

CAMBIO POLÍTICO, CONSTITUCIÓN Y DERECHO DE RESISTENCIA*

Ermanno Vitale**

Resumen

Después de un análisis del término *resistir*, el autor distingue la idea de resistencia de otras formas clásicas de *cambio* o *mutación* política –como la reacción, la restauración, el reformismo, el conservadurismo y, en particular, la revolución. Posteriormente, se contrastan entre sí las ideas de conservadurismo y reformismo social.

En la segunda sección del texto, se revisan diversos argumentos a favor del derecho a la resistencia en las doctrinas históricas más relevantes al respecto, hasta llegar a las posturas actuales de tribunales constitucionales y de Luigi Ferrajoli. Finalmente, el autor ofrece argumentos tendientes a conciliar al derecho a la resistencia con el actual orden democrático constitucional, al ubicarlo como un posible derecho (fundamental) más dentro del mismo.

Palabras clave: cambio político, derecho de resistencia, democracia constitucional, revolución.

Abstract

After an analysis of the term resistance, the author distinguishes this idea from other classic forms of change or mutation in politics –such as reaction, restoration, reformism, conservatism and, particularly, revolution. Subsequently, he contrasts the ideas of conservatism and social reformism.

In the second part of the text, many arguments in favour of the right of resistance are reprised, ranging from the most important historical doctrines to the current opinions of constitutional courts and of Luigi Ferrajoli. Finally, the author offers certain arguments aimed at reconciling the right of resistance within contemporary constitutional democracies, when he characterizes it as a possible (fundamental) right alongside others.

Keywords: political change, right of resistance, constitutional democracy, revolution.

* Traducción de Pedro Salazar Ugarte (IIJ-UNAM) y Paula S. Vázquez Sánchez (Facultad de Derecho de la UNAM).

** Profesor de la Universidad del Valle de Aosta, Italia.

I. Resistencia y formas de cambio político

Si tomamos un diccionario de lengua italiana, encontraremos que del sustantivo “resistencia” y del verbo “resistir” encontramos dos acepciones bien distintas, incluso aparentemente opuestas. De acuerdo con la primera acepción, resistir significa “oponer fuerza a la fuerza”; tanto en un sentido estrictamente físico –como en el caso de quién se opone a una agresión, como en un sentido más amplio, cuando la fuerza proviene de los argumentos y de los procedimientos, cuando se usa la expresión “resistir en juicio” que es propia del lenguaje jurídico. En la segunda acepción, que también suele utilizarse habitualmente, resistir significa soportar, no ceder, por ejemplo en las expresiones “resistir al dolor”, “al frío”, etc. En el primer caso se trata de realizar una acción, de hacer una cosa –lanzar un golpe al agresor, presentar un recurso ante un tribunal–, en el segundo se trata de omitir una acción, de no hacer, por ejemplo, no comernos un dulce que estamos tentados a probar.

Lo que tienen en común la acción y la omisión respecto de la idea de resistencia se revela en su etimología latina: *re-sistere*, donde *re* indica repetición y *sistere* significa detener, detenerse. En ambos casos, la resistencia denota una disposición, una actitud conservadora. Quien resiste se esfuerza por continuar en la condición en la que se encuentra, o busca recuperarla lo más pronto posible, oponiéndose a un evento externo que ha impuesto o pretende imponer una modificación. Frente a una agresión, conservar la integridad física, frente a la tentación, conservar la integridad moral.

También en la política el término resistencia puede ser, sin duda, usado en sentido genérico, orientado a designar o a enfatizar una actitud o una forma de oposición particularmente dura y duradera. Por ejemplo, el obstruccionismo parlamentario del (o de un) partido minoritario hacia una medida legislativa también podría definirse, en alguna medida, como una manera de resistir. Pero, en mi opinión, el término se utiliza de una manera más apropiada cuando hace referencia a aquella oposición que, a pesar de encontrarse al margen o fuera de la legalidad, se propone la conservación de instituciones y de ordenamientos que están próximos a ser modificados –subvertidos– o que de hecho ya han sido modificados o subvertidos, violando con ello normas consideradas como fundamentales o, como quiera que sea, de un rango su-

perior respecto a la autoridad y competencia que detenta quien realiza la acción, normas cuya abolición o modificación se considera, en cualquier caso, injustificada cuando son atribuidas a la divinidad, a la naturaleza o a costumbres ancestrales (viejo derecho natural). O bien, dichas normas están justificadas únicamente a través del pacto social, consensuado entre los contrayentes, siempre y cuando se trate de principios o normas consideradas fundamentales pero convencionales, positivas, como las que han sido aprobadas a partir de las constituciones del siglo XVIII. Cuando un estado tiene una constitución en el sentido moderno del término –repito: una ley fundamental que declara inalienable un conjunto de derechos de las personas y de los ciudadanos, y al mismo tiempo contempla las garantías de los mismos a través de un conjunto de pesos y contrapesos institucionales inspirados en el principio de la separación de los poderes– entonces, podemos decir que la resistencia, en sentido estricto, sólo tiene lugar cuando lo que se propone es reestablecer principios y normas constitucionales que han sido total o parcialmente ignorados por quien ejerce la soberanía.

