

EL DERECHO DE RESISTENCIA Y SU «CONSTITUCIONALIZACIÓN»

Por JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA

SUMARIO

I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE RESISTENCIA CLÁSICO: 1.1. *La expresión derecho de resistencia: concepto y fundamento.* 1.2. *El derecho de resistencia en la Antigüedad.* 1.3. *El derecho de resistencia en la Edad Media.* 1.4. *Derecho de resistencia y Estado Moderno.*—2. LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DEL DERECHO DE RESISTENCIA: 2.1. *La «formalización declarativa» del derecho de resistencia.* 2.2. *«La constitucionalización» del derecho de resistencia.* 2.3. *Las formas de resistencia en el Estado Constitucional Democrático.*—3. EL DERECHO DE RESISTENCIA CONSTITUCIONAL: 3.1. *El derecho de resistencia (colectiva).* 3.2. *El derecho de resistencia «individual o del particular».*—
4. CONCLUSIONES.

El objetivo que persiguen las páginas presentes es el de realizar un breve análisis histórico sobre el derecho de resistencia, centrándonos de forma específica en la importancia que tuvo la aparición del constitucionalismo democrático en la propia configuración de las formas de resistencia al poder público fundadas en motivos de justicia, especialmente en aquellas formas que se han formulado y se formulan como un derecho subjetivo: un derecho de o a la resistencia.

1. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE RESISTENCIA CLÁSICO

1.1. *La expresión derecho de resistencia: concepto y fundamento*

La expresión «derecho de resistencia» (1) participa de una gran ambigüedad y, en consecuencia, de una no consensuada delimitación conceptual. Configura-

(1) Utilizaremos la expresión «derecho de resistencia» (*ius resistendi*; *Widerstandsrecht*; *diritto di resistenza*) como idéntica a «derecho a la resistencia».

do históricamente, bien como una institución de derecho natural, el cual no lo concibió siempre de la misma forma, bien con fundamentos en el derecho positivo, bien como una teoría política ligada a otras en una visión general de la naturaleza del Estado y de sus fundamentos, o bien como un programa de acción (2), el derecho de resistencia adopta una naturaleza y unos caracteres pluridimensionales que dificultan sobremanera cualquier intento de formulación.

Tomando al derecho de resistencia como género, esto es, derecho de resistencia *lato sensu*, nos referiremos a la formulación histórica general que englobaría a una serie de conductas cuyo denominador común es el de implicar todas ellas un enfrentamiento con el poder «no sólo como enfrentamiento fáctico, sino también jurídico, como desconocimiento o negación de la pretensión de legitimidad del poder o de la justicia de su actuación» (3). Enfrentamiento (resistencia, desobediencia) que a la postre se torna en una limitación del poder de la autoridad pública. En este sentido, cabría conceptualizar el derecho de resistencia como el derecho del particular, o de grupos organizados, o de órganos del Estado, o de todo el pueblo, de oponerse con cualquier medio, incluso con la fuerza, a un poder ilegítimo o al ejercicio arbitrario y violento, no conforme al derecho, del poder estatal (4).

Quedarían, por ello, excluidas de tal concepto las formas de resistencia a las diferentes manifestaciones del poder público que no se configuraran como el derecho arriba mencionado a resistir contra la supuesta injusticia que pueda darse en aquellas manifestaciones (así, las «resistencias criminales», «desobediencia común», etc.).

Sin embargo, y a pesar de que aquí utilizaremos el concepto de derecho de resistencia como *genus*, no es posible ignorar tampoco la existencia de múltiples intentos por ofrecer una definición *stricto sensu*, esto es, un derecho de resistencia englobable en el *genus* derecho de resistencia *lato sensu* (5).

Partiendo del concepto *lato* dado, es evidente que un derecho de resistencia no es concebible sin la existencia de una «ley» (6) que el poder público deba observar.

(2) Cfr. G. CASSANDRO: «Resistenza (diritto di)», en *Novissimo Digesto Italiano*, TPT, Turín, 1968, vol. XV, pág. 591.

(3) F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», en el *Libro homenaje a J. Sánchez Covisa*, Caracas, 1975 (págs. 905-924), pág. 910.

(4) Cfr. G. CASSANDRO: «Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 591. Asimismo, cabe también calificar como definición *lato sensu* la de F. M. DE SANCTIS: «Derecho de resistencia es el derecho de un sujeto (individuo, grupo, pueblo) de no obedecer a un poder ilegítimo o a los actos del poder no conformes al derecho», «Resistenza (Diritto di)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1988, vol. XXXIX, pág. 995.

(5) Véanse al respecto los análisis de los autores ya citados. Igualmente *vid.* P. CARVAJAL: «Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil», en *Revista de Estudios políticos (nueva época)*, núm. 76, abril-junio 1992, págs. 63-101; *vid.* también C. A. TORRES CARO: *El derecho de resistencia: una aproximación a la defensa de los derechos humanos*, Univ. Complutense, Madrid, 1991, págs. 361 y ss.

(6) Esta ley podía ser «tanto la *lex naturalis*, cuanto el derecho vigente en el Estado (...), cuanto, en fin, algunas leyes de particular eficacia, en la cima (...) de la jerarquía de las fuentes, como las *lois fonda-*

Y ello porque sólo la violación de esa norma por dicho poder público vendría, en su caso, a justificar y legitimar la existencia y el ejercicio de la resistencia (7).

De ello se derivan tres importantes conclusiones.

La primera, que el derecho de resistencia no puede ser ni afirmado ni ejercido en tanto en cuanto no existan límites sobre la actuación del poder estatal (8).

