que se deposita en esa comunidad política y que posee soberanía (*majestas*) y *summa potestas* (poder supremo).²¹²

La soberanía popular, como principio de creación y regulación de las relaciones de mando y de determinación del Cuerpo Político trasciende los modelos previos y adquiere su signo distintivo y originalidad en la medida que se conforma como un *poder democrático* que maximiza las tesis radicales de la Ilustración y la praxis revolucionaria que se da con las revoluciones burguesas, en el que la resistencia a la opresión no es sólo un derecho, sino además se configura como un deber jurídico y como una conducta obligada en términos políticos.²¹³

²¹¹ Pablo Marshall Barberán, “La soberanía popular...”, *op. cit.*, p. 260, (cursivas añadidas).

²¹² Giuseppe Duso, “El gobierno y el orden de las asociaciones: la política de Althusius”, Giuseppe Duso (coordinador), *El poder: para una historia de la filosofía política moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 67. El pensamiento de Johannes Althusius se enmarca en una tendencia filosófica que condensa el pensamiento político del calvinismo y la realidad gremial del Medioevo alemán y postula un cuerpo social universal desde el protestantismo. En este, son los estamentos más que el pueblo quienes se unen en un cuerpo asociado. Sus planteamientos en torno a la soberanía son también precursores del fundamento de la soberanía popular en contraste con las tesis de Bodin que concede al Monarca dicha facultad. Sus aportes sobre las asociaciones lo colocan también como un precursor del federalismo.

²¹³ Por ejemplo, la *Declaración de los Derechos del Hombre* del 26 de agosto de 1789, establece en su artículo 2º como uno de los objetivos de “toda asociación política” la “resistencia a la opresión”. La Constitución francesa de 1793 recogía en sus artículos 33, 34 y 35 el derecho de resistencia al señalar que se oprimía al conjunto del cuerpo social con la opresión a uno sólo de los individuos y que si el gobierno violaba los derechos del pueblo “la insurrección es, para éste y para cada porción, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.”

Por su parte, John Locke señalaba que desviarse del mandato podría provocar un estado de guerra de aquellos a quienes se había encomendado el poder público “La finalidad del gobierno es el bien de la humanidad. ¿Y qué es mejor para la humanidad: que el pueblo esté siempre expuesto a la ilimitada voluntad de la tiranía, o que los gobernantes puedan ser resistidos cuando hacen un uso exorbitante de su poder y lo emplean para la destrucción, y no para la protección de las propiedades de sus súbditos?”, en dicha concepción, el cuerpo político podía ser destituido por la fuerza, en el que tanto el pueblo como el gobierno tendrían un carácter de rebeldes, retornando a un estado de guerra. *Cfr.* John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen*,

Con un origen liberal centrado en el individuo como actor, la soberanía popular radicaliza el principio de una sociedad compuesta por individuos libremente asociados para construir al pueblo como sujeto político. Así, ya no son solo esos ciudadanos libres y sus intereses los que construyen y organizan un Estado, sino es un ente colectivo que redefine la forma liberal clásica del poder, democratizándola.

Esta visión se nutre además con el aporte de la revolución de independencia de las Trece Colonias, en la que el principio del pueblo como sujeto político y soberano fue reconocido en la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* de 12 de junio 1776, Documento que además reconoce que el objeto de establecer un poder político organizado e institucionalizado, es el beneficio del pueblo.

Asimismo, el republicanismo latinoamericano en su ruptura de la relación colonial con la metrópoli y en el inicio de los procesos de independencia desarrolló debates sobre la titularidad del poder soberano. Actores como Simón Bolívar y José Martí, sustentaron visiones radicales de poder y derecho establecido en función de los proyectos democráticos²¹⁴ y de soberanía popular como fundamento del poder político.²¹⁵

5.- Análisis jurídico-político de la Soberanía popular, el Acto Constituyente y el Poder Constituyente y su vinculación con el derecho a la resistencia.

En los Estados constitucionales, la soberanía popular se erige como fundamento del conjunto del sistema jurídico y político. Su capacidad de *poder fundante* es reconocida en el campo jurídico, pero sólo como un *poder originario* y no como un poder permanente, bajo un supuesto contradictorio que establece que una vez conformado en Estado y concretamente la Constitución, la misma dispone los cauces

alcance y fin del Gobierno Civil, Carlos Mellizo (traducción, introducción, y notas), Tecnos, Madrid, 2006, parágrafo 229, p. 220.

²¹⁴ “En los pueblos libres, el derecho ha de ser claro. En los pueblos dueños de sí mismos, el derecho ha de ser popular.” José Martí, “Los códigos nuevos”, *Nuestra América*, Red Ediciones, Barcelona, 2012, pp. 20-21

²¹⁵ “—La soberanía del pueblo— única autoridad legítima de las naciones”. Simón Bolívar, “Discurso al Congreso Constituyente de Bolivia”, *Doctrina del Libertador*, Red Ediciones, Barcelona, 2012, p. 246 y “Nadie sino la mayoría es soberana”. “Discurso al Congreso Constituyente de Bolivia. Valencia, 16 de diciembre de 1826”, *Ibidem.*, p. 249.

y procesos –dentro del mismo orden constitucional–, para reestablecer o refundar el sistema.

