

FALSOS DERECHOS Y BUENAS INTENCIONES. A PROPÓSITO DEL DERECHO DE RESISTENCIA EN LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS*

Mis-rights and Good Intentions. An Examination of the Right to
Resistance in Contemporary Constitutions

José Antonio SANTOS

Universidad Rey Juan Carlos (España)
joseantonio.santos@urjc.es

Fecha de recepción: 27/01/2014
Fecha de aceptación: 01/10/2014

RESUMEN

El presente artículo discute algunos aspectos del nuevo paradigma del derecho de resistencia en diversas constituciones contemporáneas de Europa y América Latina. En primer lugar, abordamos el concepto y la regulación constitucional del derecho de resistencia en diferentes países. En segundo lugar, examinamos su carácter jurídico, esto es, si se trata de un derecho moral o un derecho propiamente jurídico. Para determinados autores, resulta plausible considerar el derecho a la resistencia como un derecho estrictamente jurídico, pero pensamos que ese argumento es erróneo. Desde una perspectiva más amplia, nos preguntamos sobre el deber de resistir contra el Estado de derecho, incluso en el caso de que los poderes aparezcan como formalmente respetuosos de las reglas creadas por las instituciones democráticas. Se trata esencialmente de un problema acerca de la concepción de los derechos en las democracias consolidadas y no consolidadas. En este sentido, proponemos una perspectiva compatible con el Estado de derecho que distinga entre desobediencia civil y derecho de resistencia, evitando postular teorías sobre los derechos desde la filosofía política. En este contexto, nuestra tesis es más desobediencia civil y menos derecho de resistencia. Por último, la parte cuarta indica algunas conclusiones.

Palabras clave: Constitución, democracia, derecho de resistencia, desobediencia civil, Estado de derecho.

ABSTRACT

This paper discusses some aspects of the new paradigm of the right to resistance in many contemporary constitutions of Europe and Latin America. First, we analyze the con-

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Plan Nacional I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (ref. DER2011-26903).

cept and the constitutional regulation of the right to resistance in many countries. Second, we examine its legal character, that is, whether it is a moral right or a properly legal right. For certain authors, it is just as plausible to consider the right of resistance as strictly legal right, but we think that this argument is mistaken. From a broader perspective, we are wondering about the duty to resist against the rule of law, even in the case of powers that appear formally respectful of rules created by democratic institutions. In essence, it is a problem of the concept of rights in consolidated and unconsolidated democracies. In this sense, we propose a perspective compatible with the rule of law that differentiates between civil disobedience and right of resistance, avoiding postulate theories of rights from political philosophy. In this context our thesis is more civil disobedience and less right to resistance. Finally, the fourth part indicates some conclusions.

Key words: constitution, democracy, right to resistance, civil disobedience, rule of law.

1. CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE DERECHO DE RESISTENCIA

A poco que uno eche la vista atrás, al analizar el concepto de derecho de resistencia, resulta posible detectar antecedentes más antiguos que los de la segunda posguerra¹. Uno podría remontarse a Kant o a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; la cual en su artículo 2 incluye la resistencia como un derecho natural e imprescriptible del hombre, a los que une el de libertad, propiedad y seguridad. Si bien es verdad, este paradigma se vería modificado en el siglo XIX por la doctrina alemana del derecho público, especialmente por Jellinek (y en Italia con Santi Romano), llegándose a “una especie de compromiso, en virtud del cual tales derechos, concebidos según el esquema del interés jurídicamente protegido, se configuraron como ‘derechos públicos subjetivos’, producidos por ‘una auto-obligación’ o ‘auto-limitación’ del estado y en todo caso subordinados, a causa de la naturaleza pública de los intereses en juego, al interés general”. Es importante, en este punto, poner de relieve que “los derechos fundamentales no tienen nada que ver con los ‘derechos-poderes’ ni tampoco con las ‘capacidades’, de modo que se impida la mistificación marxista-leninista de las libertades como libertades de contratación o de mercado”². Es aún más relevante que, en el ámbito práctico, los derechos que aparecían en esa y en otras declaraciones no gozaban de una protección real y efectiva; es decir, el poder frente a los abusos recaía en el soberano y el juez apenas desempeñaba papel alguno.

Si se pasa a encuadrar este trabajo en antecedentes más próximos al debate constitucional y jurídico-filosófico, surgido a raíz de la segunda posguerra, es preciso partir de la Ley Fundamental de Bonn. Los fantasmas del pasado ayudaron

1. Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F.: “El derecho de resistencia en Kant”, en MUGUERZA, J. y RODRÍGUEZ ARAMAYO, J. (eds.): *Kant después de Kant*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 14-17.

