

Derecho de resistencia y Constituciones

Por JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO

Universidad de Murcia

Sean cuales fueren las causas de la no positivación del derecho de resistencia en el plano constitucional, la verdad es que ello es un hecho incontestable en la generalidad de las modernas leyes constitucionales. En el siglo XX, parece que este criterio se acentúa, y sólo alguno lo recoge en su articulado, como es el caso de la alemana de 1949. La llamada Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) o Ley Fundamental de Bonn, por el lugar de su promulgación (*Bonner Grundgesetz*), incorporó en el año 1968 a su texto el derecho de resistencia (*Recht zum Widerstand*) añadiendo un cuarto párrafo al artículo 20, párrafo que dice así: «Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia»¹. Desde luego, este modo de establecer la resistencia a nivel constitucional, además posibilitando su ejercicio individual y no sólo colectivamente, significa en cierta medida un replanteamiento o una vuelta a la necesidad de garantizar jurídicamente ese derecho desde presupuestos jurídico-formales del Estado. El requisito de la formalización del derecho de resistencia como derecho positivo legislado por el Estado mismo, constituye ya de por sí una posibilidad de control de su ejercicio. Y es más, cabe pensar que en el caso de la *Grundgesetz* este derecho sirve para garantizar el orden constitucional vigente, en tanto va expresamente dirigido contra quie-

¹ Tomado del tomo I de *Las Constituciones europeas*, edición de Mariano DARANAS PELÁEZ, Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 65.

nes intenten eliminar ese mismo orden. Significa entonces una cláusula de garantía de todo el ordenamiento jurídico básico del Estado. Convertido en un derecho objetivo, este derecho subjetivo de resistencia puede quedar perfectamente regulado pasando de su primigenio carácter, moral con implicaciones ético-sociales, a una nueva dimensión netamente jurídica. Dimensión que en un Estado constitucional y democrático de derecho no tiene fundamento alguno según Martín Kriele². Sólo desde los presupuestos morales puede ser fundamentada la resistencia a las leyes y a las instituciones jurídicas particulares en estos Estados. Además, tal justificación moral no puede hacerse aleatoriamente en todo momento y circunstancia, sino que tiene que darse bajo determinados presupuestos, que Kriele reduce a dos: primero, tiene que tratarse de injusticias extremas o muy graves, y segundo, aquél que quiera justificar moralmente la resistencia, tiene que correr con el deber de fundamentación y con la carga de la prueba³.

Es decir, un primer supuesto justificativo de los actos o las motivaciones de resistencia por la existencia de condiciones objetivas suficientes para llevar a cabo tales actos, y un segundo supuesto radicado en el sujeto que tiene que fundamentar sus acciones y probar fehacientemente las antedichas situaciones de injusticia. Y ello, porque hay una jurisdicción en el Estado de derecho que puede intervenir sancionando a quienes practican la resistencia, sanciones que, por supuesto, también están sujetas al control judicial y no son arbitrarias o caprichosas.

Frente a la tesis de M. Kriele, y arrancando desde sus mismos presupuestos, se alza la de Ralf Dreier, quien afirma que no es correcto sostener que en un Estado constitucional democrático la resistencia contra las leyes e instituciones jurídicas particulares no puede ser fundamentada jurídica, sino tan sólo moralmente⁴.

Según Dreier, puede sostenerse precisamente lo contrario de lo sostenido por Kriele; es decir: «... que justamente porque al Estado constitucional democrático incumbe la garantía de los derechos fundamentales y la protección jurídica a través de los tribunales independientes, la resistencia en él pueda ser fundamentada no sólo moralmente sino también jurídicamente, sobre todo invocando los derechos fundamentales»⁵.

Precisamente porque existe ese control de la jurisdicción, la resistencia puede tener un fundamento plenamente jurídico, aparte del que indiscutiblemente tiene asegurado en el ámbito de la moral.