Naturalmente, la pretensión conservadora propia del pensamiento y de la praxis que apelan a la resistencia no se encuentra –en su forma pura– en ningún acontecimiento histórico. Cuando la encontramos, aparece mezclada con otras intenciones y con otros proyectos políticos. Uno de los ejemplos más conocidos, la Resistencia –con mayúsculas– que contribuyó a liberar a Italia de la dictadura fascista y de la ocupación alemana, también tenía, si consideramos algunos de sus componentes, un significado revolucionario o pre-revolucionario. Pero, me parece que el común denominador era el regreso al *status quo ante*, o bien, el retorno hacia los derechos de libertad, las instituciones democráticas y la autodeterminación nacional. Sin embargo, lo que más me importa es proponer algunas distinciones analíticas útiles para continuar de la manera más clara posible con nuestro trayecto, es decir, me propongo distinguir, por un lado, la acción que evoca la idea de resistencia y, por el otro, (otras) formas clásicas de cambio o mutación política.

Comenzaré desde el inicio, o por lo menos del inicio de nuestra tradición cultural en sentido amplio. Como ha señalado Fromm, “[s]egún los mitos judaicos y helénicos, la historia del hombre se inauguró con

un acto de desobediencia"¹. La emancipación de la subordinación total de los individuos al poder divino, sin importar si éste se ubica en el marco del monoteísmo o del politeísmo porque es posible remontarnos al relato bíblico del Génesis, Adán y Eva que infringen la regla de no comer la manzana, y al mito de Prometeo, que les robó el fuego de los dioses.

Estos actos de desobediencia, aunque parezca paradójico, constituyen una ruptura revolucionaria. Revolucionaria en el sentido moderno del término porque no son un regreso al principio; *revolutiones*, que se ubican dentro de una concepción circular de la historia, moldeadas como revoluciones astronómicas, similares a los giros completos de las órbitas que describen los astros. En realidad se trata de una palingénesis, un nuevo inicio que implica una discontinuidad radical con el pasado. Y, no obstante, el relato bíblico de la expulsión del Edén ha sido interpretado en la tradición judeocristiana como una regresión, una caída, que marca para siempre a la humanidad con el "pecado original", este relato también indica el punto inicial de la historia del hombre como sujeto responsable de sus propias elecciones, capaz de escapar de la necesidad natural y de las leyes de la armonía cósmica.

En el marco de una concepción no circular o cíclica de la historia existe un discurso recurrente sobre qué cosa eventualmente distingue a la resistencia –¿el derecho de resistencia?– de la revolución. Así, podemos señalar que desde finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, algunos autores del tardío iusnaturalismo alemán (Bergk, Erhard) admitieron un problemático "derecho a la revolución" como complemento y evolución del derecho a la resistencia.

Por lo menos en sus concepciones más comunes, tanto resistencia como revolución están indubitavelmente identificadas con la salida de la legalidad y el uso de la violencia. Siguiendo a Bobbio, se puede acotar que por revolución no se debe entender necesariamente una mutación repentina y violenta, también se puede entender como un cambio radical profundo sin recurrir a medios violentos. En este sentido, el cambio en el rol de la mujer en nuestra sociedad es una revolución; de igual manera, la resistencia puede ser practicada mediante medios que no se orientan hacia la violencia (piénsese en Gandhi y Capítini). In-

1 Eric Fromm, "La desobediencia como problema psicológico y moral", en *Sobre la desobediencia y otros ensayos*, Paidós, Buenos Aires-Barcelona, 1984, p. 9.

cluso, manteniendo firme el uso políticamente consolidado del término –consolidado por lo menos por tres grandes eventos: la revolución inglesa, la francesa y la rusa– y considerando, con Locke, la resistencia como un “*rebellare*”; es decir como el regreso al estado de guerra, en mi opinión, entre revolución y resistencia existe una diferencia esencial. La resistencia evoca un orden anterior que se pretende reestablecer; la revolución, en cambio, evoca un orden nuevo, nunca visto y nunca practicado que solo existe como un proyecto político, que se busca establecer por primera vez. Si se opone resistencia a un conquistador o a un usurpador en nombre del soberano legítimo; si se opone resistencia a un soberano que se convirtió en tirano porque violó las leyes naturales (divinas) o el pacto constitucional, (luchando por reestablecerlo), aunque pueda parecer, la resistencia implica un intento por reestablecer, por conservar el orden político legítimo precedente. Hoy diríamos que se resiste contra todas las posibles formas de ejecución de un golpe de estado.