2. Cfr. FERRAJOLI, L.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989). Se cita por la ed. española *Derecho y razón* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*), 7.ª ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 913.

a cargar axiológicamente y dar cuerpo a esa norma, sirviendo de ejemplo para el desarrollo de varias de las constituciones de posguerra y más allá. De aquel texto constitucional no sólo era novedoso el reconocimiento y la vinculatoriedad de un prolijo catálogo de derechos fundamentales (arts. 1 al 19), sino también de otros derechos (no expresamente fundamentales) de aplicación directa. Ejemplificativa al respecto es la inclusión, con la reforma de 1968³, de la legalización del derecho de resistencia, por el artículo 20 apartado 4º, que reza así: “Contra cualquiera que intente derribar este orden, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”⁴. Se está otorgando cobertura a los ciudadanos para ir contra cualquiera que atente contra el orden constitucional, si no queda otra posibilidad⁵. No obstante, esa actitud de desconfianza hacia el poder, pudiéndose oponer a él como último recurso, ha dado un paso más allá en los últimos tiempos. En la actualidad, ha cobrado protagonismo entre distintos países democráticos de Europa y América Latina la vinculación entre democracia y disenso, quedando quizá en un segundo la relación entre democracia y consenso. Aún más, se señala como clave de la democracia “la capacidad para reconocer y aun garantizar el disenso y la crítica o, incluso más aún, la resistencia al poder establecido”⁶. A lo mejor no tanto como su clave, pero seguro uno de sus puntos más fuertes. Tal es así que, sin disenso, no surten realmente efecto ciertos bene-

3. Surge con motivo de las leyes de emergencia del 30 de mayo de 1968, a causa de las protestas masivas (contra la ampliación del aeropuerto de Fráncfort, las centrales atómicas, etc.) de la denominada oposición extraparlamentaria, que cambiaron la Ley Fundamental para hacer viable la Constitución de emergencia de aquel momento, a fin de asegurar la capacidad de intervenir del Estado en caso de situaciones de crisis (emergencia interior, catástrofe natural, y la libertad de circulación restringida bajo circunstancias de emergencia). Lo que más polémica causó fue la inclusión del apartado 4 del art. 20 que, indirectamente, elevaba el derecho de resistencia a la categoría de derecho fundamental, aún sin estar incluido en el catálogo de derechos fundamentales pero gozando de sus mismas garantías.

4. Son varias las constituciones de los *Länder* que recogen este derecho. Por ejemplo, la de Bremen de 1947 que, en su art. 19, reconoce que si los derechos humanos establecidos en su Constitución son violados por los poderes públicos, de manera inconstitucional, la resistencia se alza como derecho y deber de todo el mundo. En la antigua Constitución de Berlín de 1950, en el art. 23.3 (prácticamente inalterable en la actual de 1995, recogido en el 36.3), se autoriza a todos a la resistencia cuando se lesionan, de forma manifiesta, los derechos fundamentales contenidos en ese texto. La Constitución de Hesse de 1946, en su art. 147 párrafo 1, propugna un derecho y un deber de resistencia contra el poder público ejercido inconstitucionalmente. En este sentido, más ampliamente establece la Constitución de Hesse un derecho de resistencia y marca un deber de resistencia para cada caso en el cual el poder del Estado se ejerce de forma inconstitucional; mientras que la de Bremen y la de Berlín proveen un derecho de resistencia sólo frente a la lesión de un derecho humano o fundamental. No deja de resultar curioso que en la Constitución de Bremen se refiera a derecho humano y no a derecho fundamental.

5. Cuestión distinta es saber si este artículo constituye una limitación efectiva al poder del soberano, GARZÓN VALDÉS, E.: “Introducción”, en GARZÓN VALDÉS, E. (compilador): *Derecho y filosofía* (trad. de Carlos de Santiago y revisión de Ernesto Garzón Valdés), Barcelona, Caracas, Alfa, 1985, p. 24.

6. LUCAS, Javier de y AÑÓN, María José: “Sobre resistencia, ciudadanía y democracia”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 32, p. 21.

ficios de la democracia como son, entre otros, el respetar al discrepante e el ir haciéndonos en la diferencia. Esta postura supone una apuesta por esa salida de la minoría edad de los ciudadanos que el Estado, en la práctica, acaba sumiendo a los individuos.

Después de este breve inciso, conviene remarcar que la Ley Fundamental no ofrece significado alguno sobre el derecho de resistencia como tampoco lo hace la jurisprudencia constitucional alemana; ni tan siquiera en la sentencia sobre la prohibición del Partido Comunista alemán (KPD) de 1956, que es el único caso referido a la existencia de un supuesto derecho de resistencia. En este sentido, una definición del derecho de resistencia, que interesa para mi propósito, es la que proporciona González Vicén: “Supuesto o imaginario derecho que asiste a un pueblo para no obedecer en determinados casos las disposiciones emanadas del poder central”⁷. Aplicado a esta y a otras constituciones significa la posibilidad de atentar contra cualquiera que altere el orden constitucional establecido, algo a la par tan grave como garantista. Esta delimitación conceptual muestra que no se trata de un verdadero derecho; es decir, se configura como un *aparente derecho* que goza de protección constitucional equivalente a la de cualquier derecho reconocido en la Constitución; incluso en ocasiones elevado al rango de derecho fundamental. La inclusión de este supuesto derecho de resistencia obedece más a razones históricas y a traumas afortunadamente todavía no superados, que a coordenadas estrictamente jurídicas; instalándose más en el ámbito de la filosofía política que en el de la filosofía del derecho propiamente dicho.