² KRIELE, M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, citado por Ralf DREIER, *Recht Moral Ideologie, Studien zur Rechtslehre*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1981, pp. 199-200. Hay una traducción española del capítulo 6 de esta obra: «Derecho y Moral» en la compilación de Ernesto GARZÓN VALDÉS, publicada bajo el título *Derecho y Filosofía*, por Editorial Alfa, Barcelona/Caracas, 1985. Véanse pp. 95-96. Remitimos para un análisis de la protección constitucional y el deber y el derecho de resistencia, tanto en la Ley Fundamental de Boon (Grundgesetz) como en los *Länderverfassungen*, al libro de PETERS, Hans, *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung*, Springer-Verlag, Berlín, Heidelberg, 1969, pp. 157 ss.

³ DREIER, *ibid* de la edic. española.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 96.

Dreier trae a colación el fallo de la sentencia del Tribunal Federal Constitucional, de fecha 17 de agosto de 1956, que se ocupa de la problemática del derecho de resistencia en un Estado de derecho. En el fallo del Tribunal quedó en el aire la cuestión acerca de la necesidad de reconocer el derecho de resistencia en el Estado constitucional, pero a la vez, formuló las exigencias que en caso afirmativo debían ser condicionantes de su ejercicio. Según el Tribunal, el derecho de resistencia en un Estado tal podía existir *sólo en un sentido de conservación*, o sea, como derecho de emergencia para garantizar o restablecer el ordenamiento jurídico⁶. Además, debe ser el recurso último para restablecer el derecho, cuando el ordenamiento existente ya no ofrece posibilidad alguna de solución a la injusticia.

Dejando a un lado el problema de la conceptualización o del lenguaje respecto de si es conveniente hablar de «resistencia» a secas, o de «derecho de resistencia», para justificar su reconocimiento sobre la base de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, Dreier va más lejos, y plantea la cuestión de «si en un estado de Derecho que posee un sistema completo de derechos fundamentales y de protección jurídica, existe la necesidad de reconocer un derecho de resistencia pre o supraestatal, es decir *iusnaturalista*»⁷.

Dreier, aun admitiendo que las instituciones del Estado de derecho pueden correr el peligro de pervertirse, considera absurdo el reconocimiento en su seno de un derecho de resistencia supraestatal al modo *iusnaturalista*, puesto que ello significaría su autoentrega. Así, mientras estas instituciones existan o funcionen de alguna manera «... la lucha por su mantenimiento puede y tiene que hacerse a través de los medio del derecho de resistencia acorde con la Constitución»⁸.

Por tanto, Dreier tampoco admite un derecho natural fuera de los parámetros constitucionales o superior o extrajurídico –en sentido positivista–, que puede ejercerse, por consiguiente, al margen de la legalidad ofrecida por el ordenamiento jurídico existente. Por lo que parece desprenderse de su trabajo, únicamente dentro de la legalidad vigente puede intentarse combatir la injusticia producida por esa misma legalidad; es dentro del sistema desde donde se legitima la lucha por su mantenimiento. Y ello, sin entrar en mayores disquisiciones, es suponer que el sistema constitucional del Estado de derecho constituye la referencia última a la que podemos acogernos para garantizar un orden justo y seguro. Toda referencia supraestatal puede encontrar significación cuando el Estado mismo no existe o ha desaparecido o en todo caso es un Estado distinto del conocido históricamente como de derecho.

Cercana a esta posición es la mantenida en nuestro país por el profesor Peces-Barba, quien delimitando el problema a un plano estrictamente jurídico-positivo o legalista, afirma que «la Revolución es fun-

⁶ *Ibid.*, p. 97.

⁷ *Ibid.*, p. 98.

⁸ *Ibid.*, p. 100.

damentalmente una cuestión de hecho y de justificación ética, política, axiológica, pero nunca jurídica»⁹.

