

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

RESISTENCIA, CONSTITUCIÓN Y PODER: EL CONSTITUCIONALISMO COMO JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO DE RESISTENCIA

Agustín PALOMAR TORRALBO

VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. P. Salazar Ugarte y P. S. Vásquez Sánchez, Trotta, Madrid, 2012.

La diferencia entre norma y poder señala a aquella otra diferencia más general entre deber ser y ser. Ciertamente, para que el poder, como *factum* que constituye a las relaciones sociales, puede ser controlado, contrarrestado y, eventualmente, reconducido, la norma, que puede llevar a cabo tal tarea, ha de tener también poder. Pero el poder de la norma para ser, precisamente, eficaz y realizar legítimamente su tarea, ha de marcarse a sí misma como lo otro o lo diferente del poder. La sociedad, como conjunto de relaciones, ya lleva *de facto* un cierto orden producido por el poder, aunque, evidentemente, este orden no es el orden tal y como debiera ser. Esta diferencia, trasladada al terreno de nuestra praxis política, establece la diferencia entre la normatividad a la que están sometidas las instituciones políticas y la dinámica propia de esas instituciones que se configuran a sí mismas y en su relación con otras instituciones desde el *factum* del poder. Ahora bien, esta diferencia debe conservar, sin embargo, un cierto equilibrio: si la norma, en su estatismo, se desliga del movimiento de las instituciones o si el movimiento de las instituciones se realiza al margen de la norma, entonces la diferencia, aun mantenida, ya no *vale* para aquello para lo cual fue concebida e instituida como norma. Queda recogida, de este modo, en la validez la tensión entre norma y hecho: de un lado, la validez es autorreferente a la norma, la validez lo *es* de la norma; pero de otro, apunta intencionalmente a lo que está más allá de ella y en virtud de lo cual se *prueba* lo que vale como norma.

I. EL CONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO DE RESISTENCIA

En las actuales democracias constitucionales, que se configuraron a partir de la segunda mitad del siglo XX, esa esfera de la validez se ha extendido al incorporarse en las diversas constituciones normas de derecho positivo que antes sólo pertenecían al ámbito de la ética o de la política. Por ejemplo, y como es bien sabido, se han incorporado en la norma superior los derechos del ciudadano así como otros derechos relativos a la paz o la igualdad¹. Y, con la incorporación

1. Cfr. Serrano, J. L., *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999, p. 59.

de estos derechos, las propias constituciones han creado los mecanismos para garantizar el cumplimiento de esos derechos.

Pues bien, este ensayo replantea, dentro del constitucionalismo contemporáneo, si ha de tener lugar el derecho de resistencia en el seno de las democracias constitucionales. La reivindicación de tal derecho, a diferencia de las épocas en las que Europa fue gobernada bajo regímenes autocráticos o bien bajo las llamadas democracias populares, ha de contar al menos con lo siguiente: que el Estado, por un lado, debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales que han sido recogidos en una constitución, y que el propio Estado no solamente expresa su poder a través de la ley sino que él mismo está sometido a la ley para garantizar, justamente, aquellos derechos fundamentales. Está claro que en los Estados autocráticos o bien en aquellos Estados llamados democráticos pero sin garantías constitucionales, el ejercicio de resistencia es legítimo, pero ¿acaso tiene sentido y está justificado la apelación de este derecho dentro de un Estado garantista y de derecho en nuestras democracias constitucionales? A la respuesta de esta doble pregunta acerca del sentido y la justificación del derecho de resistencia en nuestro sistema político está dedicado el presente libro. En palabras del propio autor la pregunta que subyace a este ensayo es la siguiente: “¿Siguen existiendo hoy buenas razones para sostener que la reflexión sobre la resistencia a la opresión, o si se prefiere, sobre el derecho de resistencia en la sociedad abierta, en las democracias constitucionales, sigue siendo un ejercicio útil?” (p. 12).