La Europa continental se hace eco de aquella primera piedra en algunas de sus constituciones: por ejemplo, en la griega de 1975, la portuguesa de 1976 y la lituana de 2006⁸. Grecia reconoce, en su artículo 120.4, el derecho y el deber de resistir por todos los medios a toda persona que intente la abolición de la Constitución por la fuerza. En el caso de Portugal, se plasma en su artículo 21: “Todos tiene el derecho a resistir cualquier orden que ofenda sus derechos, libertades, y garantías, y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública”. Deja el uso de la fuerza como último recurso, cuando no sea factible acudir a la protección del Estado. En definitiva, el ejercicio de un derecho frente al Estado constitucional. Lituania, con bastante menos tradición constitucional, señala que el pueblo y cada ciudadano tienen derecho a oponerse a cualquier atentado por la fuerza a la independencia, a la integridad del territorio o al orden constitucional. La idea que se puede sacar de estos artículos es que resulta preciso estar siempre alerta para que un Estado democrático no se pervierta. En ocasiones, las razones del corazón pueden más que las razones de

7. GONZÁLEZ VICÉN, F.: “El derecho de resistencia en Kant”, *op. cit.*, p. 16.

8. Preceptos parecidos no llegarían a entrar en vigor en otros Estados como Francia o Italia, apareciendo en el proyecto de Constitución francesa de la Cuarta República o en el proceso de los trabajos de comisión de la Asamblea constituyente italiana. Más en detalle, cfr. VITALE, E.: *Difendersi del potere* (2010). Se cita por la ed. española titulada *Defenderse del poder*. Trad. de Pedro Salazar y Paula Sofía Vásquez, Barcelona, Trotta, 2012, pp. 12 y 55.

la cabeza, es decir, el hecho de haber sufrido las injusticias del régimen anterior jugaría un papel importante en el camino a seguir.

Resulta plausible el valor pedagógico de la inclusión de un precepto semejante. O, matizando más, “prescriptivo y programático” como ocurre sin ir más lejos en artículo de la Constitución italiana referido al derecho al trabajo⁹. La inclusión del derecho de resistencia llevaría a que la Constitución viviera y se materializara, “no a través del ordenamiento de los poderes previstos en la misma, sino a través de la resistencia de los ciudadanos que han decidido no aceptar pasivamente la tergiversación y la subversión hacia formas autocráticas de su *concessio imperii*”¹⁰. En este punto, determinados países latinoamericanos han seguido una línea parecida. En el caso de Argentina se reconoce en su artículo 36 el derecho de resistencia contra quienes ejecutaran actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Esta indeterminación deja la puerta abierta a posibles arbitrariedades y presenta los mismos problemas que otros textos constitucionales. Siguiendo esta senda, la Constitución de Honduras de 1982 en su artículo 3 señala: “Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos por la fuerza de las armas o usando medios o procedimientos que quebranten o desconozcan lo que esta Constitución y las leyes establecen. Los actos verificados por tales autoridades son nulos. El pueblo tiene derecho a recurrir a la insurrección en defensa del orden constitucional”. Similar contenido, aunque algo menos extenso, recoge la Constitución de la República de El Salvador de 1983, cuando establece la posibilidad de insurrección en caso de que el Presidente de la República intente perpetuarse en el poder. Una vuelta más de tuerca se puede leer en la Constitución de Ecuador de 2008: su artículo 98 señala que “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”. Cabe pensar que una plasmación de este tipo va más allá de lo recogido en otras constituciones, al establecer un derecho de tal calibre frente a los abusos cometidos también por omisiones del poder público y de las personas jurídicas, a la vez que abre la puerta al reconocimiento de nuevos derechos no sólo a los individuos sino también a los colectivos.

Planteamientos de este tipo, como otros similares, tienen un difícil encaje constitucional, sin perjuicio de que puedan detectarse buenas intenciones mal canalizadas. El problema radica en no haber entendido bien qué es un derecho, o más concretamente, qué significa tener un derecho. Resulta preciso abordar “con un mínimo rigor cuál es el efectivo fundamento antropológico por el que se presenta como *derecho* lo que, sin ese punto de apoyo, no sería sino *pretensión*

9. El artículo 1 dice así: Italia es una República democrática fundada en el trabajo. Obviamente, “está claro que el derecho al trabajo no establece ninguna obligación correlativa dirigida a individuos e instituciones de dar trabajo a cualquier individuo o ciudadano”, *Defenderse del poder*, *op. cit.*, p. 58.

10. VITALE, E.: *Defenderse del poder*, *op. cit.*, p. 57.

arbitraria”¹¹. Ya sea que se entiendan los derechos como pretensiones justas desde una determinada concepción de la justicia que deriva de la naturaleza humana, o bien como “limitaciones jurídicas puestas al poder (de la naturaleza que sea). De esta última perspectiva”, *tener un derecho* viene a ser “una débil coraza legitimadora frente al arbitrio de los poderes, que sólo funciona en el caso de que exista una *judicatura efectivamente independiente* de los demás poderes públicos y capaz de *actuar a tiempo*, esa coraza no es cuestión menor”¹². Desde ambas posturas se estaría de acuerdo en que un derecho constitucional o fundamental es muy caro para el Estado y, por ende, para los ciudadanos. Ello no significa que no se puedan crear derechos que supongan un elevado coste para el Estado, sino más bien que éste sea cauto y prudente a la hora de su reconocimiento.