El problema, más profundo, puede plantearse, sin embargo, en un contexto diferente cuando la resistencia deflagrada en un movimiento revolucionario alcanza el triunfo frente al poder establecido y adquiere con ello la característica de órgano de la nueva producción jurídico-legal. Entonces cabría preguntarse si la resistencia encontraría una legitimación jurídica, puesto que se constituye en poder revolucionario capaz de imponer fáctica y jurídicamente sus normas; o dicho de otra manera, ¿podría justificarse la resistencia como condición para una legitimación específicamente jurídica, aunque subsiguiente; *quoad exercitium*? Parece que la respuesta afirmativa sería difícilmente rebatible, puesto que si en principio la resistencia, especialmente la activa o violenta, no goza de una juridicidad capaz de ofrecerle cobertura legítima, sin embargo, una vez cerrado el ciclo de la lucha por el poder —por mantenerlo o por conseguirlo—, si los partidarios del cambio político-jurídico triunfan, estarán en condiciones, en tanto fuerza revolucionaria o simplemente como movimiento de resistencia capaz de conducir el gobierno con miras al bien común, de crear e implantar un derecho de tales características, estableciéndose por el ejercicio del poder conseguido una normación positiva directamente originada en ese proceso de resistencia. Al final del ciclo, si esta resistencia triunfa, asumirá un carácter jurídico y se impondrá como derecho. La resistencia, desde esta perspectiva, comienza sin justificación jurídica pero acaba siendo la justificación jurídica de todo el nuevo ordenamiento jurídico.

Claro está que si el movimiento de resistencia no parte del pueblo sino contra el pueblo y encaminado al bien particular de uno o unos pocos, entonces, aun cuando sea si triunfa el punto de referencia de todo el derecho establecido, tendrá meramente legitimación formal, pero la faltará la legitimación sociológica, democrática, que sólo puede encontrarse en la armonía entre pueblo y gobernantes, y no en su contraposición.

Bien es verdad que el derecho de resistencia legítima se aparta aquí del problema de su constitucionalización, quedando solamente reducido su análisis al terreno de los derechos fundamentales, entre los que evidentemente el profesor Peces-Barba no incluye a éste como un derecho en el pleno sentido jurídico del término tal y como lo hacía Dreier.

Para Peces-Barba, la resistencia no es un derecho, no es una cuestión jurídica y por tanto es irrelevante o no significativa desde el punto de vista jurídico. El clásico derecho de resistencia escolástico no sirve para legitimar la revolución, ya que ésta se distingue de la pura subversión, en el plano del Derecho, por sus resultados¹⁰. Ésta es la res-

⁹ PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Editorial Latina, 3.ª edición, Madrid, 1980, pp. 28-29.

¹⁰ «Si triunfa el intento revolucionario, aunque no tenga ninguna justificación racional, será santificada por los vencedores que impondrán su sistema jurídico; por el

puesta dada por Peces-Barba a las cuestiones críticas planteadas por el profesor Fernández-Galiano¹¹, respecto a su posición. Aquí, reconocimiento de órdenes suprapositivos y por tanto supraestatales y negación de tal reconocimiento, chocan justo en un problema que constitucionalmente encuentra hoy por hoy, un rechazo bastante generalizado. Parece que las Constituciones vigentes de la mayoría de los países no plasman en su contenido un derecho que indudablemente, puede resultarles fatal si se interpreta en una dirección contraria a la determinada por el poder público. Nadie quiere cargar, por lo visto, con el riesgo que supone introducir un posible germen de anarquía en los principios básicos del ordenamiento jurídico, que por su propia definición tiende a estabilizarse y conservarse.

Sólo en aquellos textos constitucionales en los que se especifica como garantía del orden mismo establecido, como es el caso de la Grundgesetz alemana; o en algún otro, más bien producto de un previo planteamiento revolucionario, como es el caso de la Constitución portuguesa de 1976 –producto inmediato de la revolución de 25 de abril del año anterior–, se encuentra incorporada al texto positivo la resistencia como un derecho fundamental del ciudadano; así el artículo 20.2 de este texto reza como sigue: «Todos tendrán derecho a resistir a cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza toda agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública¹²». En realidad, es un derecho equiparable al de la legítima defensa que, en definitiva, era tal y como se entendía la resistencia desde los supuestos de la más pura escolástica tomista. Por otra parte, Gómez-Reino¹³ pone de manifiesto el no reconocimiento u olvido del derecho de resistencia en el texto constitucional español de 1978, olvido que no es el único y aislado en nuestra historia constitucional, puesto que el derecho de resistencia ha sido olvidado de forma perenne en los sucesivos textos constitucionales que han recogido los

contrario, si no triunfa, ya puede tener la mejor de las justificaciones y defender valores apreciables y necesarios que será condenada y sus autores juzgados por los tribunales del sistema jurídico y político que intentaban derrocar. La Filosofía seguirá valorando positiva o negativamente el intento revolucionario y en ese nivel se plantea el problema de la legitimidad, pero el Derecho sólo lo valorará, desde dentro, por sus resultados. ¿Se puede así seguir hablando del derecho de resistencia como auténtico derecho desde el punto de vista jurídico?». *Ibid.*, p. 29.