Si bien la sobreposición de significados más común se presenta entre revolución y resistencia, ésta última no debe confundirse con otras formas de cambio político y social, como es el caso de la reacción, la restauración, el reformismo y el conservadurismo. Veamos qué significa cada una de ellas. La reacción no busca conservar el orden legítimo precedente, sino que intenta regresar a una sociedad y a su régimen político hacia un estadio que no sólo es anterior sino que también fue abandonado definitivamente y se superó hace mucho tiempo. Por ejemplo, el fascismo y el nazismo, en cuanto movimientos reaccionarios, expresaban, por un lado, el rechazo a la democracia liberal y, por el otro, el repudio a toda la visión antropológica de la modernidad que ofrece fundamento al estado democrático de derecho. Por decirlo de alguna manera, la reacción es la revolución a la inversa. No imagina un mundo nuevo, un salto hacia delante en el tiempo, sino un mundo antiguo considerado como perenne y perfecto, de valor trascendente, cuyo espíritu se busca recuperar, dando un salto atrás. (Recordemos el mito fascista de la antigua Roma). Tampoco en este caso se repara en existe la legitimidad o la legalidad preexistente: reacción y revolución se parecen porque ambas pretenden ser un momento de ruptura, de discontinuidad frente al pasado y, jurídicamente, se configuran como fases del poder constituyente de un “nuevo orden”, (expresión de la cual, no ca-

sualmente, se han aprovechado tanto reaccionarios como revolucionarios).

También el concepto de restauración es distinto, a pesar de que se le suele confundir con el de reacción. Se puede observar que la Restauración histórica –aquella época que siguió al final de la aventura napoleónica y del periodo revolucionario– había elegido el principio de legitimidad como su principio inspirador y ordenador. Es cierto que esta acción constituía un retorno a lo antiguo, a *l'ancien regime*, pero también se proponía, especialmente, restituir el trono a los legítimos soberanos que gobernaban los estados europeos antes de la revolución. Este llamado a la legitimidad violada, a la usurpación, es indudablemente una de las razones en las que se justifica el derecho a la resistencia del pueblo en buena parte del pensamiento político y jurídico medieval (y después en Locke). Pero, precisamente, los promotores del derecho de resistencia sostienen que es el pueblo todo o en parte, directa o indirectamente (por ejemplo, mediante magistrados inferiores, como propone Althusius) y no los ejércitos de las potencias extranjeras quien debe oponerse. En una óptica más general, me parece que lo que distingue a la resistencia de la restauración es el carácter de acción (individual, pero sobre todo colectiva) desde abajo (y no desde arriba), *ex parte populi* (y no *ex parte principis*).

También el derecho a la resistencia se distingue de la acción reformista. Por más que la defensa de la legitimidad pueda estar acompañada de reformas profundas y radicales (como una constitución rígida en lugar del Estatuto Albertino, que era totalmente flexible), lo cierto es que el fin principal de la resistencia es la conservación de las instituciones consideradas como legítimas. Por su parte, el reformista es quien pretende mejorar y perfeccionar –más o menos incisivamente– el ordenamiento existente, pero sin buscar subvertirlo para sustituirlo integralmente, como pretendería un revolucionario. En otras palabras, el reformista no espera que el ordenamiento peligre para proponer mejorarlo; actúa permanentemente en esa dirección, (y lo hace pacíficamente, dentro del marco de la legalidad). En cambio, la resistencia es esencialmente una respuesta frente a acciones que pretenden cambiar total o parcialmente el orden constituido, mediante la fuerza de las armas, o violando principios y normas “constitucionales” o fundamentales (aunque una ley fundamental también es la ley de sucesión al trono). Por su parte, el conservador actúa en la dirección opuesta respecto del refor-

mista, es aquel que considera que el ordenamiento existente no necesita ninguna reforma sustancial y por lo tanto propone “políticas” conservadoras. Por ejemplo, los liberales conservadores del final del siglo xx estaban en contra de la extensión del derecho al voto, y en la posición contraria se encontraban los liberales progresistas o reformistas. Con este mismo fin, es muy importante tener clara la siguiente distinción: cuando se afirma que el resistente se propone conservar o recuperar el ordenamiento legítimo violado o amenazado lo que pretende es muy distinto a lo que busca quien –dentro de un ordenamiento político considerado legítimo o no sujeto a procesos de deslegitimación– persigue una política (entendida como un conjunto de políticas, de *policies*) conservadora.

En síntesis, el “conservador de la constitución” es quien actúa –en el caso extremo, una vez agotada toda posibilidad de oposición legal, resiste– teniendo como objetivo la defensa de los principios y de las normas constitucionales cuando considera que los mismos se encuentran seriamente amenazados o, incluso, que han sido subvertidos no sólo mediante su abrogación, sino incluso a través de mecanismos que los debilitan o vacían su contenido por lo que comprometen sus efectos dentro del ordenamiento jurídico y en la realidad social. Por el contrario, el “conservador político” es aquel que, dentro del marco de la constitución, es decir observando aquellas materias que la constitución de un estado democrático ofrece y confía a la deliberación y a la decisión del parlamento y de la administración pública, hace propuestas y, si cuenta con el respaldo de la mayoría, emite normas orientadas a tutelar valores tradicionales o intereses consolidados.