En segundo lugar, que esos límites de la actuación del citado poder necesitarán para su existencia de una «norma» que los invista como tales, esto es, una norma considerada distinta y superior al titular de la autoridad pública (a sus actos y disposiciones normativas). Deberá, por tanto, existir una mínima contraposición normativa (9).

Y finalmente que el derecho de resistencia, encontrará justificación en esa suprema norma, siendo configurado como el derecho que detentan los sometidos al poder público a preservar y/o restablecer el *status* que aquélla establezca (10).

mentales por utilizar el ejemplo francés, que, dictadas mediante un procedimiento particular, el acuerdo o el presunto acuerdo entre el monarca y el pueblo, representado por los Estados Generales, sólo podían ser abrogadas o derogadas mediante el mismo procedimiento» [G. CASSANDRO: «Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 602].

(7) Al respecto véase también M. BOVERO: «Diritto di resistenza. Modelli analitici e riflessioni teoriche», *Ragion Pratica*, 8, 1997, págs. 170 y ss.

(8) G. CASSANDRO: «Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 602.

(9) Para que exista derecho de resistencia no es suficiente con que exista una norma suprema, pues si la misma se identifica con el titular del poder público, éste carecerá de límites en su actuación, y el acto resistente sería inoperante (no habría límites que salvaguardar) e infundado (significaría revolversse contra el mismo fundamento en el que pretende apoyarse). Será necesaria pues una distinción entre el titular del poder público y una norma concebida como suprema, limitante de los actos o disposiciones normativas de aquél. Dicho de otra forma, será necesaria una mínima contraposición normativa (ya sea entre ley y ley o entre ley y moral) para que el derecho de resistencia sea concebible no sólo como mera resistencia, sino como una acción legítima, esto es, como derecho (*right*).

(10) Como señala, F. M. DE SANCTIS, las teorías del derecho de resistencia son siempre teorías del poder *a parte subiecti* [«Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 997]. En tal situación, y cuando dicho poder falla en su función de ser instrumento de actuación de la norma suprema, se convierte en ilegítimo y susceptible de resistencia. Es variada la gama de supuestos de ilegitimidad. Siguiendo una clásica tipificación distinguiremos entre (1) ilegitimidad *absque titulo* o por defecto de título de quien ocupa el poder (por usurpación, por conquista), frente a la que cabe oponer resistencia por dicho defecto, al margen de la justicia o injusticia de su actuación, y (2) ilegitimidad *ab exercitio* o por un ejercicio injusto del poder (ya sea por exceso, caso del despotismo, o por defecto, impotencia), frente a la que cabe oponer resistencia a pesar del título para detentarlo.

Al margen del criterio de causa-objeto (ilegitimidad), las resistencias pueden ser distinguidas en función de los medios utilizados para hacer frente a aquélla. Así, a grandes rasgos, ésta puede ser pasiva, como una postura de no transigir ante el poder y/o sus actuaciones, pero sin pretensiones de modificación o actitudes reactivas, o activa, como una especie de reacción dirigida a modificar la titularidad o las actuaciones del poder (ya de forma pacífica o violenta, abierta u oculta, etc.).

1.2. El derecho de resistencia en la Antigüedad

Una de las primeras (conocidas) concreciones históricas del derecho de resistencia es la que vendría simbolizada en la *Antígona* (11) de Sófocles. En esta obra se representa un enfrentamiento que tiene lugar no, al menos originariamente, entre dos distintas dimensiones normativas, sino entre dos diversas concepciones de un mismo *nòmos* (inescindible en la Grecia clásica): uno, el *nòmos* divino, la ley divina no escrita, y otro, el concebido como el *nòmos* de la *pòlis*, esto es, la ley escrita del «Estado» querida por la divinidad e identificada hasta entonces con el *nòmos* divino. Antígona representa así, de sublime forma poética, el problema de la contraposición «antinómica» en el mundo griego. Problema que surge, no todavía del enfrentamiento entre dos distintas normas (12), sino de la imposibilidad de aplicar íntegramente una misma ley.

Dicha imposibilidad (antagonismo) se proyectará dramáticamente en la conciencia humana abocándola a elegir y, finalmente, a desobedecer. Considerada superior, la «versión» divina del *nòmos*, la metapositiva (primer esbozo de un Derecho Natural) comienza a constituirse en el punto de referencia para solventar el conflicto, fundamentando así la desobediencia a la norma emanada de la autoridad pública.

Es difícil, si no imposible, determinar una expresión certera para calificar la desobediencia o resistencia de Antígona (13), o la de Sócrates (14). Expresiones como

(11) El argumento de la tragedia es conocido: Antígona, decidiendo obedecer las *ágrapta nómina* (leyes no escritas de los dioses), da sepultura al cadáver de su hermano Polinice, muerto en la batalla de Tebas, violando así el decreto de Creón, rey de la ciudad, quien había ordenado dejar insepulto el cuerpo de éste, culpable de traición y agresión armada a su patria. Conducida ante Creón, quien le pregunta cómo ha osado violar sus leyes, Antígona responde: «Como que no era Júpiter quien me las había promulgado, ni tampoco Justicia, la compañera de los dioses infernales, ha impuesto esas leyes a los hombres, ni creí yo que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de manera que un mortal pudiese quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. Por esto no debía yo, por temor al castigo de ningún hombre, violarlas para exponerme a sufrir el castigo de los dioses» [SÓFOCLES: «Antígona» en, del mismo, *Tragedias*. trad. de F. Segundo, Edaf, Madrid, 1985 (págs. 293-345), pág. 314].