¹¹ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*, 4.ª edición, Madrid, 1983. El profesor Fernández-Galiano, representante de una posición iusnaturalista o como él prefiere llamarla «objetivismo jurídico», cree en la existencia de ciertos derechos independientes de su presencia o no en un ordenamiento jurídico y por ello critica la actitud legalista del profesor Peces-Barba para quien esos derechos o están recogidos positivamente o no son tales derechos; en todo caso meros valores. Fernández-Galiano aboga por un orden suprapositivo frente a los poderes tiránicos al que se pueda acudir sin estar supeditados a la estricta legalidad vigente y rechaza por pragmática la actitud de su colega. Véanse para esta crítica las páginas 164, 165 y 166 de su manual.

¹² Tomado de *Las Constituciones europeas*, citado, tomo II, p. 1533.

¹³ Véase el artículo de GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, titulado «Las libertades públicas en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, tomo I, UNED, Madrid, 1978, p. 62.

avatares políticos de nuestro país. Ello no debe sorprendernos puesto que precisamente, no sólo en España, sino en todo el movimiento constitucionalista europeo, este derecho se ha visto como antítesis radical. Al menos, así se pone de manifiesto para muchos, cuando el Parlamento Federal Alemán (Bundestag) decide introducirlo en el texto constitucional, dando un paso en claro contraste con la doctrina clásica del derecho constitucional, en tanto que dicha doctrina encuentra en el reconocimiento del derecho de resistencia la renuncia jurídica explícita a la salvaguardia del poder soberano del Estado, ya que con su introducción se producirla desde esta perspectiva una especie de autoalienación de algo que de suyo es inalienable, volviendo a viejas formas político-jurídicas superadas por el constitucionalismo moderno, en tanto que precisamente el desarrollo de éste era en gran medida el resultado de la superación de aquel derecho medieval ¹⁴.

No obstante, y contemplado desde una perspectiva menos radical, la positivación constitucional del derecho de resistencia alcanza una dimensión menos antitética, capaz de ofrecer una incardinación relativamente armónica de este derecho fundamental en el ordenamiento jurídico-político, en tanto en cuanto pueda constituir una garantía más, regulada por el propio sistema. En este sentido, el derecho de resistencia representa un orden jurídico objetivo, función de su constitucionalidad, a diferencia de un «derecho público subjetivo», alcanzando a su vez una dimensión trascendente al estatuto jurídico positivo, ya que debemos tener en cuenta el concepto de «constitución real», que ha de articularse reincidiendo en el propio orden jurídico constitucional positivo. Así, el límite externo del derecho de resistencia estaría constituido por la desaparición de tal ordenamiento, o por el supuesto de su institución o novación. Esto, conforme a una determinación crítica inmanente al propio ordenamiento constitucional. De ahí la posible confusión –falta de delimitación suficiente–, entre *derecho de resistencia*/hecho negativo, de *sedición* o *subversión* (violencia), y hecho positivo, aunque mediato, respecto de sus efectos, de *revolución*.

Por otra parte, tras la etapa histórica de un derecho de resistencia individualista, la fase actual, en rigor post-constitucionalista, respecto del constitucionalismo clásico, aporta un carácter objetivo a este derecho cuyo sentido radica entonces en los «*Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben*» (Principios reguladores de la vida social).

¹⁴ «Lo sviluppo del diritto costituzionale moderno era in gran parte un risultato del superamento del diritto di resistenza tardo medioevo», afirma clarivamente Heinrich Scholler en su comunicación al Covegno di Studi Sassaesi titulada «Il diritto de resistenza nelle Costituzione della Republica Federale di Germania e la giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale», publicado en Studi Sassaesi III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Dott. A. Giufrè, Milano, 1973, p. 353. La elaboración del derecho constitucional se alza sobre las cenizas del viejo derecho de resistencia, reconocido, sin embargo, en las primeras manifestaciones escritas de los derechos fundamentales que tanto significaron para el ulterior desarrollo de las Constituciones europeas.