II. Justificar el derecho a la resistencia

Dentro del tema de la justificación de la resistencia, del derecho a resistir y dejando de lado a Adán y a Prometeo, un lugar clásico lo representa la desobediencia que –en la tragedia homónima de Sófocles– Antígona opone a Creonte, tirano y señor de Tebe. Sin detenerme demasiado en la intrincados avatares humanos y políticos de los hermanos Etéocles y Polínice que se asesinaron recíprocamente –el primero en defensa de Tebe, y por lo tanto fue enterrado con todos los honores; el segundo como traidor por haberse alineado con los invasores

de Argo— el punto que, en realidad, interesa a nuestro discurso es que Creonte, tío de los contendientes, emitirá un juicio condenatorio, tanto en el plano moral como en el político del traidor Polínice, llegando al grado de inflingirle la sanción más humillante: la prohibición absoluta para sepultar su cadáver. Ello significa que Creonte no le concede a Polínice ninguna dignidad, hasta el punto de negarle la pertenencia a su propia estirpe (*genos*).² Contra este hecho se rebela Antígona, (hermana de Etéocles y Polínice y, por lo tanto, sobrina de Creonte) porque no le reconocía a Creonte la autoridad suficiente para dictar esta orden. En otras palabras, las leyes no escritas de la tradición son una fuente de derecho superior al mandato positivo de cualquier soberano.

Las costumbres ancestrales de una estirpe, de un *genos* o *gens*, o bien de una tribu, (de éste o de aquél grupo étnico) tienen la característica de la particularidad, son expresiones de vínculos comunitarios. Desde esta perspectiva, las costumbres se diferencian de las leyes naturales y/o divinas, ya que éstas se caracterizan por una pretendida validez universal; validez que los respectivos ordenamientos de derecho positivo que regulan la vida en sociedad deben reconocer y a la cual deben adaptar sus efectos particulares.

Las diferentes teorías medievales del derecho de resistencia se remontan a la idea de un orden natural o divino que ha sido abiertamente violentado por el titular del poder político, cuya legitimidad o cuyas normas positivas estarían en una sistemática contradicción con la ley natural y divina, *ex defectu tituli*, (en ausencia de título, es decir usurpador) y *quoad exercitium* (en función del ejercicio, por ejemplo en el caso de un gobernante legítimo que ha dejado de actuar en conformidad con la ley natural). Se trata de dos perspectivas diferentes y aparentemente opuestas —particularista la primera y universalista la segunda—, pero que comparten la idea de que el derecho tiene un origen “natural” porque es producto de un acontecimiento particular y mitológico que termina por convertirse en una segunda naturaleza (las costumbres antiguas de una estirpe o de un pueblo de orígenes remotos). Derecho que es producto de la convicción en una naturaleza originaria entendida como orden y no como caos; o sea, como un orden natural identificable capaz de funcionar como medida, como norma, como criterio de

² [N. del T.] Relación cuyos honores fúnebres presenciábamos regulados por ritos o costumbres muy antiguos; honores brindados a alguien que pertenece a su estirpe.

regulación de los actos humanos; con fuerza de ley, que se fundamenta y está garantizado –a final de cuentas– en la creencia en una divinidad ordenadora y sancionadora. Si se verificaba una flagrante violación por parte del derecho positivo, o del propio soberano terreno que lo producía, dicho orden natural justificaría el derecho a la resistencia por parte de las personas que estaban sometidas al mismo.

Ya si después el tirano ordenaba al súbdito cometer actos impuros, que lo alejarían de la salvación ultraterrena, la vida eterna, entonces la resistencia individual, incluso si era necesario, hasta el martirio, dejaría de concebirse no sólo como un derecho, para convertirse incluso en un deber.

En el pensamiento de los llamados “*monarcomachi*” (promotores de la posibilidad de cometer tiranicidio) –compilados en la célebre *Vindiciae contra tyrannos*,³ pero que también está contenida en el capítulo XXXVIII de la *política* de Althusius–⁴ la justificación para cometer tiranicidio descansa en la combinación de dos elementos: a) el argumento más tradicional que se funda en la insalvable distancia entre el orden natural y divino y la acción del tirano y; b) el segundo argumento, de corte contractualista, que anticipa las tesis de Locke sobre la legitimación del derecho de resistencia incluso frente a un estado representativo constitucional, que emerge del consenso expreso de los contrayentes que se atribuyen derechos, que constituyen límites constitucionales a la producción de derecho positivo a cargo del soberano. En la tercera cuestión de las *Vindiciae* se afirma que, por lo que hace a la institución del rey, además de un primer pacto estipulado entre Dios, el rey y el pueblo respecto al compromiso del rey a observar la ley divina. (“la obligación a la piedad”, “a obedecer religiosamente a Dios”), tiene lugar un segundo pacto, cuyos términos son los siguientes: “El pueblo preguntaba al rey si pretendía reinar con justicia y de acuerdo a la ley; el rey prometía hacerlo. Entonces el pueblo respondía y prometía que obedecería fielmente a aquel que emitiera órdenes justas. Por lo tanto, el rey prometía simple y absolutamente mientras que el pueblo lo hacía con una condición; si esta era incumplida, el pueblo, de conformi-