(12) La contraposición es más intranormativa que internormativa. En este sentido, G. COSÌ señala que «Antígona constituye el caso en el que por primera vez se manifiesta el contraste entre los elementos de un núcleo originariamente dotado de significado unívoco y uniforme, que había sido (y todavía era) central para la cultura griega; el contraste se produce, en concreto, entre diversas concepciones del *nòmos* y entre diversas concepciones de la *eusèbeia*» (*Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 118). Por contra, G. LO CASTRO habla de «due leggi contrarie, ma entrambe valide e giustificate (sebbene in ordini diversi)» [«Legge e coscienza», R. BOTTA (comp.): *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico (Atti del Convegno di Studi, Modena, 1990)*, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 80].

(13) C. LANGLADE-DEMOYEN ve en el personaje de Antígona el prototipo del objetor de conciencia (*L'objection de conscience dans les idées et les institutions*, París, 1958, págs. 28 y ss). Para G. COSÌ «la objeción, si así se la puede llamar, de Antígona es un hecho puro y simple: su gesto (...) no presenta la forma de una "testimonianza", ni mucho menos muestra contenidos conscientes de oposición a leyes positivas» (*Saggio sulla... op. cit.*, pág. 123).

(14) Entre otros casos también paradigmáticos está el de Sócrates, quien, atrapado igualmente en el engranaje de una contraposición antinómica (similar a la de Antígona: derecho divino y derecho emanado

«objeción de conciencia», «disenso», «desobediencia civil», etc., estando, como están, estrechamente ligadas a acontecimientos históricos e instituciones jurídicas posteriores al surgimiento del Estado Moderno (revolución burguesa, derechos individuales, Constitución, etc...) no son pacíficamente trasladables a aquella época sin peligro de incurrir en un anacronismo histórico. Pero, por otra parte, concibiéndolas dentro del *genus* «derecho de resistencia», nada empece a considerarlas como antecedentes de, al menos, algunas de las arriba citadas formas de desobediencia o resistencia.

Continuando con el ámbito «iusfilosófico» greco-clásico (15), la idea del derecho de resistencia se verá concretada en el contexto de la formación y desarrollo histórico del concepto de «tiranía» (16). Efectivamente, a medida que la idea griega de justicia vaya evolucionando (pasando de ser concebida como principio ordenador de la armonía universal a adquirir progresivamente connotaciones de virtud subjetiva), tal concepto de tiranía, tras la inicial ausencia de valoración moral o jurídica, irá adquiriendo un carácter de negatividad moral y/o ausencia de legitimidad en el ejercicio del poder. De esta forma, paralelamente a la evolución conceptual de dicha forma de gobierno, va a ir desarrollándose tanto la teoría como la práctica de la forma resistente usualmente denominada tiranicidio (17).

Siguiendo con nuestra selección de algunos hitos históricos del derecho de resistencia, haremos mención al surgimiento y desarrollo del panteísmo racionalista de los estoicos (identificando Dios, naturaleza y razón) pues, tal epifanía, supondrá un nuevo paso en el devenir histórico de las bases de fundamentación del derecho de resistencia. Con la llegada de los estoicos el *nómos* va a dejar de ser el *nómos* de la *pólis* (la ley-costumbre querida por la divinidad, origen de la simbiosis entre ciuda-

por los tribunales de la ciudad que injustamente le condenan a muerte), simboliza dramáticamente el problema de la obediencia/desobediencia a la ley injusta. *Vid.* al respecto: S. G. SALKEVER, quien ve en el Sócrates de *Critón* la figura de un desobediente civil potencial, «Virtue, obligations and politics», en *American Political Science Review*, núm. 68, 1974, págs. 78 y ss.; F. OLSEN: «Socrates on legal obligation: legitimation theory and civil disobedience», *Georgia Law Review*, 18, 1984, págs. 929 y ss. R. GARCÍA COTARELO considerará el caso de Sócrates como el «primer ejemplo» de desobediencia civil (*Resistencia y desobediencia civil*, Eudema, Madrid, 1987, págs. 138-139).

(15) Contexto que se va a regir por el desarrollo no uniforme de la contraposición normativa (ya esbozada, si bien en términos filosóficos, por los sofistas llamados «intelectuales») entre un *justo por ley* (leyes del Estado) y un *justo por naturaleza* (un derecho distinto y superior al positivo). Ésta será la contraposición desde la que se irán conformando diferentes (primigenias) versiones iusnaturalistas: voluntarista (intuida en las «leyes no escritas» obedecidas por Antígona), naturalista (la que mantiene Calicles en el *Gorgias* platónico), y la racionalista (la que profesarian sofistas como Hipias o Alcídanto). *Vid.* al respecto G. FASSO: *Historia de la filosofía del Derecho*, vol. I, Pirámide, Madrid, 1980, pág. 32 y ss.

(16) Ver en este sentido G. GARANCINI: «Diritto di resistenza, disobbedienza civile, obiezione di coscienza: profili storici», en B. PERRONE (ed.): *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 78; C. A. TORRES CARO: *El derecho de resistencia...*, *op. cit.*, págs. 188 y ss.

(17) Ver G. GARANCINI: «Diritto di resistenza,...», *op. cit.*, pág. 79.

dano y Estado), y va a sufrir un proceso de transformación, asumiendo dimensiones no sólo *politikòs*, sino también *kosmo-politikòs*, universales, y conllevando al mismo tiempo un proceso de interiorización y subjetivización (18). A medida que el proceso de universalización provoque el surgimiento de la primera formulación orgánica de la doctrina del derecho natural, el proceso de interiorización, fundamentado en aquél, generará, a su vez, la posibilidad de discernir y contrastar la ley positiva humana con aquella natural, universal (posibilidad inexistente en el mundo greco-clásico, en el que la ley del Estado estaba identificada como la querida por la divinidad). Contraste del cual podía surgir no sólo la posibilidad, sino también la obligatoriedad de una acción desobediente respecto a la autoridad pública.