Sin embargo, si se reconoce que el Poder constituyente es expresión de la soberanía popular, habría que admitir que en los Estados constitucionales “la democracia es realmente radical [y operativa como poder supremo] sólo durante las crisis constitucionales e institucionales, en el sentido de que los marcos operáticos, interpretativos e institucionales cambian a través de la deliberación pública”.²¹⁶

La soberanía popular se imbrica como realidad concreta en el Poder constituyente, que al conservar la *majestas* es un *poder permanente* y no sólo fundante. Por ello, “en la medida que la soberanía pertenece a la comunidad política, la comunidad política no está sometida más que a su propia decisión a la hora de gobernarse.”²¹⁷ Si la facultad decisoria permanece como capacidad de definición política no puede estar limitada por el Estado, su Derecho ni por la Constitución.

Si admitimos a nivel abstracto la racionalidad jurídico-constitucional que afirma que la soberanía popular es generadora del Cuerpo Político y del principio jurídico, en congruencia epistémica debemos aceptar que las propiedades que le permiten esa capacidad creadora permanecen como elemento constitutivo al acto constituyente. En síntesis: la estructura creada por el poder soberano no puede absorber la capacidad creadora y el poder fundante de aquello de lo que es creación.

La soberanía popular como acto del poder se vincula con la creación, institucionalización y limitación del Cuerpo Político y su validación formal y material en las Constituciones al explicarla como fundamento del orden estatal y jurídico, como el elemento decisorio que determina la forma en que se ejerce el poder del Estado. Por ello, “el principio de soberanía del pueblo implica necesariamente el poder constituyente del pueblo”.²¹⁸ De esta forma, la soberanía popular como principio político y de ejercicio de poder es en el campo estatal y constitucional, una *soberanía constituyente*, cuya titularidad implica la permanencia de la capacidad de ejercicio directo del Poder constituyente por parte del pueblo.

²¹⁶ María Pastore, *Neocontractualismo y nuevo espacio público: la salida de la democracia deliberativa*, Ediciones del Signo, Buenos Aires, 2009, p. 115.

²¹⁷ Pablo Marshall Barberán, “La soberanía popular...”, *op. cit.*, p. 259.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 260.

El Poder constituyente es un atributo de la soberanía y en los Estados constitucionales es el fundamento de la supremacía constitucional. En los Estados constitucionales su ejercicio sirve para crear una Constitución, misma que le reconoce validez jurídica tanto al Poder constituyente como a la soberanía. La soberanía en un momento fundacional no está limitada ni siquiera por la propia Constitución, es un *poder de poderes* en los momentos primigenios al constituir el mecanismo de *producción originaria de derecho*.²¹⁹

Esto alcanza un consenso en términos de validación constitucional en cuanto a las propiedades del Poder constituyente y elementos constitutivos, no así para subsecuentes ejercicios de soberanía constituyente, en la que se cuestiona que el orden político, estatal y constitucional establecido, pueda admitir un poder supremo que pueda modificarlo fuera de los cauces ordinarios.

Por ello, el problema de validación surge en subsecuentes actos de modificación o sustitución del Cuerpo Político y del ordenamiento jurídico donde emerge la aporía respecto a las condiciones y naturaleza del Poder constituyente. Las Constituciones lo reconocen sólo como su origen y como condición necesaria de validez en su aspecto material y de legitimidad, pero al explicar jurídicamente el alcance del Poder soberano –soberanía constituyente–, se tiene que éste no sólo se sustrae a toda regulación constitucional que pudiera limitarlo, sino se asume como un poder no regulado por el Derecho, como un poder metajurídico que se da en situaciones de excepción y por la vía de los hechos que no tiene una naturaleza ni una justificación en el campo jurídico.

La problemática se debe abordar en por lo menos dos dimensiones. En términos de temporalidad es válido aceptar que el Poder constituyente está “fuera” del Estado constitucional en la medida que lo precede y es su causa generadora. Es decir, la soberanía constituyente es válida por su existencia *ex ante* del Estado y la Constitución, en esa medida, el hecho de ser un poder metaconstitucional no impide su acto generador, justamente porque no existe Constitución ni derecho que lo limite en un momento de generación primigenia.

²¹⁹ Cfr., Luis Recasens Siches, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 184, y Luis Recasens Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 305.