La tesis de Vitale queda establecida ya desde el inicio del ensayo: aunque estén consolidadas las instituciones de garantías de nuestras democracias “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” (p. 12). Y es, justamente, esta injerencia de una mayoría política en las instituciones democráticas buscando su propio beneficio y no el bien general de la comunidad política el que debe forzarnos a “tomarnos en serio” la Constitución “respetándola plenamente y haciéndola cumplir tanto en el ordenamiento jurídico como en la organización social” (p. 13). La expresión “resistencia constitucional” ha de entenderse como el movimiento de resistencia para vigilar y hacer cumplir los principios y valores constitucionales a los poderes que constituyen las relaciones de nuestra sociedad. Bajo esta caracterización quedaría reformulado el viejo derecho de resistencia, que tan claramente quedó formulado en el derecho al tiranicidio, desde los principios mismos que articulan los textos constitucionales de nuestras democracias.

Marca el autor desde el comienzo del primer capítulo la connotación conservadora del término “resistencia”: lo específico de la resistencia constitucional es que busca la conservación tanto de las instituciones democráticas como del ordenamiento jurídico. “La resistencia —dice el autor— en sentido estricto sólo tiene lugar cuando lo que se propone es restablecer principios y normas constitucionales que han sido constantemente desatendidos por quien ejerce la soberanía” (p. 20). Dado un Estado constitucional, donde se garantizan los derechos fundamentales a través de un conjunto de pesos y contrapesos institucionales, el sentido de la

oposición y resistencia al poder sólo puede venir dado cuando las propias instituciones, dentro del orden constituido *de facto*, han subvertido su papel dentro del Estado, siendo necesario restablecerlas y regenerarlas desde los principios que motivaron su constitución. El prefijo “re” implica ese movimiento de vuelta al sentido originario que daba la norma de su constitución.

Con esta marca se separa la resistencia constitucional de aquella otra forma de cambio político que toma como punto de referencia no ya la vuelta a un orden constitucional sino la perfecta realización de un orden nuevo en un futuro: la revolución. La revolución pretende establecer, generar y fundar un orden nuevo que, para poder instaurarse, necesita romper de forma radical con el orden constituido; por ello, argumenta el autor que, aunque la violencia no tiene por qué formar parte de la revolución, históricamente sí se ha hecho necesario su uso. Sin embargo, dentro ya de un Estado constitucional, la violencia ha de ser descartada como un medio o un método para hacer frente al poder constituido (cfr. p. 27). Podría pensarse entonces que la resistencia a un orden establecido podría llevarse a través de la desobediencia civil. Vitale sostiene que tanto la resistencia constitucional como la desobediencia civil utilizan métodos de protesta similares, pero la diferencia está en sus fines y sus motivaciones: si la desobediencia civil es la resistencia frente a una norma o una decisión que se considera injusta, la resistencia constitucional es la resistencia que se opone a la violación, anulación o debilitamiento de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico vigente en su conjunto. La resistencia constitucional se dirige, a diferencia de la desobediencia civil, al todo de un orden instaurado que ha subvertido la normatividad constitucional dentro de un Estado.

II. LA DECONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LOS PODERES

Ahora bien, delimitado el concepto, la primera pregunta que se nos viene encima es cómo pueden traicionarse los principios constitucionales. La respuesta, que se deja traslucir a lo largo del ensayo, es la siguiente: el alejamiento progresivo de la constitución puede hacerse a través del propio ordenamiento jurídico. La producción de normas del legislador puede subvertir la constitucionalidad del orden jurídico de tal manera que la legalidad vigente sólo sea adecuada aparentemente con la norma de la constitución, llegando incluso al extremo de “que convivan en el ordenamiento una legalidad constitucional no efectiva y una legalidad efectiva pero inconstitucional” (p. 29). Por esta razón, la resistencia constitucional puede situarse al borde de la ley o, incluso, como insiste el autor, más allá de ella. En esto, como puede sospecharse, coincidiría la resistencia constitucional, como forma de protesta, con la revolución y con la desobediencia civil. Quien resiste, de una manera u otra, puede estar fuera de la legalidad, pero la finalidad de la resistencia constitucional, a diferencia de los otros modos de protesta, es el deseo de volver a la legalidad constitucional. El que resiste desde la motivación de la constitución, comparte con el revolucionario, a diferencia del desobediente civil,

su oposición al conjunto del orden instituido, pero comparte con el desobediente civil, a diferencia del revolucionario, que su resistencia no es a un orden social y político sino a leyes que han subvertido los principios del orden constitucional.