Será, sin embargo, el Cristianismo el que por primera vez, al menos de forma explícita y decisiva, plantee la cuestión de los límites de la obediencia debida por el individuo al Estado. «La idea nueva de un destino sobrenatural del hombre, elevando la persona a una dignidad y a un valor que no había nunca tenido antes, conduce a una diferenciación de la unidad del Estado tal y como era concebido en Grecia y Roma; la conciencia moral se distingue de la práctica política, y se instaura así un diverso *rapporto tra l'uomo e lo stato*» (19).

Efectivamente, aunque la doctrina cristiana manda obedecer a la autoridad civil (20), establece también que se debe dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios (21); y si aquél, inmiscuyéndose en la esfera de Dios, contradice lo que éste manda o prohíbe, el/la cristiano/a tiene la obligación de resistirse a obedecer a la autoridad civil (obligación y no, todavía, derecho a resistir, pues la resistencia se concibe en este momento en su forma pasiva) (22).

(18) Para los estoicos, es decir, para la concepción panteísta de la racionalidad immanente al ser, la «verdadera» ley, la ley divina del cosmos, es la que se encuentra en todas partes y en ninguna en particular: no se puede encontrar en los libros o en las «tablas», pero se encuentra escrita en el interior del hombre, cfr. G. COSI: *Saggio sulla... op. cit.*, pág. 139.

(19) G. GARANCINI: «Diritto di resistenza...», *op. cit.*, pág. 81. Sobre la relación entre cristianismo y derecho de resistencia *vid.* también, entre otros, J. A. STÜTLER: «Das Widerstandsrecht und seine Rechtsfertigungsversuche im Altertum und in frühen Christentum», en A. KAUFMANN y L. BACHMANN (eds.): *Widerstandsrecht*, Druck und Einband, Darmstadt, 1972, págs. 1-58; A. MARRANZINI: «Cristianesimo e diritto alla resistenza», en AA.VV.: *Autonomia e diritto di resistenza, Studi Saresesi*, III, Giuffrè, Milano, 1973, págs. 169-186; C. A. TORRES CARO: *El derecho de resistencia... op. cit.*, págs. 203 y ss.

(20) Arraigando así en la primitiva cristiandad la doctrina de la «obediencia pasiva» (entre algunos pasajes bíblicos que hacen referencia a ella: SAN MATEO, 5, 21s., 38-48; SAN MARCOS, 12, 14-17; SAN LUCAS, 6, 27-36; SAN PABLO a los Romanos, 13-7; de la primera Carta de SAN PEDRO, 2, 13-18).

(21) «Reddite ergo quae sunt Caesaris, Caesari, et quae sunt Dei, Deo» (SAN MATEO, 22, 21; SAN MARCOS, 12, 17; SAN LUCAS 20, 25); «Obedire oportet Deo magis quam hominibus» (*Hechos de los Apóstoles*, 5,9).

(22) «La resistencia pasiva es la forma prevalente, si no la única, en que se expresa el disenso, la desobediencia en la primera fase, cuando la comunidad cristiana tiene frente al Estado un profundo sentimiento de autonomía *del tutto interiore*, esencialmente moral, y entre Iglesia y Estado no existe ninguna verdadera relación» (G. GARANCINI: «Diritto di resistenza...», *op. cit.*, págs. 81-82).

Esta resistencia o desobediencia pasiva (fundamento de la aceptación del «martirio») al César en nombre de la ley divina (y/o Derecho Natural) dejará poco a poco de reducirse sólo a su dimensión pasiva desde que el cristianismo devenga (23) religión oficial.

1.3. *El derecho de resistencia en la Edad Media*

Una vez que el cristianismo se convierta en religión oficial del imperio, y que el emperador actúe como otro *christifidelis*, pero, especialmente, una vez que la Iglesia contribuya a fundamentar el poder regio mediante su consagración (quien consagra puede desconsagrar), el emperador quedará sometido, como todo cristiano, al poder disciplinario de la Iglesia (incluso en el plano de las consecuencias políticas y legales) (24). Se asienta así la base de una «resistencia» que la doctrina alemana denomina «eclesiástica», una resistencia «que se distinguiría por un regular y formal procedimiento que precede y autoriza la desobediencia» (25).

Junto a este derecho de resistencia eclesiástico, hay que distinguir en el devenir de la Alta Edad Media un derecho de resistencia «germánico» [individual, de origen previo y sin formalidades, fundado a renglón de la idea de *fidelitas* (condicionada) entre el rey y súbdito], al que a su vez se agregará, con el desenvolvimiento del feudalismo, el derecho del vasallo a romper el ligamen feudal ante la violación del contrato feudal por parte del *senior* tras una formal *diffidatio*.

Esta agregación del «derecho de resistencia germánico y feudal, que descansa en el concepto de la fidelidad recíproca» (26), se formalizará a medida que vayan objetivándose las relaciones feudales y surgiendo las corporaciones estamentales, terminando por institucionalizarse como derecho básico del *regnum* frente al *rex* (27).

(23) Tras el Decreto de Tolerancia de Galerio (311) y el llamado «Edicto de Tolerancia de Milán» de Constantino (313).