³ Texto clásico de la filosofía política publicada bajo el pseudónimo de Stephen Junius Brutus en 1579 y que expone la doctrina de los hugonotes franceses a raíz de la matanza de San Bartolomé en 1552. (N.T.).

⁴ Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, edición a cargo de Michelangelo Bove-ro, Trotta, España, 2003, en particular el párrafo 1 del capítulo 5.

dad con el derecho y la razón estaría liberado de su promesa". A partir de un pacto análogo entre representantes y representados, en el que la definición de "orden justo" depende de los derechos naturales del individuo, Locke, escribe:

Y si quienes por la fuerza desechan el legislativo son rebeldes, los mismos legisladores, como se ha visto, no serán menos tenidos por tales cuando ellos, establecidos para la protección y preservación del pueblo, sus libertades y propiedades, por fuerza las invadan y quieran derrocar; por lo que al ponerse en estado de guerra contra quienes les elevaran a protectores y guardianes de la paz, serán propiamente, y con la peor agravación imaginable, *rebellantes*, rebeldes.⁵

A favor del derecho de resistencia, una vez que el elemento religioso había adquirido un papel secundario incluso llegando hasta desaparecer, ganó terreno su condición de respuesta *ex parte populi* ante la subversión *ex parte principis*, es decir su carácter de respuesta extrema pero necesaria ante la sistemática violación de los acuerdos constitucionales, del pacto fundacional imaginado en el origen de la sociedad política (pacto que obviamente establece relaciones de mando/obediencia, pero que no implica, por parte del contrayente-ciudadano, una alienación de [casi] todos los derechos individuales, o bien la obediencia simple (Hobbes) o la reducción a miembro orgánico del *yo* común (Rousseau). Pero incluso dentro de aquellas perspectivas contractualistas que no desembocaban en formas de absolutismo o en utopías de asambleísmo democrático, sino en modelos de gobierno representativo y limitado —es decir, en aquellos modelos (proto) liberales en los que la extensión progresiva del sufragio y una más conciente y puntal determinación de los derechos y de las garantías han transformado lo que hoy se suele definir como estado democrático de derecho— la afirmación del *derecho de resistencia* no puede darse por descontada, de hecho, es francamente minoritaria. Y no me refiero únicamente a la célebre expresión de Kant con la que define al estado liberal como un estado en el que los ciudadanos pueden discutir todo lo que quieran sobre las cuestiones públicas pero en el que, como quiera que sea, deben obedecer la ley emanada del soberano. Me refiero al mismo Locke que,

⁵ John Locke, *Segundo tratado del gobierno civil*, cap. XIX, secc. 227.

definiendo a la resistencia en términos de “apelación al cielo”⁶, de oposición de la fuerza con la fuerza, parece ser una cuestión *de hecho* más que *de derecho*. Un hecho que siempre puede suceder en ciertas circunstancias históricas, pero que no es necesario prever en el ordenamiento jurídico; en una especie de *excusatio non petita* que se convierte en *accusatio manifesta* (de duda legítima al poder constituido), en un supuesto jurídico de un derecho positivo a la resistencia. Y esto resulta ser aun más cierto cuando el estado territorial moderno se transforma en un sentido democrático y constitucional; cuando se dota, sobre la vía abierta del principio de la separación de poderes, de instituciones positivas de resistencia y eventuales arbitrios de estos mismos poderes como, por ejemplo, las cortes constitucionales. En este sentido, en el pensamiento liberal y democrático y en la doctrina constitucionalista ha prevalecido la indicación kantiana de la libre discusión que debe trabajar para abolir o modificar las leyes injustas o ineficaces (pero, sin dejar de observarlas cuando siguen estando en vigor). En este sentido, el artículo 35 de la constitución jacobina que reconocía como derecho “la resistencia a la opresión”, y que ya en su época suscitó tantas perplejidades, puede considerarse como una curiosidad histórica; una especie de extravagancia conceptual propuesta en tiempos en los que la pasión revolucionaria no permitía percatarse de su carácter *self-defeating* y autocontradictorio.