Esta divergencia, a la que constantemente apunta el autor del ensayo, entre legalidad y legitimidad se produce no tanto por la corrupción de la forma democrática del Estado constitucional sino por la corrupción del sistema “desde las altas esferas”, esferas formadas por mayorías políticas que tienen la explícita intencionalidad de “vaciar de sentido los procedimientos representativos y de garantías” (p. 34). Por ello, será, justamente, apelando a esta forma democrática del Estado, esto es, apelando al poder del pueblo, cómo pueda controlarse y rectificarse esa degeneración de los principios constitucionales perpetrada desde y por las altas esferas de la política en el Estado.

Pero, este proceso de deconstitucionalización del sistema político, como ha sido llamado por Ferrajoli, no es algo que resulte de la corrupción interna del poder político. La principal aportación del ensayo de Vitale, que se anuncia en el capítulo segundo, y que se desarrolla en el capítulo tercero y cuarto, es que, hoy día, la principal amenaza del Estado democrático de derecho está en la alteración, confusión y perversión de los diferentes poderes. Si la justificación del poder de resistencia estuvo motivada en otro tiempo por el absolutismo político, hoy, en nuestras democracias constitucionales, ese absolutismo, difusamente, vuelve a presentarse bajo nuevas formas de poder. El nuevo poder absoluto, frente al que hoy cabe resistir, es el resultado de la imbricación del propio poder político con el poder económico y el poder ideológico (cfr. p. 39). La globalización ha hecho que el sistema político no sea sino un subsistema de ese sistema global donde se entreveran en los intereses políticos los económicos e ideológicos. Esta difusa unión de poderes que antes, aun relacionados, estaban deslindados es lo que ha hecho frágil al Estado democrático de derecho como garante de los derechos fundamentales. Vitale es rotundo en este aspecto: ni las Cortes constitucionales, ni otras formas de *judicial review*, ni siquiera, en su caso, la modificación del texto constitucional según los procedimientos establecidos por las propias constituciones, pueden poner a salvo a las instituciones de la corrupción que se genera en la convivencia de los diferentes poderes. ¿Cómo impedir que una mayoría política no se adueñe progresivamente de las instituciones de garantía? ¿Cómo impedir que esa mayoría no legisle contra los principios mismos de la Constitución? ¿Cómo garantizar que un gobierno con mayoría parlamentaria mantenga el vínculo entre los derechos fundamentales y la producción de leyes conforme a esos derechos fundamentales? Si puede producirse un hiato, una ruptura entre derechos constitucionales y la producción de leyes, entonces cabe decir que el sistema mismo, aun contando con instituciones para ello, puede legalmente no sólo no garantizar la separación de poderes sino incluso ayudar a que esos poderes se unan. Si esto puede hacerse, y hemos visto que puede hacerse, será hora ya de despertar del viejo sueño liberal de la separación y limitación de los poderes a través de la propia ley. En esta fisura, que lógicamente es posible y que fácticamente el autor ha visto realizada en el gobierno de Berlusconi —el autor dedica un epígrafe a

comentar la “ley Alfano”— y que también nosotros de otra forma hemos visto en nuestro país, encuentra Vitale el lugar mismo para la resistencia constitucional.