2. SOBRE EL HECHO DE JURIDIFICAR LA RESISTENCIA

La crisis económica y de las instituciones ha propiciado que los viejos problemas reaparezcan con nuevos ropajes. En general, el *falso* consenso de la posguerra ha sido sustituido en tiempos recientes por el disenso hacia la manera de salir de la crisis, que naturalmente no es sólo económica, y hacia la configuración de las instituciones dentro de la actual modernidad ampliada. En este contexto, las democracias constitucionales de la posguerra constituyen el mejor de los regímenes políticos practicables, siendo “evidente que el reformista y el conservador juegan correctamente el juego de la democracia, mientras que es igualmente evidente que el revolucionario y el reaccionario quieren romper la baraja”¹³. La circunstancia de querer romper con lo establecido viene motivada por una desazón de los ciudadanos al no sentirse representados por las instituciones, dejando de ser en varios de los países de nuestro entorno y fuera de él una cuestión menor de minorías. Unido a ello, impera la sensación de que los Estados portan una hoja de ruta improvisada (y poco socializada) a espaldas de la ciudadanía, sin llevar aparejada una conducta ejemplarizante en la toma de sus decisiones y en el desarrollo de sus actuaciones.

En el fondo se trata una crisis de los modelos de Estado en Europa y en varios países de América Latina que miran a nuestro continente. No obstante, algunos de los países de Latinoamérica están planteando sus propias fórmulas otorgando mayor protagonismo a la participación ciudadana. Estas iniciativas tienen su interés porque sigue existiendo una “desigualdad agravada, con la aparente paradoja del reconocimiento y de la garantía de los derechos en nuestras democracias, cuyo efecto es el de hacer que nuestra cultura jurídica ‘superior’ (...) se convierta en un factor ulterior de diferencia “entre incluidos y excluidos de nuestras ricas

11. OLLERO, A.: “Los nuevos derechos”, *Persona y Derecho*, 66, 2012, p. 62.

12. CAPELLA, J. R.: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, 5.ª ed. revisada y ampliada, Barcelona, Trotta, 2008, p. 73.

13. VITALE, E.: *Defenderse del poder*, *op. cit.*, p. 34.

ciudadanías democráticas, o, peor aún, de diferenciación racista de los excluidos como inferiores y, por ello, destinatarios de la exclusión”¹⁴. Una dimensión participativa que otorgue una mayor voz a los diferentes los ciudadanos que muestran su disenso con ciertos aspectos de la democracia.

Ejemplificativa al respecto es la postura de Vitale cuando propone su resistencia constitucional. Uno de los elementos importantes de su esquema es “la figura de la corrupción desde las altas esferas”, encarnadas en “las mayorías políticas que mantienen casi siempre intactas las apariencias de la democracia constitucional”, pero que en realidad intentan “vaciar de sentido los procedimientos representativos y de garantía”. Es precisamente frente a estas últimas donde “la resistencia en nombre de la Constitución” tiene una tarea más difícil¹⁵. Además, es donde se produce una mayor disonancia entre las instituciones políticas y los ciudadanos. Visto de esta manera, su resistencia constitucional viene a ser, con las cautelas que se quieran, una vía intermedia entre el derecho de resistencia y la desobediencia civil, presentando similitudes entre ambos conceptos aunque expuesta desde una perspectiva más cercana al derecho de resistencia. Una propuesta que va más allá de lo planteado por la Ley Fundamental de Bonn en su momento, a la vez que recuerda a determinadas experiencias constitucionales de América Latina, cuyo punto más álgido se alcanza —como hemos visto— con el citado artículo 98 la Constitución ecuatoriana. Sin ir más lejos, algunas de estas democracias presentan el tránsito de una democracia representativa a una participativa, sin que ello suponga necesariamente la exclusión de los avances en materia representativa; pero con el objetivo cuando menos de suavizar la relación de verticalidad entre gobernantes y gobernados, a la vez que romper como dice Pisarello “con el consenso político y económico hasta entonces vigente”¹⁶.

El autor italiano reconoce cierto parecido entre la desobediencia civil y la resistencia constitucional. La primera “se ejerce en oposición a una o más normas, con la convicción de que estas contradicen a un ordenamiento que se considera legítimo en su conjunto y que se pretende perfeccionar abrogando o enmendando dicha norma específica”. La segunda, en cambio, “se ejerce cuando el Estado constitucional en su totalidad es atacado y las garantías constitucionales son cuestionables; cuando ya no es racional creer en su fiabilidad y en la imparcialidad de su juicio”¹⁷. Un planteamiento de este tipo, en el fondo, sería sugerente para casi cualquier filósofo del derecho, dada su propia idiosincrasia, pero quizá sería más loable canalizarlo por cauces no precisamente legales. Esto es, la resistencia constitucional tiene un difícil encaje constitucional, sin perjuicio de que puedan detectarse buenas intenciones mal canalizadas. El problema radica en no haber

14. FERRAJOLI, L.: *Democracia y garantismo*. Prólogo de Miguel Carbonell. 2.^a ed. (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*), Trotta, Madrid, 2010, p. 37.