(24) A medida que se desenvuelva la teoría eclesiástica de la autoridad, se considerará que la responsabilidad del monarca «no es exclusivamente ultraterrena: la Iglesia está autorizada para declarar el juicio de Dios; posee el poder de atar y desatar. Por consiguiente está en disposición de declarar cuándo un príncipe, por su conducta injusta, ha cesado de ser representante de Dios y por lo tanto persona investida de autoridad. La Iglesia quita al *tyrannus* el mandato que sólo corresponde al rey justo. La autoridad espiritual libera a los súbditos del deber, e incluso del derecho de obedecer en adelante a este monarca» [Fritz KERN: *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im Früheren Mittelalter*, 2.ª ed., Darmstadt, 1954 (trad. cast. de A. LÓPEZ-AMO: *Derechos del Rey y derechos del Pueblo*, Rialp, Madrid, 1955, pág. 219)].

(25) G. CASSANDRO: «Resistenza (Diritto di)», *op. cit.*, pág. 592. «La renuncia aparentemente apática de los antiguos cristianos a hacer mejor el Estado en su conjunto, se transformó en un heroico celo reformador que no se quiebra ante el obstáculo de los mandamientos de obediencia política, sino que se proclama contra el monarca en determinadas circunstancias en sagrado deber de la revolución» (F. KERN: *Derechos del Rey...*, *op. cit.*, págs. 173-174).

(26) F. KERN: *Derechos del Rey...*, *op. cit.*, pág. 220.

(27) «El *ius resistendi* propio de la Constitución Estamental, consagrado en la Carta Magna inglesa, en la Bula de Oro húngara y en la *Joyeuse Entrée* de Brabante y del que es expresión antológica el Privi-

Ello implica, como veremos a continuación, «la existencia de una base contractual del poder real, cuyo surgimiento no anula, sin embargo, la existencia del poder originario del *regnum*, personificado en los estamentos, de tal modo que la forma política queda caracterizada por un dualismo radical e insuperable» (28). De forma inversa, cuando acontezca el fenómeno de monopolización del poder por parte del monarca absoluto desaparecerá, junto a aquel dualismo, el fundamento y formalización de corte positivista del derecho de resistencia. Pero, vayamos por partes.

Desde la perspectiva del poder, el desarrollo de la Edad Media se caracterizará por la lucha dialéctica entre tres líneas de fuerza. De un lado, la ya mencionada doctrina de la «potestad eclesiástica» frente al Gobernante (investidura eclesiástica, derecho de resistencia eclesiástico, etc.).

De otro, abriéndose camino de forma laboriosa aunque efectiva, la idea del poder originario del pueblo (doctrina de la soberanía popular), pero un poder sometido al monarca como resultado de un pacto (*pactum subjectionis*) que, al imponerle condiciones a éste, hace posible, además de la configuración de un deber limitado de obediencia, la concreción histórica del derecho de resistencia para los supuestos de violación de aquel pacto (29). «Este deber limitado de obediencia y el derecho correspondiente de resistencia son la esencia misma de la teoría política democrática medieval. En ese punto, todas las teorías son coincidentes, sea que se fundaran en razones teocráticas o en la idea de contrato y, en este último caso, fuera que consideraran a la soberanía como transferida enteramente al príncipe o no. En ningún caso el poder del príncipe era considerado absoluto y definitivo, por diferentemente que se interpretaran cuáles eran sus límites» (30).

legio de la Unión aragonés, da lugar ya a un procedimiento jurídico formalizado, con trámites precisos para la salvaguarda de derechos concretos» (F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho...», *op. cit.*, pág. 915). En adelante, quedará «diferenciado el procedimiento judicial formal contra el rey de aquel derecho de resistencia carente de forma, que corresponde a todo súbdito contra toda autoridad, rey o señor territorial» (F. KERN: *Derechos del Rey...*, *op. cit.*, pág. 221).

(28) F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho...», *op. cit.*, pág. 915.

(29) Señala Alf Ross que probablemente la idea de un «contrato entre el rey y el pueblo» fue extraída por los pensadores medievales de su gran cantera de ideas, las Escrituras Sagradas y del concepto de soberanía popular. Dicha teoría contractual «puede ser utilizada para fundamentar el poder del príncipe tanto como puede ser citada para sustentar la democracia. Dos teorías se oponen desde tiempos antiguos. Para una, el contrato implica una transferencia irrevocable, incondicionada y más o menos completa del poder político al príncipe (*traslatio imperii*); para la otra, sólo importaba una delegación, limitada y condicional, del poder que debía ser ejercido y administrado en nombre del pueblo (*concessio imperii*). Fue esta última teoría la que encontró la aceptación más amplia en la Edad Media». Según esta concepción, el rey estaba atado, de un lado, por la ley divina (*lex naturalis*, puesta por encima del emperador y del papa) y, de otro, por la ley de la tierra (o conjunto tradicional de normas y principios jurídicos que él había confirmado en la coronación). «Si el rey violaba esos compromisos se convertía en un tirano y la población quedaba libre de todo deber de fidelidad en su respecto. Adquiría así el derecho de desobedecer sus mandatos y de ser necesario, el de deponerlo» (A. ROSS: *¿Por qué democracia?*, CEC, Madrid, 1989, págs. 26-28); *vid.* también M. A. ANDRADE ESTEVES: *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa, 1989, pág. 5 o pág. 17.

(30) A. ROSS: *¿Por qué democracia?*, *op. cit.*, págs. 27-28.

Por último, como tendencia para contrarrestar las citadas pretensiones papales y las «democráticas», comenzará a surgir, poco a poco, la teoría de un «derecho divino absoluto» fundamentado en la doble idea de un derecho monárquico de nacimiento y de la materialización de la consagración eclesiástica en un místico tabú, que hace inviolable al monarca y lo convierte en una persona cuasi-eclesiástica, en un vice-Deus (31) (teoría que cuajará históricamente en el Estado Moderno con las monarquías absolutas).