La aporía surge cuando el ejercicio del poder soberano se da *ex post* a la existencia del Cuerpo Político, porque, al considerarse un poder no limitado por la Constitución y de carácter excepcional y no de normalidad institucional, no es posible aceptar que dicho poder modifique el sistema fuera de los cauces institucionales propios de la condición de normalidad. Esta postura concluye que la soberanía del pueblo no tiene lugar como poder originario sino únicamente como poder delegado *dentro* del orden jurídico vigente, ello a pesar de ser su causa de origen. La soberanía como poder supremo se extingue mediante el establecimiento de la Constitución en el momento en el que en ella se establecen mecanismos ordinarios y dentro de la institucionalidad para la modificación del sistema.²²⁰

Este es el segundo nivel de análisis, el referente a ejercicios subsecuentes del poder supremo de creación. Al descalificar su posibilidad jurídica se pretende escindir la soberanía del derecho y dejarla sólo como acción política para hacer ver al fenómeno soberano como algo *fuera* del derecho y sólo de facto, y posteriormente conducirlo al campo político, sosteniendo que “la soberanía y el poder constituyente son fenómenos políticos, que se caracterizan fundamentalmente por la ausencia de forma jurídica, [que] al intentar juridificarlos, simplemente se atrofia su correcto significado y se los saca de contexto”.²²¹ Para esta postura, la soberanía es una cuestión de poder ubicada en la política real, pero no es una cuestión jurídica.²²²

Aunque a nivel teórico y de forma abstracta se reconoce a la soberanía como fundamento del establecimiento del Cuerpo Político, en términos de la dogmática constitucional se presenta un problema de habilitación y validación de algo que iría justamente contra la normalidad institucional y constitucional, erigiéndose no sólo como un poder de excepción, sino de modificación o sustitución del orden constitucional vigente.

El problema no es menor en la medida que el derecho funciona como un mecanismo de conservación y de normalidad, por lo que no podría, según dicha

²²⁰ Pablo Marshall Barberán, “La soberanía popular...”, *op. cit.*, p. 259.

²²¹ *Ibidem*, p. 275.

²²² “si la soberanía es un poder supremo, superior a cualquier otro, es un fenómeno político. Si además, en tanto fenómeno político se produce en el terreno de la lucha por el poder, antes que y no sólo en el de la especulación teórica, la soberanía es un problema real y no un deber ser normativo”. Miguel Covián Andrade, *Teoría constitucional*, segunda edición, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, México, 2000, p. 124.

dogmática, contener las previsiones de su suspensión o cambio. Por ello la salida de la dogmática constitucional ha sido la de reconocer su origen en una decisión del pueblo, cancelando en ese momento primigenio la condición de permanencia como poder latente y estableciendo un procedimiento para su modificación mediante la introducción de una potestad al poder constituido y procedimientos específicos de reforma de la Constitución. Esto no representa un problema a nivel de abstracción constitucional y epistémico, sino de sentido práctico en términos de validación y legitimidad del poder político.

Frente a esta posición, asumimos el carácter complejo del Derecho y del fenómeno jurídico. Incluso en un modelo idealista sobre la soberanía y el poder político, no debe soslayarse el proceso social de conformación del conjunto del sistema jurídico ni escindir la relación entre derecho y poder. Desde este horizonte es posible establecer que a todo acto de creación o modificación del Estado o del principio jurídico, subyace un proceso concreto, incluso de ruptura violenta del orden jurídico del que, válidamente, puede surgir nuevamente Derecho.²²³

Esto es así porque debajo del orden jurídico vigente subyace una realidad social con hechos de poder. En ella, existe un *poder social* que tiene una capacidad de *decisión suprema* que permite que el sistema jurídico se fundamente en la realidad política como “instancia suprema de la decisión colectiva.”²²⁴ Este resultado de interacción de fuerzas y proceso, este *poder social* es lo que determina en última instancia el sistema de Derecho, el acto constituyente y el Poder constituyente.

Sostenemos que las propiedades inherentes al poder soberano, que como supuesto racional, dan origen a la conformación del poder político y del principio jurídico, y que además, son validados por la dogmática constitucional y la filosofía del derecho, permanecen en el pueblo como sujeto político, no sólo en el momento primigenio, sino que son facultades constitutivas e indelegables de la comunidad política que mantiene su poder decisorio sobre las cuestiones políticas fundamentales.

²²³ Luis Recasens Siches, *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del Derecho*, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1952, p. 310.

²²⁴ Luis Recasens Siches, *Tratado General de Sociología, op. cit.*, p. 593.

CONCLUSIONES

Se ha establecido la existencia en la dimensión fáctica y en un sentido socio-político de un derecho a la resistencia e incluso a la revolución. Asimismo, se han delineado los argumentos de juridicidad en la medida en que si bien no constituyen derecho – desde una teoría jurídica– sí producen derecho, lo que lo les da la calidad de hechos jurídicos que se explica en el campo jurídico.