En resumen, una constitución que tiene como objetivo limitar el poder político, contemplando formas e instrumentos jurídicos para hacerlo, no puede incluir en su texto un artículo, un párrafo, que haga legal la resistencia *extra ordinem*; no importa si ésta es decididamente violenta o relativamente pacífica. No puede justificar la rebelión porque ya prevé formas y modalidades de resistencia legal en caso de violaciones de principios y normas constitucionales. De hecho, las constituciones modernas, rígidas o semi-rígidas, incorporan dos mecanismos fundamentales de autoconservación: el juicio de constitucionalidad de las leyes ordinarias y los procedimientos especiales para la modificación del texto constitucional (modificación que la jurisprudencia constitucional sólo considera relativamente posible para las disposiciones que versan sobre la organización del estado, no para los artículos que conciernen a principios y derechos fundamentales). En consecuencia, quien no su-

⁶ John Locke, cit., cap. XIV, secc. 168.

para los procedimientos, se encuentra fuera de la legalidad constitucional.

El argumento parece atinado y definitivo. Sin embargo, a esta posición pueden oponerse dos objeciones relevantes. La primera: ¿qué se debe hacer cuando un poder político fuerte –supongamos, con una mayoría lo suficientemente amplia como para superar el obstáculo de los procedimientos especiales y con la capacidad de adueñarse de las instituciones de garantía– viola abiertamente la constitución? La segunda: dado que las sociedades humanas no son estáticas –y de hecho, Occidente siempre presume la rapidez de sus procesos de transformación social y política–, es posible que emerjan, (como de hecho lo hacen), nuevas reivindicaciones de derechos mediante luchas similares a las que condujeron a la positivización de los derechos en las constituciones vigentes. Pensemos, por ejemplo, en el derecho de huelga, que durante algún tiempo se consideró ilegal y que ahora está reconocido como un derecho constitucional. Para resumir, los derechos siempre se reconocen y se positivizan después de luchas sociales y políticas que impulsan su constitucionalización.

En cuanto a la primera pregunta, se podría decir que la evolución del constitucionalismo –y en particular la creación de las cortes constitucionales– ha convertido “la apelación al cielo” de Locke en una *extrema ratio* aún demasiado extrema, pero no la ha excluido del catálogo de opciones políticas de defensa contra toda forma de tiranía o dictadura, incluso si ésta es una mayoría parlamentaria democráticamente electa. El punto controvertido es si debemos hablar de la resistencia en términos de *hecho* o *de derecho*. La respuesta dominante es la que resulta de la distinción entre la *letra* de las constituciones positivas y el *espíritu* del constitucionalismo moderno, o bien de aquel pensamiento plural y articulado que promueve la limitación del poder a través de instrumentos jurídicos. Quien viola, deliberada y abiertamente, como individuo o como colectivo (como minoría), ésta o aquella ley considerada injusta –al no ser coherente con los principios ideales del constitucionalismo– no lo hace por motivos personales o de grupo, sino porque –después de haber practicado sin respuesta todas las formas constitucionalmente reconocidas–, considera como un deber recurrir a aquella forma de resistencia que se expresa en la desobediencia civil (y/o en la objeción de conciencia). Se trata de un último intento por usar un “instrumento intermedio” que actúa, por fuera de la legalidad escrita (que prescribe

obediencia a todas las normas positivas), pero aun comprometido con el espíritu de la misma, o bien, todavía dispuesto a reconocer la legitimidad del poder político constituido y de la constitución vigente. Sobre este tema escribe Rawls: "La teoría de la desobediencia civil enriquece una concepción puramente legalista de la democracia constitucional. Ésta intenta formular los motivos mediante los cuales es posible disentir de la autoridad democrática legítima mediante acciones que, a pesar de haber sido declaradas contrarias a la ley, siguen expresando una fidelidad a ésta y un llamado a los principios políticos fundamentales de un régimen democrático. Por ello es posible agregar a las formas jurídicas del constitucionalismo ciertas modalidades de protesta ilegal que no violan los objetivos de una constitución democrática, a la luz de los principios por los que está guiado el disenso".⁷ El riesgo de reducir la legitimidad a la legalidad –aquello que en palabras simples se podría definir como la incapacidad de distinguir entre un desobediente y un delincuente– es, parece sugerir Rawls, producir rebeldes en el sentido lockeano del término. Y por lo tanto provoca un conflicto violento y recíprocamente deslegitimador, cuando, en un principio, el objetivo de la protesta y de la resistencia se encontraba dentro de la legitimidad constitucional y apuntaba, en última instancia, a la defensa o a un des-empño más completo de la democracia constitucional.