1.4. *Derecho de resistencia y Estado Moderno*

Con el final de la Edad Media y la llegada de la Reforma aparecen, correlativamente, las luchas de religión, la conversión modal de éstas en luchas políticas, y la emergencia del Estado que pretende imponer una religión «oficial» (*cuis regio eius et religio*) con la subsiguiente represión y persecución para quien no la compartía (32).

Será en este contexto histórico donde surgirán los monarcómacos, un grupo de autores de la segunda mitad del siglo XVI (especialmente hugonotes —calvinistas franceses— y varios autores católicos), ardientes defensores de los derechos del pueblo contra el poder regio, que vinieron a configurar «la formulación clásica del *ius resistendi*» (33). Formulación que encontrará su más depurada expresión teórica en Althusius (*Politica methodice digesta*, 1603), y una de sus plasmaciones históricas (prácticas) en el *Placaat* neerlandés de 1591 (con la que se inicia la rebelión de las Provincias Unidas contra España).

Sin embargo, con la llegada del Estado Moderno, y más concretamente con el proceso de afianzamiento del absolutismo (s. XVII), desaparecerá aquel dualismo radical que dejaba un lugar al derecho de resistencia en el derecho vigente (34). En la

(31) F. KERN: *Derechos del Rey...*, *op. cit.*, págs. 108 y ss. y 222. Esta idea será una de las claves del proceso de secularización, concentración y monopolización del poder que se irá generalizando en la evolución del *regnum* medieval al Estado Moderno.

(32) Para el estudio de la posición ante el *ius resistendi* de las principales corrientes de la Reforma véase P. CARVAJAL: «Derecho de resistencia...», *op. cit.*, págs. 78 y ss.

(33) Formulación que se configura más como una «obra de arquitectura que de creación original, en cuanto que consiste, fundamentalmente, en una ordenada combinación de materiales preexistentes, procedentes, de una parte, de la doctrina eclesiástica y de la especulación surgida con motivo de las luchas entre el Papado y el Imperio, y de la otra, del viejo derecho germánico, que alcanza una bien definida institucionalización en la llamada Constitución Estamental, típica de los reinos cristianos de la baja Edad Media» (F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho...», *op. cit.*, pág. 913). *Vid.* también G. NICOLETTI: *Sul diritto alla Resistenza*, Giuffrè, Milano, 1960, págs. 50 y ss.; J. FRANKLIN: *Constitutionalism and Resistance in the Sixteenth Century*, Pegasus, New York, 1969; G. PECES BARBA: *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 32 y ss.; A. BIRAL: «Dal diritto di resistenza alla ragion di Stato», *Il Centauro*, 10, 1984, págs. 3-22; C. A. TORRES CARO: *El derecho de resistencia ...*, *op. cit.*, págs. 257 y ss.

(34) «Aunque ni el dogma político básico del que la doctrina monarcómaca arranca (el de la soberanía popular), ni la principal categoría jurídica con la que opera (la del *pactum subjectionis*) proceden en

época de la Monarquía absoluta la formulación del derecho de resistencia deberá irse estructurando sobre base metapositiva, es decir, volviendo a los principios del Derecho Natural. En efecto, como señala F. Rubio Llorente, «en el siglo XVIII, toda la discusión en torno al contenido y condiciones del *ius resistendi*, que sigue siendo el tema fundamental de la Teoría del Estado se hace ya en términos estrictos de puro Derecho Natural, tanto entre sus defensores (Coccejus, Barbeyrac, Mably, etc.), como entre sus adversarios (Puffendorf, Thomasius, Wolf, y en general todo el iusnaturalismo conservador) con lo que adquiere, claro está, un tinte claramente revolucionario, de oposición al orden establecido» (35).

2. LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DEL DERECHO DE RESISTENCIA

Debilitado durante la época de la Monarquía absoluta, reducida su fundamentación a la dimensión iusnaturalista, el derecho de resistencia resurgirá precisamente desde este reducto con el iluminismo y especialmente con el espíritu liberal revolucionario, pero ahora no tanto o no sólo como un instrumento para preservar e intentar restablecer el contenido y los límites de un pacto, sino con nuevos ropajes, bajo la forma de un derecho (natural) individual-revolucionario orientado a la tutela del individuo frente a la opresión (36).

Una vez que se produce la transposición al plano de la subjetividad de los postulados de la ley natural (proceso que tiene lugar de los siglos XVI al XVIII) (37), el derecho de resistencia entrará a formar parte como derecho subjetivo de la mayoría de las diferentes Cartas o Declaraciones de derechos que proliferarán en la época revolucionaria.

No obstante, con ello no se habrá producido sino la primera fase del proceso de garantía de los derechos del hombre (entre ellos, del de resistencia), la fase de «iusnaturalización» y «formalización declarativa», fase a la que deberá seguir una segunda de «constitucionalización» de los mismos (38). Veamos brevemente ambas fases por separado, centrándonos en el devenir histórico del derecho de resistencia.

rigor del derecho positivo de la época, la doctrina misma es poco más que una generalización de este derecho positivo y un intento de elevar a principios universales y eternos las instituciones arraigadas en unos ordenamientos concretos, pues si no el dogma político, si la categoría jurídica es entendida en términos que coinciden casi exactamente con las normas del derecho vigente» (F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho...», *op. cit.*, pág. 916).

(35) F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho...», *op. cit.*, pág. 919.

(36) En este sentido *vid.* M. A. ANDRADE ESTEVES: *A Constitucionalização do Direito...* *op. cit.*, pág. 6.

(37) Cfr., entre otros, A. PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*. 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pág. 30 y ss.