Del análisis de los argumentos que rechazan la juridicidad del derecho a la resistencia en sentido estricto, se evidencia un sesgo epistemológico de la Ciencia jurídica que a partir del desarrollo teórico sobre el Poder constituyente y la soberanía como poder originario, le otorgan propiedades y características que permiten explicar este poder como una facultad originaria y creadora del Estado y del Derecho, pero que cancelan dichas propiedades en momentos posteriores a los de la creación originaria, justificando la transferencia de la capacidad soberana y la regulación de creación o modificación del sistema por vías ordinarias en procedimientos establecidos en las Constituciones.

Sin embargo, la escisión entre momento primigenio y momentos ulteriores y facultades extraordinarias y de normalidad, conducen a cancelar la posibilidad de habilitar el poder soberano con las facultades del acto constituyente y las facultades del Poder constituyente en situaciones de anormalidad institucional.

Además de rechazar que en la dimensión fáctica la soberanía pueda tener los mismos alcances de creación y ordenación del poder político y del principio jurídico, el constitucionalismo dogmático niega la posibilidad de conceder un grado de juridicidad a la resistencia y darle así un contenido jurídico en sentido estricto.

Sin embargo, a partir de la revisión de diversos textos constitucionales que establecen formulaciones explícitas del derecho a la resistencia, se hace patente la insuficiencia del rechazo de la dogmática constitucional a reconocer como derecho y como derecho constitucional, una facultad que ha sido positivizada en la Constitución. Con ello, resalta la insuficiencia del dogmatismo jurídico para ser congruente con sus propias afirmaciones y el sustrato, fundamentalmente ideológico,

que subyace en las posturas que deniegan un carácter jurídico al derecho a la resistencia, incluso en las versiones en que se ha constitucionalizado.

Aunque en la teoría política se admiten que estos fenómenos, vinculados al acto constituyente y al poder soberano, producen derecho y son fuente constitutiva del Estado y de un ordenamiento jurídico en una comunidad política determinada, es en el derecho constitucional donde surgen las mayores objeciones a su reconocimiento. La razón: la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico-político es la única fuente que puede habilitar su transformación mediante mecanismos específicos establecidos en la misma por el Poder constituyente o por el poder derivado y sólo bajo los casos y supuestos *ex profeso* se admite una transformación del ordenamiento jurídico vigente.

Más aún, la transformación de la forma de gobierno o del propio Estado, en tanto manifestaciones concretas de un proyecto de una comunidad política, no admitirían bajo la teoría constitucional, la habilitación o validación de mecanismos metaconstitucionales como el derecho a la resistencia.

El constitucionalismo defiende como axioma que el acto constituyente como situación política y su ejercicio soberano como facultad materializada en el Poder constituyente –independientemente de su naturaleza pactista, revolucionaria, neocontractual etc.–, son la fuente de generación del Estado, del ordenamiento jurídico y de la Constitución, pero que una vez que ha acontecido el momento fundacional, la institucionalización del poder y de sus mecanismos de revisión alcanza un grado tal en la Constitución que las propiedades inherentes al soberano son transferidas a mecanismos institucionales y de normalidad, que establecen procedimientos extraordinarios, pero dentro del sistema, para su modificación.

Sin embargo, en términos generales el constitucionalismo admite que la resistencia e incluso la revolución, pueden producir consecuencias jurídicas e incluso transformar radicalmente o constituir un nuevo orden jurídico, sin que esas situaciones puedan ser consideradas de derecho en sentido estricto.

Esta generalización que ha devenido axioma representa una aporía en la medida en que la validación del poder Constituyente y del acto soberano como fundamento del orden político y jurídico, sólo es admisible en un primer momento,

“fundacional” y “originario”, pero una vez establecida el Estado, y el ordenamiento jurídico, cuyo pilar es la Constitución, se prevén mecanismos de regulación que sientan las bases para la adecuación y autorregulación del sistema e impiden que el proceso originario surja nuevamente en un sentido prístino, quedando reducido a un metarrelato fundacional que nunca más vuelve a verificarse al quedar regulado, institucionalizando y transferido el poder soberano constituyente y el acto constituyente.

Estas posturas escinden el proceso social de conformación del poder político y del principio jurídico y dotan al sistema creado como una entidad que se (re)produce a sí misma, soslayando que el pueblo como realidad histórica concreta determina las decisiones políticas fundamentales y que en esa medida puede modificar y sustituir tanto al Estado y al Derecho institucionalizado ya que ambos representan medios y no fines. Son creaciones derivadas pero no los elementos originarios y si bien detentan algunas características de la soberanía lo hacen mediante una transferencia condicionada al cumplimiento del mandando, teniendo un carácter instrumental y obediencial, permaneciendo la facultad decisoria en el órgano de creación, que es el pueblo, pero no en los entes creados: Estado y ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la soberanía popular como poder de mando *políticamente fundante, supremo, independiente, inalienable, indivisible y elemento de legitimación y control permanente del Estado y del derecho*, implica una facultad permanente de creación o restablecimiento del mando, ya que las formas institucionales y jurídicas establecidas por la comunidad política son válidas sólo si cumplen con el carácter obediencial conferido por el mandato.