15. VITALE, E.: *Defenderse del poder*, *op. cit.*, p. 34.

16. PISARELLO, G.: *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, p. 198.

17. VITALE, E.: *Defenderse del poder*, *op. cit.*, p. 34 y, sobre todo, p. 61.

entendido bien qué es un derecho, o más concretamente, qué significa tener un derecho. Hay que ser prudente y pensar que los derechos no deben concederse alegremente, ya que luego es necesario garantizarlos de forma adecuada. Un derecho garantizado de manera insuficiente o defectuosa puede convertirse en papel mojado y frustrar las expectativas creadas por el individuo. El legislador que incluya derechos fundamentales (o tan siquiera constitucionales), mal argumentados o irrealizables, debe ser consciente de lo que se juega. No confundir populismo, sentimentalismo o buenas intenciones con rigor jurídico, porque haciéndose esto se pone en jaque la propia operatividad de los mecanismos del Estado para hacer efectivos esos derechos. Es conveniente, en este caso, intentar no mezclar la filosofía del derecho con la filosofía política con el objetivo de plasmar la primera a partir de la segunda. Llegados a este punto hay que decidir si se opta por una o por otra. En este punto hay que decidir si se hace una u otra.

Por otra parte, cabría plantear si el derecho de resistencia es un concepto propiamente jurídico o no, siendo aplicable la resistencia en el Estado injusto no sólo como deber moral, sino también jurídico. Se está pensando en un Estado de derecho que se ha pervertido, aunque resulta difícil de dilucidar cuándo ese tipo de Estado ha pasado la barrera de lo justo, quizá propiciado por el hecho de poner demasiados límites al ejercicio de los derechos fundamentales y/o llevar a cabo actuaciones corruptas desde diversos ámbitos en beneficio del propio Estado.

Uno de los máximos exponentes del derecho de resistencia sería Arthur Kaufmann, al exponer dos de sus tesis fundamentales en torno a este asunto. La primera, consiste en determinar la idea del derecho de manera negativa cuando afirma que “la esencia del derecho es la resistencia contra la injusticia”¹⁸. Ya en la segunda da un paso de gigante, al aseverar que “el derecho de resistencia es el derecho originario de todos los derechos”¹⁹. Para él la libertad del hombre radica allí donde se puede decir que no a la injusticia; y puesto que el derecho es condición de la libertad, el derecho de resistencia es el *Urrecht*²⁰ de los derechos humanos. Si se puede deducir un derecho del párrafo primero del artículo 1 de la Constitución alemana que garantiza la inviolabilidad de la dignidad de la persona, éste es entonces el derecho de resistencia. Este derecho no lo puede suprimir ninguna ley, ninguna Constitución²¹.

No queda muy claro el hecho de si existe o no la necesidad de reconocer un derecho de resistencia pre o supraestatal (es decir, ‘iusnaturalista’), en un

18. Así dice con cierto carácter retórico: “Das Wesen des Recht ist Widerstand gegen das Unrecht”, “Gedanken zum Widerstand. Ansprache anlässlich der Ermordung von Martin Luther King”, en *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit*, Heidelberg, Decker & Müller, 1991, p. 6.

19. Pone de relieve que: “Das Widerstandsrecht ist das Urrecht aller Rechte”, KAUFMANN, Arthur: “Gedanken zum Widerstand”, *op. cit.*, p. 7.

20. Expresión poco común y en desuso, propia del lenguaje culto, que se traduce por derecho originario, primigenio o más fundamental.

21. “Gedanken zum Widerstand”, en *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit*, *op. cit.*, p. 7.

Estado de derecho²² que posee un sistema completo de derechos fundamentales y de protección jurídica. En la sentencia del Tribunal Constitucional alemán ya mencionada queda abierta esta cuestión al no distinguir expresamente entre un derecho de resistencia positivizado en los derechos fundamentales y un derecho de resistencia preestatal²³. Sólo se adentra en que cabe la resistencia contra injusticias (conductas antijurídicas) individuales bajo determinados requisitos. Se permite el derecho de resistencia en sentido conservador; es decir, como derecho de emergencia (*Notrecht*) para la preservación y restablecimiento del ordenamiento jurídico: no sólo la notoriedad de la injusticia (que sea manifiesta), sino la exigencia de que el ejercicio de la resistencia sea el último medio, para la conservación o restablecimiento del derecho, una vez agotados todos los recursos jurídicos del ordenamiento jurídico puestos a disposición²⁴.

La discusión en torno a la positivación del derecho de resistencia repercute ambivalentemente. Kaufmann no entra a analizar de manera pormenorizada sus requisitos, pero levanta acta de disconformidad frente a su ‘legalización’ constitucional. En referencia a esta inclusión, en tono irónico, afirma: “Este nuevo párrafo del artículo 20 de la Constitución es, a decir verdad, la última ratio del Estado de derecho (es una errata molesta que, desgraciadamente, ya no se puede corregir)”. Sin embargo no se queda ahí. Más que ser la última ratio del Estado de derecho, resulta algo completamente distinto: “Una caricatura del derecho de resistencia, la última irratio del Estado de derecho”²⁵. Esta afirmación se fundamenta en que la positivación de tal derecho puede valer, en su esencia, sólo de manera suprapositiva, cosa que no deja de ser “la regulación de lo absolutamente irregulable”²⁶. Y añade: “Así como no se puede ordenar una decisión libre en conciencia, del mismo modo, poco se puede reglamentar el derecho de resistencia frente a una injusticia estatal. Un sistema jurídico no puede institucionalizar su sistema propio de control externo”, de tal manera que “permitir la resistencia es, primariamente, una decisión moral, y la instancia determinante para esta decisión es la conciencia”²⁷. También se mostraría en contra Schneider al hablar del doble efecto negativo que provoca de manera ineludible la ampliación jurídico-constitucional del derecho de resistencia: la “*dramatización de la situación normal*” y la “*trivialización de*

22. Aquí se maneja un concepto de Estado de derecho con connotaciones prescriptivas, entendido como sinónimo de Estado constitucional. Se es consciente de la polémica doctrinal suscitada en cuanto a su posible distinción.