(38) Sobre la distinción entre una fase de «fundamentalización» o «iusnaturalización» y una segunda de «constitucionalización» de los derechos subjetivos véase, entre otros, P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*. 25, 1989, págs. 35-62, espec. págs. 44 y ss.

2.1. La «formalización declarativa» del derecho de resistencia

Esta «formalización declarativa» tuvo su concreción histórica en las múltiples Cartas y Declaraciones de derechos, especialmente en las Declaraciones francesas y americanas (39), que proliferaron al albor de las revoluciones burguesas.

Dentro de las Declaraciones norteamericanas que recogen el derecho de resistencia cabe destacar la «Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia» (12-VI-1776) (40), la «Declaración de Independencia de los Estados Unidos» (4-VII-1776) (41), etc. (42). Debemos señalar que tal reconocimiento declarativo del derecho de resistencia tiene como una de sus fuentes más significativas a la doctrina de John Locke (1632-1704), comúnmente sintetizada, por lo que al derecho de resistencia se refiere, en su utilización de la expresión bíblica «*appeal to Heaven*» (llamada al Cielo) (43).

También los textos franceses van a mostrar un reconocimiento formal del derecho de resistencia. Así, la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano»

(39) Conviene tener en cuenta desde un comienzo que «las Declaraciones de Derechos francesas sólo van a compartir con sus hermanas americanas el momento de la “iusnaturalización”, pero no así —al menos de forma lograda—, el de la constitucionalización» (P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución...», *op. cit.*, pág. 44); *vid. también* E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994, págs. 65-71.

(40) En ella se proclama en su tercer apartado «que el Gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad [...]; y que cuando un Gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos propósitos (libertad y felicidad del pueblo, F.R.), una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, innegable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que se juzgue más conveniente al bien público». Igualmente ocurre en la «Declaración de Virginia» anexa al acto de ratificación de la Constitución Federal (1789).

(41) Declaración que en su parte inicial reza: «Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, [...]. La prudencia, claro está, enseña que no se deben cambiar por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; [...]. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, tiene el derecho, tiene el deber, de derrocar ese gobierno y establecer nuevas garantías para su futura seguridad».

(42) Así, se reconoce también dicho derecho en el artículo quinto de la «Declaración de derechos de los habitantes del Estado de Pennsylvania» (28-IX-1776); interesante resulta el reconocimiento que hace la Declaración de Maryland (11-XI-1776) acerca de que: «La doctrina de la no resistencia al poder arbitrario y a la opresión es absurda, propia de esclavos y nociva para el bien y la felicidad de los humanos»; artículo séptimo de la «Declaración de derechos» de Massachusetts (1780); décimo artículo de la «Declaración de Derechos» inserta en la Constitución de New Hampshire (1784).

(43) Cfr. en su célebre *The Second Treatise of Civil Government [Segundo Tratado sobre el Gobierno civil]* (trad. cast. de C. Mellizo sobre la edición póstuma de 1764), Alianza, Madrid, 1990, por ejemplo en cap. III, pág. 51, etc.; *vid. espec. cap. XIX*.

no» del 26 de agosto de 1789, en su artículo segundo, proclamaba que «la finalidad de toda asociación es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión» (44). Cabe destacar también la «Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano» contenida en la Constitución del 24 de junio de 1793, Declaración en la cual el derecho de resistencia vendrá todavía más enérgicamente configurado (45).

Salvando las ya aludidas distancias entre unas y otras, de la lectura conjunta de tales Declaraciones (46) cabe, para lo que aquí interesa, destacar dos ideas:

(44) Cfr. A. SAITTA: *Costituenti e Costituzioni della Francia Rivoluzionaria e Liberale (1789-1875)*, Giuffrè, Milano, 1975, pág. 251 (dentro de un estudio pormenorizado de la Declaración, págs. 1-281).

(45) De los 35 artículos de que constaba la Declaración, 5 se dedican al derecho de resistencia:

— art. 11, donde se afirma que «toda acción dirigida contra un hombre fuera de los casos y sin las formas que la ley determina es arbitraria y tiránica y aquél contra el que se quisiera ejecutar mediante la violencia tiene derecho a rechazarla mediante la fuerza»;

— art. 27: «que todo individuo que usurpe la soberanía sea al instante muerto por los hombres libres»;

— art. 33: «la resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre»;

— art. 34: «hay opresión del cuerpo social cuando se oprime a uno solo de sus miembros; hay opresión de cada uno de los miembros cuando el cuerpo social es oprimido».

— y el más conocido de todos, el art. 35, según el cual «cuando el Gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para éste y para cada una de sus partes el más sagrado de los derechos y la más indispensable de las obligaciones».

Hay que señalar que las arriba citadas, con ser las más conocidas, no fueron las únicas Declaraciones francesas que reconocían tal derecho. Al contrario, cualquier proyecto de Declaración que se presentara o discutiera no olvidaba su reconocimiento. Así, como contrapunto a la Declaración montañesa, cabe también reseñar «El Proyecto de Declaración de los Derechos Naturales, Cíviles y Políticos del Hombre», presentado junto con el «Proyecto de Constitución Francesa», luego conocido como girondina. Este Proyecto, del que sólo se discutió y votó la Declaración, fue presentado por Condorcet en nombre del Comité Constitucional de la Convención (formado, entre otros, por nombres tan ilustres como Siéyes, Thomas Paine, Brissot, Barère, Danton, el propio Condorcet,...) ante la misma el 15 de febrero de 1793. Declaración en la que también se observa un amplio y rotundo reconocimiento del derecho de resistencia a través de cuatro artículos: 1, 13, 31 y 32 (ver A. SAITTA: *Costituenti e Costituzioni...*, *op. cit.*, págs. 311-313).