En consecuencia, la trasgresión al mando, el ejercicio desviado del poder, la creación de derecho contrario a la comunidad política o su uso ilegítimo y arbitrario, así como las violaciones a derechos fundamentales, son situaciones que permiten activar el poder soberano en una situación de anomalía jurídico-institucional y ejercer la resistencia como una facultad que se activa frente a un orden establecido que ha devenido contrario al mandato popular.

Esto implica que la facultad soberana que permanece latente se activa como facultad de ordenación o restablecimiento del mando, como un *poder de excepción* y

de *rehabilitación del mandato* en condiciones de anormalidad del sistema e institucionalidad establecidas. Sus alcances son tales que puede incluso, suspender la Constitución para ejercer el Poder constituyente y reordenar el principio jurídico, el gobierno e incluso toda la estructura estatal.

El derecho de resistencia es válido como expresión del poder soberano porque el poder delegado, el orden jurídico y la institucionalidad estatal deben cumplir con un principio de legitimación democrática, respetando el *núcleo soberano de validez* expresado en los objetivos de una comunidad política y la vigencia de los derechos fundamentales como la razón de existencia de un Estado constitucional de derecho. En el cumplimiento de estos intereses radica su legitimidad material. Por tanto, el carácter democrático de la soberanía implica el ejercicio popular permanente del poder político en condiciones ordinarias y en aquellas de excepción, dando vigencia a la democracia como principio de legitimidad procedimental en el primer supuesto, y sustantiva y directamente en condiciones de anormalidad.

La resistencia se ha establecido en la Modernidad política como un principio político de ordenación del poder, mismo que tiene una dimensión instrumental y obediencial, pero también como una atribución de carácter jurídico vinculada a la soberanía como poder originario y supremo de decisión.

Además, el Poder constituyente como consecuencia del ejercicio de la soberanía es creador, en un modelo ideal, del principio jurídico y del aparato del Estado. Consecuentemente, es válido sostener sus alcances para ulteriores ejercicios, y en este caso, la resistencia es un mecanismo frente a la usurpación o desviación del poder, el uso arbitrario o ilegítimo del sistema jurídico o la comisión de violaciones a derechos fundamentales por parte de la institucionalidad o los mandatarios representados en el aparato de Estado.

Sostenemos que la resistencia es un derecho porque la dogmática constitucional y la filosofía del derecho la admiten como un hecho generador de derecho, lo que le da un grado de juridicidad. Además, la resistencia como derecho se ha *constitucionalizado* en el siglo XX, siendo una facultad reconocida por situarse en el núcleo democrático de las Constituciones. Si bien se podría cuestionar si todo aquello que se incorpora al Pacto Fundamental puede ser considerado constitucional

desde una dimensión material, lo cierto es que en algunos textos constitucionales se ha positivizado y eso le confiere un carácter jurídico y un rango de derecho constitucional, derribando así las aporías y la negación dogmática de su juridicidad constitucional.

Por otra parte, las declaraciones de derechos humanos del siglo XIX; las Constituciones del siglo XX y el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI, recuperan una larga tradición sobre el carácter obediencial del poder político, la soberanía popular y el derecho a la resistencia, cuyo desarrollo y reconocimiento ha alcanzado un estatus suficiente como derecho, incluso constitucional.

Las teorías críticas del derecho permiten evidenciar que la epistemología jurídica hegemónica tiene sesgos de carácter ideológico que no permiten aproximarse al derecho como un mecanismo de cambio social, sino de conservación de orden dominante, además de insuficiencias en su propia legalidad en temas como el derecho a la resistencia en la que prevalecen argumentos políticos hechos pasar por construcciones jurídicas. De ahí la necesidad de revisar críticamente los fundamentos sobre los que descansan temáticas como el derecho a la resistencia y su validación jurídica en la que el axioma “fundacional” permitiría por identidad fundamentar una habilitación permanente y no sólo originaria del ejercicio del poder soberano.

Asimismo, es importante mantener la consolidación de una disciplina jurídica que sin perder su especificidad tenga la capacidad dialógica con otras disciplinas sociales y permita introducir herramientas analíticas e interpretativas del campo de conocimiento de los fenómenos sociales para así, poder reconocer de mejor manera los fenómenos que producen derecho, con el propósito de superar la escisión artificial entre poder y derecho y responder de mejor manera a las actuales realidades que han complejizado las relaciones sociales de poder y el rol del derecho en las sociedades, transitando a nuevos paradigmas jurídicos capaces de superar el modelo de interpretación ahistórico y formal por una epistemología que reconozca las relaciones sociales como factor constitutivo del campo jurídico.