23. DREIER, R.: “Recht und Moral” (1980), en *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, pp. 202 y 203.

24. BVerfGE 5, 85 (377; también 378).

25. “Einleitung”, en *Widerstandsrecht* (ed. de A. Kaufmann en colaboración con Leonhard E. Backmann), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, p. XI.

26. *Ibidem*, p. X.

27. KAUFMANN, A.: “Prüfungsgespräch über das Widerstandsrecht”, *op. cit.*, pp. 145 y 148, respectivamente. Similares afirmaciones en “Das Widerstandsrecht der kleinen Münze”, en *Objektivierung des Rechtsdenkens* (ed. de W. Krawietz *et al.*), Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 87.

*la situación excepcional*²⁸. Por tanto, en el plano teórico, el derecho de resistencia no debería justificarse jurídicamente, porque en realidad se trata de un *falso derecho* que produce más problemas de operatividad en la práctica que los que realmente soluciona. No en vano viene a ser una inclusión por razones históricas y que peca de un exceso de garantismo hacia el pueblo; de ahí, que lo que en un primer momento pueda ser positivo, a la postre se alza pernicioso. Por tanto, no deben confundirse las buenas intenciones con los eficaces mecanismos de garantía de los derechos fundamentales.

3. RESISTIR CONTRA EL ESTADO DE DERECHO

Se ha escogido hablar de modernidad ampliada, al no considerarse la modernidad como un proyecto históricamente superado, sino como un proyecto incompleto que se nutre de nuevos ropajes hacia un nuevo cambio de paradigma²⁹. En una época como la actual de “transición de paradigmas” en el que las transiciones se muestran como “mitad invisibles y mitad ciegas”³⁰, acaba posibilitándose un panorama difuso a la hora de analizar cuánto grado de disidencia pueden aguantar las democracias.

Si se toman como punto de partida las injusticias cometidas durante el nacionalsocialismo³¹, así como otras barbaries cometidas por el abuso de poder en el pasado reciente, resulta preciso mirar qué se puede hacer como resistente en el tiempo que le ha tocado a uno vivir. En este aspecto, “la manera ‘resistente’ de vivir el presente arraiga en sus desastres”, a fin de “combatir la barbarización”³². Dejado atrás el consenso integrador de la segunda posguerra había que dar paso a un nuevo modelo basado en el disenso incluyente más acorde con los presupuestos actuales, pero que tuviera presente el respeto a los textos constitucionales. Es decir, la democracia tiene que admitir la disidencia, pero no por ello debe constitucionalizarse la resistencia. Tal es así que, “por más consolidadas que estén las instituciones de garantía, siempre queda la posibilidad de la confusión y del sometimiento del controlador al controlado, por ejemplo mediante la progresiva ocupación, por parte de una mayoría política amplia y duradera, de dichas instituciones”³³. Puede resultar un tanto ingenuo confiar demasiado en que las

28. SCHNEIDER, P.: *Recht und Macht*, Mainz, v. Hase & Koehler, 1970, p. 151.

29. En este punto, se muestra más cercanía hacia Habermas que hacia Sousa Santos.

30. SOUSA SANTOS, B. de: *Derecho y emancipación*. Ensayo introductorio Juan Montaña Pinto, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2012, p. 37.

31. Según Vitale, “el fascismo y el nazismo, en tanto que movimientos reaccionarios, expresaban no solo el rechazo a la democracia liberal, sino también a toda la visión antropológica de la Modernidad que fundamenta el Estado democrático de derecho”, VITALE, E.: *Defenderse del poder*, op. cit., p. 33.

32. CAPELLA, J. R.: *Entrada en la barbarie*, Barcelona, Trotta, 2007, p. 216.

33. VITALE, E.: *Defenderse del poder*, op. cit., p. 12.

instituciones políticas pueden solucionar el problema, quizá sea preferible optar por una desobediencia civil organizada que por algún tipo de resistencia amparada por el ordenamiento constitucional.

Parece que el derecho de resistencia sólo puede operar realmente en un Estado ilegítimo; en el caso de un Estado democrático de derecho se canalizaría en la práctica, con las cautelas que se quieran, a través de la desobediencia civil. En términos jurídicos, parece poco razonable, “la existencia de un derecho a enfrentarse al derecho”³⁴; por muy sugestivo que pueda parecer a cualquier filósofo político o del derecho. Si bien es cierto que la desobediencia civil, a diferencia del derecho de resistencia de la Ley Fundamental, “se refiere a normas derivadas del sistema jurídico”³⁵.