Bajo esta óptica, escribe Ferrajoli, las tesis de derivación kantiana que sostienen que en los estados democráticos no es necesario configurar un derecho de resistencia "supone *a priori* efectividad de las funciones de garantía previstas para sancionar o evitar las rupturas del orden constitucional: por lo tanto, genera una confusión ideológica entre hecho y derecho, entre normatividad y efectividad".⁸ Esta tesis es válida para definir, con un argumento en contrario las condiciones excepcionales y patológicas de la legitimidad de dicho derecho: "ninguna resistencia es legítima, mucho menos si es violenta; tanto menos cuando pueden ejercerse con normalidad las funciones y las instituciones de garantía secundaria".⁹ Pero es precisamente cuando dichas funciones e instituciones son inaccesibles –cuando el pacto constitucional se ha roto y el estado civil vuelve al estado de naturaleza – que el derecho de

⁷ John Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1979, pp. 427-428.

⁸ Cfr., Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e de la democrazia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2007.

⁹ *Ibidem*, p. 846.

resistencia se configura como la solución extrema a la subversión desde lo alto. Un derecho de resistencia, (ya sea ejercitado singular o colectivamente), cuya legitimidad es moral, extrajurídica y que evoca la idea del derecho subjetivo hobbesiano en el estado de naturaleza, al que no le corresponde, evidentemente, ninguna obligación por parte de instituciones públicas que se han convertido, o al menos así son consideradas por los rebeldes, como enemigas, como instrumentos de la subversión desde lo alto.

La delimitación de la actuación completa de las normas constitucionales, o incluso de la implementación del derecho, nos lleva a la segunda cuestión, relativa a la relación entre constituciones vigentes, nuevas reivindicaciones de derechos, transformaciones sociales y luchas políticas. Si bien no se trata propiamente de resistencia, por lo menos en el sentido mencionado anteriormente (y que se define por una acción tendiente a conservar y defender la constitución, no a modificarla, aunque sea con el fin de ampliar la extensión de los derechos contenidos en la misma). Sin embargo, todavía podría afirmarse que también se ejerce (en un sentido más laxo), una resistencia cuando se lucha por defender la constitución exigiendo que se desarrollen coherentemente todas las consecuencias jurídicas implícitas en los derechos fundamentales previstos en la misma y que se colmen las lagunas jurídicas existentes dentro del ordenamiento que provocan que ésta sea parcialmente ineficaz. Otra vez, cuando nos enfrentamos al problema de determinar si dicha resistencia es un derecho de hecho o de derecho, la solución más avanzada es aquella que distingue entre la letra de la constitución y el espíritu del constitucionalismo moderno. Dice Ferrajoli:

Sobre este aspecto, debe reconocerse la supremacía, en la transformación progresiva del derecho, de la perspectiva externa al mismo. Ello en dos sentidos. En primer lugar, en el sentido de la supremacía práctica de la moral y de la justicia sobre el derecho, que justifica la desobediencia civil contra un derecho injusto; obviamente esta desobediencia –si realmente el derecho en su conjunto es “injusto” aunque no esté en contradicción con las normas constitucionales– no puede invocar a su favor el derecho mismo... En este caso, la desobediencia es un deber moral, aunque antijurídico, que tiene aquel que desobedece y que asume la responsabilidad, exponiéndose a las sanciones que el propio derecho tiene previstas en caso de violaciones al mismo. En segundo lugar se encuentra, siempre desde un punto de vista externo –es el caso de

los sujetos que, incluso desobedeciendo, reivindican nuevos derechos, o bien, la falta de sus respectivas garantías, o bien denuncian las violaciones a las garantías existentes, o bien impugnan los privilegios y desigualdad social— el motor de la lucha por el derecho y la transformación jurídica de los diversos niveles del ordenamiento: constitucional, legislativo y judicial.¹⁰

Como podemos ver con Ferrajoli, la desobediencia civil se propone como una forma de resistencia parcial, que tiene como única (aunque importante cuestión), la de presuponer que el estado democrático de derecho debe perfeccionarse siempre que no se encuentre en peligro serio; si esto último sucede se invoca el verdadero “derecho de resistencia”. El perfeccionamiento de esta forma de estado se alimenta del espíritu del constitucionalismo de los derechos y de las ideas implícitas en el mismo, comenzando por la igualdad de todos en derechos fundamentales. Sin embargo, en tanto se combate en contra del ordenamiento jurídico, el desobediente debe estar dispuesto a asumir las consecuencias jurídicas de sus acciones, de conformidad con la letra de la norma vigente, que se apega a la constitución. En el caso de la desobediencia civil, la decisión sobre cuánto castigar y por cuáles delitos hacerlo, queda delegada a la discrecionalidad del juez e, inevitablemente, depende del clima político del momento. Pero, el hecho de que llegará una sanción significativa debe tomarse en cuenta.