Finalmente, la resistencia se configura en nuestra opinión, como un derecho fundamental en las circunstancias actuales en que las comunidades políticas tienen

un rol más activo en la conformación de las estructuras jurídicas y de poder político y el sistema constitucional bajo una conformación dinámica ha generado formulaciones jurídicas novedosas, que materializan concepciones de poder político y de capacidad soberana sobre la base del reconocimiento del pueblo como actor político. Por ello, la resistencia se erige como un derecho político de primer orden en tanto control de poder político y una facultad jurídica como límite al poder establecido. La resistencia es un derecho que se sustenta en la legitimidad democrática del sistema y se apoya en una dimensión en la que el Derecho tiene sentido trascendente siempre que posibilite proyectos sociales igualitarios, emancipatorios y de democracia popular.

BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía* (actualizado y aumentado por Giovanni Fornero), cuarta edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

ADORNO, Theodor W., *Sobre la metacrítica de la teoría del conocimiento. Estudios sobre Husserl y las antinomias fenomenológicas*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, segunda edición, Fontamara, México, 2000.

ARNAIZ AMIGO, Aurora, *Soberanía y potestad (volumen 1 de la soberanía del pueblo)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971.

-----, *Soberanía y potestad (de la soberanía del pueblo; de la potestad del Estado)*, segunda edición, Miguel Ángel Porrúa, México, 1981.

-----, *El Estado y sus fundamentos institucionales*, Trillas, México, 1995.

-----, *El origen contractual del Estado y su justificación histórica*, McGraw-Hill, México, 1999.

BARRETO ROZO, Antonio, *La generación del Estado de sitio. El juicio a la anormalidad institucional en la Asamblea nacional Constituyente de 1991*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.

BENJAMIN, Walter, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, (introducción y traducción de Bolívar Echeverría), Ítaca y Universidad Autónoma de la Ciudad de México (coedición), México, 2008.

BERNARD MAINAR, Rafael, *Derecho romano: curso de derecho privado romano*, segunda edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón (traducción), Fontamara, México, 1991.

-----, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

-----, *El futuro de la democracia*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994.

BODIN, Jean, *Los seis Libros de la República*, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

BOLÍVAR, Simón, *Doctrina del Libertador*, Red Ediciones, Barcelona, 2012.

BOURDIEU, Pierre, *Los usos sociales de la ciencia*, Nueva Visión, Argentina, 2000.

-----, *Poder Derecho y clases sociales*, segunda edición, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.

BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, decimonovena edición, Editorial Porrúa, México, 2007.

CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, octava edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría constitucional*, segunda edición, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, México, 2000.

CORREAS, Oscar, *Pluralismo Jurídico Alternatividad y Derecho Indígena (ensayos)*, Fontamara, México, 2003.

DE CABO MARTÍN, Carlos, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997.

DE HIPONA, San Agustín, *La ciudad de Dios*, Editorial Porrúa decimosegunda edición, México, 1994.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, Bogotá, 2004.

DE MARIANA, Juan, *Del Rey y de la institución de la dignidad real*, Editorial Partenon, Argentina, 1945.

DE MIGUEL, Raimundo, *Nuevo diccionario latino-español etimológico*, segunda edición, Visor Libros, Madrid, 2003.

DE ROMANS, Humberto, *Carta a los religiosos sobre los tres votos y algunas virtudes*, Editorial OPE, Salamanca, 1984.

DUFRENNE, Mikel, y KNAPP, Víctor, *Corrientes de la investigación en las ciencias sociales*, tomo III, primera edición, Tecnos y UNESCO (coedición), Madrid, 1982.

DUSO, Giuseppe (coordinador), *El poder: para una historia de la filosofía política moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

DUSSEL, Enrique, *20 tesis de política*, Siglo XXI Editores, México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi (*et al*), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *En torno a los problemas de la metodología del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

FLORES OLEA, Víctor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1975.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad, tomo 1, La voluntad de saber*, trigésima edición, Siglo XXI Editores, México, 2005.

GARCÍA, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A., (editores) *Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídico críticos*, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, Bogotá, 2003.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La definición del derecho*, Universidad Veracruzana, México, 1969.

GARGARELLA, Roberto, *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila Editores, Argentina, 2005.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, María de la Luz, *Breve teoría de la revolución*, Editorial Porrúa, México, 2008.

GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, Limusa y Universidad Iberoamericana (coedición), segunda edición, México, 2007.

GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y la paz*, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1925.

HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica (coedición), México, 1995.

-----, *Teoría del Estado*, Segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

HINSLEY, Francis Harry, *El concepto de soberanía*, Editorial Labor. S.A., Barcelona, 1972.

HOBBSAWM, Eric, *Naciones y Nacionalismo desde 1780*, Crítica, Barcelona, 2000.

JELLINEK, George, *Teoría General del Estado*, segunda edición, Compañía Editorial Continental S.A., México, 1958.

-----, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, segunda edición, quinta reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.

LAZCANO FERNÁNDEZ, Román, *Análisis comparado del poder constituyente. Imposibilidad constitucional para convocar por vía de derecho a una Asamblea Constituyente en México*, Editorial Porrúa, México, 2006.

LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Carlos Mellizo (traducción, introducción, y notas), Tecnos, Madrid, 2006.

LOZANO VILLEGAS, Germán, *Control político en el ordenamiento constitucional colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

MADRAZO RIVAS, Enrique, *La soberanía. La evolución del concepto hacia una perspectiva internacional*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Sociología jurídica*, Trillas, México, 1992.

MARTÍ, José, *Nuestra América*, Red Ediciones, Barcelona, 2012.

MORALES REYNOSO, María de Lourdes, *La objeción de conciencia como derecho fundamental*, Universidad Autónoma del Estado de México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa (coedición), México, 2013.

MORENO GARCÍA, Sinfiorano, *Concepción y concepto de soberanía. Particular referencia al Artículo 1.2 de la Constitución Española de 1978* (tesis doctoral), Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2006, (en línea), [<http://www.soberania.es/Subpaginas/TESIS/PDF/SOBERANIA%20-%20TESIS%20DOCTORAL.pdf>]

MUÑOZ, Carlos, *Fundamentos para la teoría general del Derecho*, Plaza y Valdés Editores, México, 2004.

ORO TAPIA, Luis R., *Max Weber: la política y los políticos. Una mirada desde la periferia*, RIL Editores, Santiago de Chile, 2010.

OSORIO, Jaime, *El Estado en el centro de la mundialización. La sociedad civil y el asunto del poder*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

-----, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y su conocimiento*, Fondo de Cultura Económica y Universidad Autónoma Metropolitana (coedición), México, 2008.

-----, *Explotación redoblada y actualidad de la revolución. Refundación societal, rearticulación popular y nuevo autoritarismo*, Ítaca y UAM–Xochimilco (coedición), México, 2009.

OXFAM INTERNACIONAL, *Riqueza: tenerlo todos y querer más*, 2015.

PASTORE, María, *Neocontractualismo y nuevo espacio público: la salida de la democracia deliberativa*, Ediciones del Signo, Buenos Aires, 2009.

RECASENS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del Derecho*, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1952.

-----, *Tratado general de sociología*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1964.

-----, *Introducción al estudio del derecho*, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1991.

-----, *Tratado general de filosofía del derecho*, decimonovena edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

RESTA, Eligio, y BERGALLI, Roberto (coordinadores), *Soberanía: un principio que se derrumba: aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1996.

RIVERA, Aline, *La resistencia a la opresión. Un derecho fundamental*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, México, 2009.

RODRÍGUEZ, Simón, *Sociedades americanas*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato Social. Discurso sobre las ciencias y Artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, Alianza editorial, Madrid, 2003.

SALAMANCA, Antonio, *El derecho a la revolución. Iusmaterialismo para una política crítica*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí (coedición), México, 2006.

SÁNCHEZ Vimonet, Carlos, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN y OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADA DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (coedición), *Compilación de instrumentos internacionales sobre la protección de la persona aplicables en México*, Tomo I, México, 2012.

ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

SCHMITT, Carl, *Carl Schmitt, Teólogo de la política*, Héctor Orestes Aguilar (prólogo y selección de textos), Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Sobre el Origen de las Declaraciones de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, cuadragésima edición, Editorial Porrúa, México, 2009.

VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder, por una resistencia constitucional*, Trotta, Madrid, 2012.

VON SHILLER, Friedrich, *Dramas de C.F. Schiller*, (traducción de Jose Yxart), Casa Editorial Maucci, Barcelona, 1909.

VV. AA., *Biblia de Jerusalén*, Desclé de Brouwer, S.A., Bilbao, 1992.

-----, *Valoración jurídico penal del juicio más trascendental de la historia de Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1998.

-----, *Catecismo de la Iglesia católica*, San Pablo, Bogotá, 2000.

-----, *Léxico de la política*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y Fondo de Cultura Económica (coedición), México, 2000.

WALLERSTEIN, Immanuel, *Después del liberalismo*, Siglo XXI y Universidad Nacional Autónoma de México (coedición), México, 2001.

-----, *El moderno sistema mundial. Volumen 1. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Siglo XXI Editores, México, 2005.

-----, *Abrir las ciencias sociales*, Siglo XXI Editores, México, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, Bogotá, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, (traducción y prólogo Miguel Carbonell), Mínima Trotta, Madrid, 2005.

Revistas

ATTILI, Antonella “Derecho y poder en la crisis de la soberanía”, *Theoría: Revista del Colegio de Filosofía*, número 7, diciembre de 1998, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

CARBAJAL, Patricio, “Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), número 76, abril-junio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

CAPDEVILLE, Pauline, “La resistencia al derecho en la teoría política” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXII, núm. 258, julio-diciembre de 2012, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

CORREAS, Oscar, “Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia”, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, número 81, nueva serie, año XXVII, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, David Jorge, “La antesala del "Leviatán" las maneras de la integración política en la época prerrevolucionaria”, *Bajo palabra. Revista de filosofía*, Universidad Autónoma de Madrid, número 2, 2007.