Seguramente, más para el caso italiano que para el nuestro, la necesidad de una resistencia constitucional que opere desde la legitimidad, aun fuera de la legalidad, surge ante la necesidad de hacer frente al poder social desmesurado resultante de la unión de los tres poderes señalados. El poder ideológico se manifiesta, según el autor, en el poder totalizante de los medios de comunicación de masas. “El poder ideológico —escribe— ha pasado de las manos de los sacerdotes y de los científicos a las de los llamados ‘comunicadores’” (p. 68). Por su parte, el poder económico se presenta de manera más difusa que el poder ideológico: “impersonal, sin rostros, sin confines” (p. 73). Frente a los mercados, los diferentes gobiernos tienen un reducido margen de maniobra y, a lo sumo, pueden corregir algunos de los efectos que provocan los “procesos tan reales como absolutamente opacos de la economía globalizada” (p. 74). Sostiene Vitale que estos procesos han elevado a “juicio absoluto” el criterio del propio mercado, juicio que toma como criterio no la libre competencia, como se nos hace creer, sino sólo y exclusivamente, la eficiencia. “La única cosa —llega a decir Vitale— verdaderamente imperdonable es que el mercado no resulte en su totalidad suficientemente eficiente, al menos en apariencia” (p. 83). Que el mercado haya llegado a constituir la horma para mesurar toda otra decisión política y que la sociedad lo juzgue como el único espacio público, sólo puede explicarse por la confabulación del poder económico y del poder ideológico con el poder político. Junto a la con-versión de toda política en política económica se produce, en el terreno de los ciudadanos, como ya señalara Habermas, otra con-versión: la del ciudadano en un individuo-consumidor. Los medios de comunicación, concentrados en manos de quienes tienen también el poder económico, han transformado el sujeto político en un sujeto económico cuya función en el mercado se reduce, *pasivamente*, a ser un activo consumidor.

III. LA RECONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LA NORMATIVIDAD

Dentro de la orientación del constitucionalismo moderno cabe preguntarse si la desmesura con la que se presentan hoy día estos poderes puede reconducirse mediante las diversas Constituciones. Se cuestiona el autor si el constitucionalismo puede ser un baluarte contra el poder económico y si es posible “reconstitucionalizar el mercado salvaje” (p. 74). Vitale examina en este punto las posiciones de Ferrajoli. Partiendo del concepto de “libertad salvaje y sin ley” de Kant, Ferrajoli entiende por “poderes salvajes” aquellos que se desarrollan al margen del derecho y en ausencia de los límites y controles jurídicos². La tesis que, en principio Vitale parece sugerir, siguiendo a Ferrajoli, es que cabe la construcción

2. Cfr. Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 45.

de un constitucionalismo del poder económico y del poder ideológico (cfr. p. 101). En efecto, en el magnífico ensayo de Ferrajoli dedicado a estudiar la crisis de la democracia italiana —así reza su título original— después de realizar el autor una diagnóstico de la crisis de la democracia representativa, tanto desde el punto de vista de los representantes —la crisis de la democracia por arriba— como desde el punto de vista de los representados —la crisis de la democracia por abajo—, propone un conjunto de propuestas específicas para intentar reconducir hacia los principios de la constitución las formas legales bajo las cuales los poderes económico e ideológico, descarriados, se han vuelto salvajes. Pero Vitale que, en el diagnóstico tanto se acerca a las reflexiones de Ferrajoli, en este punto de aparta de él. No basta, en su opinión, con constitucionalizar y garantizar normas para regular el mercado y la información, no basta con someter a derecho el poder económico y el ideológico, no basta, en definitiva, “con aumentar la calidad de la democracia procedimental y el nivel de la legalidad constitucional” (p. 102). La constitucionalización *per se*, y esta es su tesis, no impide la concentración de los medios de poder y el, consiguiente, debilitamiento de la constitucionalización del orden jurídico. Su argumento es que la constitucionalización de nuevas normas para la regulación de los poderes económico e ideológico requeriría de un mayor crecimiento del Estado para que pueda garantizarse el cumplimiento de dichas normas, y esto, a su vez llevaría, a hacer más pesada la maquinaria burocrática del Estado en el seno de las democracias. La deconstitucionalización llevada a cabo por los poderes económico e ideológico no se soluciona, a juicio de Vitale, integrando y positivizando nuevas normas en la Constitución. Y es aquí donde, finalmente, vemos el sentido y el rostro que presenta el concepto mismo de resistencia constitucional: frente a la desmesura de estos poderes no caben nuevas regulaciones porque esa desmesura, por decirlo así, se ha ido formando desde dentro del propio sistema político y jurídico. La resistencia constitucional toma como fuente de inspiración y motivación los valores y los principios constitucionales para pedir, exigir y controlar desde la sociedad civil la vuelta al redil de esos poderes que, descarriados, han terminado por sacar fuera del sistema político la referencia de validez de la Constitución