Aquí es interesante destacar la exposición de Dreier que trae a colación los argumentos de Kriele, para más tarde ejercer crítica sobre él. Kriele considera que la resistencia frente a leyes e instituciones jurídicas particulares, en los Estados constitucionales democráticos, no puede fundamentarse jurídica sino moralmente y siempre y cuando se den dos presupuestos. Primero, que se trate de injusticias extremas, especialmente graves; y segundo, que quien quiera justificar moralmente la resistencia tiene que correr con el deber de fundamentación y con la carga de la prueba. La resistencia moralmente motivada en un Estado constitucional presupone, simplemente, coraje civil y no disposición al martirio. En realidad —según Dreier— puede sostenerse justo lo contrario de la tesis de Kriele, es decir, que “justamente porque al Estado constitucional democrático incumbe la garantía de los derechos fundamentales y la protección jurídica a través de tribunales independientes, la resistencia en él puede ser fundamentada no sólo moralmente sino también jurídicamente, sobre todo invocando los derechos fundamentales”³⁶. Sinceramente, detectar en derecho de resistencia un carácter jurídico o no, ayuda en el ámbito teórico a decantarse por una posición, pero en el ámbito práctico resulta difícil que legalmente se pueda amparar un acto ilegal, por mucha justificación moral que ostente. Asunto distinto es que se lleve a cabo esta *desobediencia civil* (introducida por influencia norteamericana) como medida de presión y se sea consciente de las consecuencias jurídicas que se derivan de la acción.

La desobediencia civil es propia del lenguaje de la filosofía moral y política, pues aunque se trate de una forma de desobediencia al derecho que en principio no sería —tal y como señala Prieto— un concepto jurídico “*del* Derecho, sino

34. OLLERO, A.: *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 205.

35. GARZÓN VALDÉS, E.: *El problema de la desobediencia civil* (1981), en GARZÓN VALDÉS, E.: *Derecho, ética y política*. Introducción de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 613. El autor hace una distinción entre la desobediencia criminal y la civil: “Quien viola criminalmente una ley procura evitar el castigo y la acción que comete no la realiza con la intención de reformar o modificar leyes que considera injustas o para someter a prueba la validez o la vigencia de las leyes”, pp. 613 y 614.

36. DREIER, R.: “Recht und Moral”, *op. cit.*, pp. 199 y 200. Ed. esp., pp. 94-96.

sobre el Derecho”³⁷. El debate en torno a este tema fue revitalizado por el filósofo político John Rawls en su libro *A Theory of Justice*, en el cual propone un ‘derecho de resistencia’ en una sociedad casi justa, en la que ocurren violaciones graves de la justicia, y que no denomina resistencia, sino desobediencia civil. Se trata de una desobediencia civil frente a una autoridad establecida democráticamente, pero que lleva a cabo algún tipo de injusticia. Por tanto, no se combate la tiranía (propia de un Estado ilegítimo), ya que en caso contrario se estaría ante un derecho de resistencia propiamente dicho.

Una definición adecuada de desobediencia civil puede ser quizá la establecida por Rawls —siguiendo a Bedau y más delimitada que la propuesta por Thoreau— que la califica como un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno³⁸. A esta acepción podría añadirse el criterio de que sea oportuna y que con la acción se proteste frente a una injusticia grave, por lo que estarían excluidas las motivaciones privadas. La desobediencia civil es una ‘situación de emergencia’ sólo para determinados casos; pero no debe utilizarse como injustificado chantaje político, sino como vía de escape ante una objeción de conciencia que no se vea satisfecha³⁹. Supone un cambio en la conciencia del individuo y, por ende, una modificación de las coordenadas a la hora de entender el derecho. Para Rawls la negativa de Thoreau a pagar un impuesto sería un claro ejemplo de objeción de conciencia, puesto que se trata de “no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa. Es objeción ya que es una orden que se nos dirige a nosotros, y, dada la naturaleza de la situación, su aceptación por nuestra parte es conocida por las autoridades”⁴⁰. No es aquí —sin embargo— el lugar adecuado para detenerse en cada uno de los requisitos, que pone de relieve Rawls, para que se pueda dar la desobediencia civil en el Estado de derecho.

Aunque una breve mención merece la concepción de la desobediencia civil en Kaufmann, por el hecho de llevar este pensamiento hasta sus últimas consecuencias, influido por la experiencia del nacionalsocialismo. Éste no hace mención alguna a Thoreau —en cambio sí se hace eco de la acepción de Rawls— y para hablar de la desobediencia civil acuña un término propio: *derecho de resistencia de poca monta* (*Widerstandsrechts der kleinen Münze*). Ésta viene a ser “la ‘pequeña’ resistencia en una sociedad casi justa con objeto de que no se transforme en el Estado injusto y dar, con ello, lugar a la ‘gran’ resistencia”⁴¹. Su objetivo es esa

37. PRIETO, L.: “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en AA.VV.: *Objeción de conciencia y función pública*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 13 y 14.

38. RAWLS, J.: *A Theory of Justice*, 6.ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 320.

39. Para Ollero, “los eventuales dilemas de conciencia residuales, de no encontrar salida por la vía de la objeción de conciencia, habrían de sustanciarse asumiendo las sanciones legales tras ejercer la desobediencia civil”, OLLERO, A.: “La eterna polémica del Derecho natural. Bases para una superación”, *Persona y Derecho*, 40, 1999, p. 110.