ESCOBAR CÓRDOBA, Federico, “Una defensa pluralista de la investigación jurídica”, *Criterio Jurídico*, volumen 8 número 2, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, número 16–17, Asociación Jueces para la democracia, 1992.

-----, "Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 28, Universidad de Alicante, 2005.

FONDEVILA MARÓN, Manuel, "Pobo, Estado, Nación", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 15, Universidade da Coruña, 2001.

GARCÍA MARÍN, José María, "La doctrina de la soberanía del Monarca", *Revista Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derechos público e historia constitucional*, 1/1998, Universidad de Oviedo, España, 1998.

LUCAS VERDÚ, Pablo, "Estado de derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 33, mayo-junio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1983.

MARSHALL, Pablo, "La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXV, segundo semestre, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010.

MORALES HERVIAS, Rómulo, "Dogmática jurídica y sistema jurídico: Aproximaciones a la sociología y Antropología jurídicas", *Boletín del instituto Riva-Agüero*, número 28, Pontificia Universidad de Perú, Lima, 2001.

MUÑOZ ROCHA, Carlos, "La ciencia del derecho" *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana 1990-1991*, número 20, Universidad Iberoamericana, 1990.

OSORIO, Jaime, "El hiato entre Estado y aparato: capital, poder y comunidad", *Argumentos*, nueva época, volumen 23, número 64, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2010.

SICILIA, Javier, “La revuelta de la inteligencia”, *Proceso*, número 1847.

SUMARI BUENDÍA, Jorge, “Ser o no ser de la investigación jurídica”, *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*, Nueva Era, año 8, número 8, Universidad Nacional de San Agustín, 2006.

TAPIA VALDÉS, Jorge, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, *Estudios Constitucionales*, año 6, número 2, Universidad de Talca, 2008.

TEUBNER, Gunther, “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 25, Universidad Alicante, 2002.

VEGA CANTOR, Renán, “Crisis Civilizatoria”, *Revista Herramienta*, número 42, (en línea) [<http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-42/crisis-civilizatoria>]

VITA, Leticia, “Soberanía y derecho internacional en el pensamiento jurídico de Weimar”, *EJIL - EAFIT Journal of International Law*, volumen 3, número 1, Universidad EAFIT, 2012.

VITALE, Ermanno, “Cambio político, Constitución y derecho de resistencia”, *Isonomia. Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 32, abril de 2010, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2010.

Legislación

Acta Constitucional de Francia.

Constitución de la República de Cuba.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución de Mali.

Constitución Española.

Constitución Política de la República de Nicaragua.

Constitución Política del Ecuador.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Fundamental de Alemania.

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	13
1.- Justificación y relevancia del tema.....	18
2.- Marco teórico.....	22
a) Derecho como ciencia.....	22
i) ¿Podemos comprender científicamente el fenómeno jurídico?.....	22
ii) Factores que inciden en la producción de conocimiento jurídico.....	25
iii) Crisis de los paradigmas de la Ciencia jurídica y de la Teoría del Derecho.....	28
iv) Hacia nuevos paradigmas en el estudio de lo jurídico.....	29
b) Teorías críticas del Derecho como marco analítico.....	33
c) Derecho y cambio social.....	34

Capitulo Primero

El derecho a la resistencia y la soberanía

Marco Histórico.....	37
1.- Derecho a la resistencia.....	37
a) Antigüedad.....	37
b) Cristianismo y protestantismo.....	38
c) Modernidad Política.....	45
d) El derecho a la resistencia y las Declaraciones de Derechos.....	46
e) El derecho a la resistencia en el siglo XX.....	53
2.- Soberanía.....	57

Capítulo Segundo

Soberanía popular, Estado y Derecho

1.- Soberanía popular como poder de la comunidad política.....	71
a) Soberanía y poder político.....	71

b) El sujeto soberano: Estado Pueblo y Nación.....	72
c) Acto constituyente y Poder constituyente.....	78
d) Constitución.....	81
e) Estado y Constitución y el núcleo soberano de su validez.....	82
2.- Soberanía popular y orden jurídico.....	84
a) Soberanía como fuente del Derecho.....	84
b) Soberanía popular y derecho a la resistencia en instrumentos normativos.....	86
c) El derecho a la resistencia y su calificación jurídica.....	91

Capítulo Tercero

La soberanía popular como fundamento del derecho a la resistencia

1.- Soberanía popular como poder social en el campo político.....	99
2.- Caracterización de la soberanía popular.....	102
3.- Alcances de la soberanía popular.....	104
4.- El pueblo como titular de la soberanía.....	106
5.- Análisis jurídico-político de la Soberanía popular, el Acto Constituyente y el Poder Constituyente y su vinculación con el derecho a la resistencia.....	108
Conclusiones.....	113
Bibliografía.....	119