A la luz de estas afirmaciones incluso Ferrajoli —que considero como el autor paradigmático del frente más avanzado del constitucionalismo de los derechos fundamentales— parece considerar, cuando no contradictorio, por lo menos inútil, insertar en las constituciones de los estados democráticos de derecho un artículo o un párrafo que convierta —no sólo moralmente sino también jurídicamente— legítima, y por tanto legal, la resistencia (y, atribuyendo con ello a los ciudadanos o incluso a todos los individuos el derecho a la resistencia y, en determinados casos, también contra el estado democrático constitucional). Como ya se dijo, predomina el argumento “kantiano” contra la positivización del derecho de resistencia e, incluso, parece ser incontrovertible. Evitar caer en los absurdos es una cuestión de lógica, antes que de derecho. Pero falta preguntarse porqué no sólo en la declaración de 1789 (artículo 2º) y en la constitución jacobina de 1793, o en la declaración de

¹⁰ *Ibidem*, vol. II, p. 104.

Virginia de 1776, y también en textos constitucionales más bien recientes existen huellas e intentos por positivizar la resistencia. Por lo que yo sé, entre los proyectos de constitución que fueron aprobados (y, por tanto, transformados en constituciones efectivas), la Ley fundamental alemana y las constituciones de algunos länder –así como en la declaración de 1948 y en algunas constituciones vigentes el día de hoy (Portugal, Nicaragua)–, se pueden encontrar referencias al reconocimiento del derecho de resistencia. Por ejemplo, el artículo 20.4 de la *Grundgesetz* se lee: “Todos los alemanes tienen el derecho a la resistencia contra cualquiera que se disponga a suprimir el ordenamiento vigente, de no ser posible algún otro remedio”.

¿Cómo explicarse esta aparente contradicción? ¿Qué sentido puede tener afirmar el derecho de resistencia en el marco del estado democrático de derecho? Pienso que una constitución *también* tiene, o puede tener, un valor pedagógico, o mejor dicho prescriptivo y programático. Así como, en efecto, lo han tenido y lo tienen muchas constituciones vigentes. Si pensamos en el primer artículo de la constitución italiana, que no contempla el derecho de resistencia, Italia es una república democrática fundada en el trabajo. En muchas ocasiones se ha observado que este ‘derecho al trabajo’ no es exigible: ningún desempleado puede, con alguna pretensión fundada, acudir ante un juez para que le sea reconocido y garantizado dicho derecho (si lo que se pretende es que el juez pueda lograr que alguien le encuentre o le ofrezca una ocupación). En otras palabras, está claro que el derecho al trabajo no tiene correspondencia con ningún deber de los sujetos o de las instituciones creadas para proveer trabajo a cualquier individuo o ciudadano. Evidentemente, lo que dicho artículo señala es que la colectividad y las instituciones republicanas reconocen como un factor fundacional del pacto de convivencia la prioridad y la centralidad del trabajo y de la riqueza –material, moral, civil política– que provienen del mismo, respecto de otras formas sociales en las cuales, por ejemplo, lo que es central es el rol otorgado al capital en sus diversas formas. En síntesis, que las leyes ordinarias y las políticas económicas deben orientarse a la protección del trabajo. Se podría decir algo similar a propósito del derecho de resistencia: que es más inexigible que el derecho al trabajo, porque está menos presente el deber correspondiente, aunque tiene un significado pedagógico y prescriptivo igual.

Su sentido podría residir en recordar a todos, ciudadanos e instituciones, que las constituciones modernas –y en especial aquellas posteriores a la segunda guerra, basadas en las declaraciones de derechos de libertad, políticos y sociales que se acompañan con un diseño coherente de los poderes del estado– se materializan mediante dicho ordenamiento, pero que no dejan de lado el caso-límite en el que, eventualmente, puede generarse una fractura profunda, por un lado, entre principios y normas constitucionales y, por el otro, entre poderes que, al ser legitimados constitucionalmente, produzcan de hecho una (paradójica) legalidad anticonstitucional. Cuando se presentara un caso de esta naturaleza, si existiera un artículo que recoja el derecho de resistencia, se podría afirmar que la constitución –y no solo el espíritu del constitucionalismo– vive y se realiza ya no sólo a través del ordenamiento de los poderes previstos en ella, sino en la resistencia a los mismos por parte de ciudadanos que se niegan a aceptar pasivamente la reversión en una forma autocrática de su *concessio imperii*. De esta manera, también queda superado el argumento que sostiene que las constituciones que incluyen dicho derecho están ilógicamente predisuestas al suicidio. Al contrario, por un lado, de este modo se asegura una especie de eterna juventud a la validez de la constitución: consagrar en la constitución el derecho de resistencia significa reconocer, precisamente, la legalidad en el ámbito de la constitución misma de un acto, la resistencia, que de otra manera podría parecer una fractura en la validez de la constitución. Por el contrario, al contener dicha norma, la constitución asegura su propia continuidad frente a las tentativas subversivas de las clases dirigentes que, de hecho, con su actuación provocasen la legítima resistencia; por otro lado, se obtendría un instrumento jurídico, si bien débil, para distinguir entre las personas que conscientemente deciden asumir el riesgo de desobedecer y de resistir en defensa de la constitución y los bandidos o los delincuentes comunes.

Recepción: 12/03/2009

Aceptación: 5/11/2009