40. RAWLS, J.: *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 410.

41. KAUFMANN, A.: “Problemgeschichte der Rechtsphilosophie”, en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7.ª edición revisada y aumentada, Heidelberg, C. F. Müller,

‘pequeña’ resistencia que se tiene que hacer, constantemente, para que un día no se haga necesaria la ‘gran’ resistencia. En este sentido, es pertinente distinguir entre una ‘gran’ y una ‘pequeña’ resistencia; puesto que la resistencia no se dirige, en esta forma, frente a una autoridad ilegítima, sino contra una autoridad legal. No obstante, el ejercicio del poder que pone en peligro el bien común es el empleo de la *autoridad*, la aplicación de la *violencia*, pero también la *desobediencia civil abierta* prohibida bajo todas las circunstancias⁴².

La resistencia de poca monta “se traduce en la resistencia contra la apatía del corazón y contra el camino hacia la mínima resistencia, sobre todo, resistencia a la indiferencia y a la resignación, a la tentación de quedarse impassible y en silencio. Pero también la resistencia contra la impaciencia de los que lo quieren todo enseguida”⁴³. No obstante, “en el Estado de derecho hay suficientes instrumentos jurídicos para enfrentar la existencia o la amenaza del derecho injusto. No es en último lugar una cuestión de coraje civil”⁴⁴, aunque quizá pueda ser un asunto de valentía del corazón (*Tapferkeit des Herzens*). Un importante papel juega “la ‘pequeña’ resistencia” que “se tiene que efectuar de manera estable para que, con ello, la ‘gran’ resistencia sea prescindible”. Esto es así, porque sólo mientras el hombre se resista a la injusticia podrá hacer lo justo y ayudar a hacer realidad la consecución del derecho; canalizada a través de la ‘resistencia de poca monta’ que —tomando las emotivas palabras de Kaufmann— “no es una cosa de la sonora agitación, sino una cosa del espíritu, una conducta civil del Estado con diversos matices: desconfianza contra al poderoso, valor hacia la crítica abierta, desenmascaramiento del mal, decir que no a la injusticia...”⁴⁵. Esta actitud de distancia y diferencia puede ayudar a un mejoramiento de las instituciones, haciéndose que éstas, encabezadas por sus dirigentes, actúen de manera ejemplarizante.

De manera que, por muy sugestivo que pueda parecer, no se deben intentar juridificar actos ilegales que encuentran hunden sus raíces más en la filosofía política que en el ámbito jurídico. Mejor no esperar a que el Estado ampare nuestras acciones o tan siquiera las recoja con un valor pedagógico. Los mismos seguirán haciendo lo mismo. En este caso, quizá sea mejor seguir confiando en la desobediencia civil y en la capacidad de movilización de los individuos y de los colectivos, que en el derecho de resistencia respaldado jurídicamente.

2004, p. 139. Existe ed. española a cargo de G. Robles, a la 5.ª edición de 1985, que permanece sin modificaciones en este punto en relación a la de 2004, en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1991, p. 134.

42. KAUFMANN, A.: “Das Widerstandsrecht der kleinen Münze”, *op. cit.*, pp. 92 y 203.

43. “Über die Tapferkeit des Herzens”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 77, 1991, p.16.

44. KAUFMANN, A.: *Rechtsphilosophie*, 2.ª edición, München, Beck, 1997, p. 211; existe trad. española por L. Villar Borda y A. M. Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 382.

45. KAUFMANN, A.: “Das Widerstandsrecht der kleinen Münze”, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

4. CONCLUSIONES

En el contexto de la modernidad ampliada, acontece un cambio de paradigma de contornos difusos que no hace más que vislumbrar una crisis de los modelos de Estado en Europa y en varios países de América Latina que, quizá, puede venir motivada por el desordenado crecimiento de la maquinaria estatal y la disociación entre gobernantes y gobernados. Por ésta, y por otras razones como la crisis de las instituciones y la corrupción de las altas esferas, se hace necesaria la resistencia a través de la desobediencia civil, por lo menos, a fin de suavizar la relación de verticalidad entre gobernantes y gobernados y e ir haciéndonos en la diferencia.

Como mecanismos para ejercer la resistencia ante tal debacle, según se ha venido argumentando, no parece la solución más adecuada optar por un derecho de resistencia jurídicamente constitucionalizado. El derecho de resistencia es un *aparente derecho* que no debería reconocerse jurídicamente en los textos constitucionales. Hacerlo implicaría más prejuicios que beneficios, porque derechos de este tipo carecerían de operatividad en la práctica. Por tanto, el valor pedagógico de su inclusión no sería condición suficiente para su plasmación por escrito. Planteamientos de este tipo son sugestivos, pero no hacen sino postular teorías sobre los derechos desde la filosofía política. No hay que confundir las buenas intenciones con el rigor en la configuración de los derechos (y menos de los fundamentales).

Por tanto, es mejor optar por practicar una desobediencia civil organizada y proporcionada a las injusticias cometidas por el Estado democrático de derecho. En todo caso, la resistencia siempre tiene un precio de consecuencias diversas, que el individuo o los grupos en que se integra deben estar en condiciones de valorar y asumir.