En la lógica de la globalización los poderes se concentran en pocas manos y esto está provocando que el poder democrático, el poder de los individuos en su condición de ciudadanos, haya sido depuesto en favor de unas “autocracias electivas” que, bajo mecanismos aparentemente democráticos, buscan aquellas manos para estrecharse con ellas. Vitale, sin nombrarla, vuelve a un concepto de poder próximo al de Arendt que, como es sabido, es caracterizado como la capacidad de actuar concertadamente. Es este poder, nacido de la pluralidad al tiempo que de la vinculación moral de los individuos, con el que tendría que hacerse frente a esos poderes salvajes que fagocitan el Estado democrático. El ensayo de Vitale propone que ese poder de resistencia se constituya desde el espacio político abierto por una Constitución. Sin embargo, ese espacio político, como él mismo indica, puede ser que ya no sea el espacio definido por las leyes y por los procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. De la constitución, o más precisamente,

en virtud de los principios y de los valores constitucionales, vendría la legitimidad para que ese poder de resistencia actuara al margen de la legalidad, no al margen de tal o cual ley específica, como en la desobediencia civil, sino al margen mismo del sistema jurídico tal y como definido en su origen en la constitución.

Pero entonces, si esto es así, ese poder de actuar concertadamente, ese poder de resistir en el límite o fuera de la ley, tendría que hacer frente a esos poderes salvajes que están cobijados por la propia ley. Si este es el caso, Vitale tendría que afrontar al menos una cuestión: cómo estando fuera de la ley se puede garantizar el propio control de ese poder de resistencia que puede emerger de forma (des) concertada. Si la ley positiva ya no es fuente de legitimidad, entonces, el concepto de ley tendrá que ser entendido como ley moral en el sentido kantiano o como una suerte de ley anterior al propio ordenamiento jurídico, es decir, como una ley natural. En cualquiera de los dos casos, para recabar esa legitimidad del derecho de resistencia, ya no sería necesario apelar a la propia constitución, o bien sólo sería necesario hacerlo en tanto que ella recoge principios y valores morales. Pero si esto es así, entonces, más que a apelar a ese ambiguo principio de “resistencia constitucional” —ambiguo porque bascula entre lo jurídico y lo moral—, habría que apelar a los viejos derechos de desobediencia civil³ y, en su caso, al derecho de objeción de conciencia. Se dirá, por ejemplo, que la desobediencia civil es ineficaz cuando se trata ya no de leyes particulares sino de una oposición al propio sistema. Puede ser cierto, pero tampoco cabe descartar que los individuos puedan unirse, por diferentes motivos morales, para contrarrestar el poder de un sistema político/jurídico cuyas manchas de corrupción se extienden allí donde crece ese poder, salvaje y demoníacamente, produciendo el ennegrecimiento del cielo democrático bajo el que vivimos. Por otra parte, más allá de leyes concretas, como la ley Alfano, no ayuda mucho a despejar el horizonte que se levanta hacia ese cielo saber que, por un lado, se apela, a los valores constitucionales, pero que, por otro, se llama al ejercicio del poder de resistencia en el límite, en el margen o, simplemente, fuera de la ley. Por último, cuando el sistema político y jurídico, que da forma y sentido a nuestras democracias constitucionales, se corrompe hasta hacer necesario la reivindicación del derecho de resistencia, porque se ha perdido todo sentido de apelación al sistema de garantías en las instituciones democráticas, poca motivación creo que encontrarían los ciudadanos en la apelación a una constitución que muchos juzgarían, quizás por desconocimiento de las razones que llevaron al constitucionalismo contemporáneo, más como parte del problema que de la solución.

3. Hay que recordar, en este sentido, que ya Arendt reivindicó el papel del desobediente civil como aquel miembro que pertenece a un grupo que está “marcado por el espíritu tradicional de la asociación voluntaria” para hacer frente al fracaso del control jurídico (cfr. Arendt, H., “Desobediencia civil” en *Tiempos presentes*, trad. R. S. Carbó, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 150).