(46) Por lo que a España se refiere, no existe por la misma época una formalización declarativa similar del derecho de resistencia. No obstante, R. M. Ruiz Lapeña entiende que el artículo 373 de la Constitución de 1812 («todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución») podría encerrar «un cierto reconocimiento implícito del derecho de resistencia, puesto que en la citada Constitución no se alude a ningún instrumento concreto de reclamación», de forma que «la defensa de la Constitución recae sobre el cuerpo de ciudadanos» (R. M. RUIZ LAPEÑA: *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 2). Sobre la naturaleza y particularidades del derecho de resistencia en Latinoamérica *vid.* R. GALLARDO: *Estudios de derecho constitucional americano comparado. Ensayos sobre la crisis del federalismo y el estado de insurrección permanente*, Ediciones Cultura hispánica, Madrid, 1961, págs. 118 y ss.; con especial referencia a Argentina A. ROMERO CARRANZA: *El derecho de resistencia a la opresión (Ensayo de derecho político)*, Omeba, Buenos Aires, 1967, págs. 75 y ss.

— En ellas, tras un flamante reconocimiento de la titularidad de la soberanía en el pueblo, aparece forjada una intrínseca e inescindible relación entre la nueva configuración funcional del poder político y la previsión de control del mismo, de forma que las Declaraciones emergen como instrumentos de proclamación de derechos y, por eso mismo, de limitación del poder (47). A esta idea responde la afirmación del derecho de resistencia como la *conséquence des autres droits des hommes* (48), la de ser el derecho-garantía para el disfrute de los otros derechos frente al ejercicio ilícito o ilegítimo del poder público.

— No obstante lo dicho, hay que recordar que en general estas Declaraciones eran textos donde se recogían enunciados de derechos, enunciados que no fueron concebidos como prescriptivos, esto es, como portadores de consecuencias jurídicas en sí mismos, sino como enunciados meramente asertivos, declarativos de derechos naturales (49).

Se trata pues, no de una formalización constitutiva, sino de una formalización declarativa de los mismos y, por tanto, del derecho de resistencia.

Será precisamente este flamante e ilimitado reconocimiento del derecho de resistencia, desligado ahora de los vínculos formales y sustanciales tradicionales, el

(47) Limitación que llegaba incluso a una estructuración formal del poder. De hecho, como señala P. CRUZ VILLALÓN: «Las Declaraciones..., no son sólo *declaraciones de derechos*, sino que las mismas incluyen el diseño básico de la estructura del Estado» («Formación y evolución...», *op. cit.*, pág. 44). Así, la mitad de los dieciséis artículos de los que consta la Declaración de Virginia —arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 14, 15— estaba dedicada a la estructura política del Estado, y el resto a los derechos individuales; igual ocurría con la Declaración francesa de 1789 —arts. 3, 6, 12, 13, 14, 15, 16— (*ibidem*, pág. 45). Si la «Declaración de la Unión» (las 10 enmiendas de la Constitución norteamericana, aprobadas el 15 de diciembre de 1791), o las declaraciones girondina y jacobina de 1793, o la de agosto de 1795, no contenían tal estructuración política formal (al margen de que ellas mismas venían, a la postre, a exigir, configurar y limitar el poder) era porque la misma iba a tener lugar en la Constitución misma para la que fueron concedidas.

(48) Art. 33 de la Declaración de 1793 (*vid. supra*).

(49) En contra de esta tesis, en lo que respecta a la Declaración de 1789, se manifiesta M. THOMANN («Origines et sources doctrinales de la Déclaration des droits», en *Droits*, 8, 1989, págs. 55-70), quien sostiene que, bajo un aparente iusnaturalismo, la Declaración se inspiraba en realidad en una concepción positivista y voluntarista del Derecho, por lo que la Asamblea no habría declarado, sino constituido, los derechos en ella enunciados. Refutando a su vez esta tesis, M. TROPER («Che cos'è la Dichiarazione dei diritti dell'uomo», trad. ital., en *Analisi e diritto*, a cargo de P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, Giappichelli, Torino, 1990, págs. 181-196) sostiene que el error de la misma «deriva de la falta de reconocimiento del terreno sobre el que debe situarse el debate, cosa que la lleva a establecer una engañosa ecuación entre iusnaturalismo y carácter asertivo, por una parte, y positivismo y carácter constitutivo, por otra, confundiendo así una cuestión de fuentes con una cuestión de contenido» (*ibidem*, pág. 191). No se trata de una cuestión de contenido, sino, por contra, de averiguar si los autores acordaron enunciar los derechos en cuanto derechos naturales, o simplemente en cuanto expresión de su voluntad, esto es, de describir la función que cumplían los citados enunciados de la Declaración. En este sentido, la cuestión se configurará como referida al estatuto modal de los citados enunciados, esto es, sobre su carácter preceptivo o asertivo. Partiendo de estas premisas de análisis, el estudio del texto llevará a afirmar a nuestro autor que «el texto de la Declaración era, por tanto, rectamente entendido por sus autores como compuesto por enunciados asertivos, esto es, declarativos de derechos naturales» (*ibidem*, pág. 196).

que elevará a primer plano la problemática cuestión de su posible/imposible positividad y, derivadamente, la de su existencia (50). En este nuevo contexto, y a través de la influencia de la literatura iuspublicista europea de fines del XVIII y comienzos del XIX (especialmente la alemana), el derecho de resistencia se convertirá, como mucho, en una hipótesis admitida en la teoría debido a las dificultades de organizar jurídicamente su ejercicio (51), para venir luego bajo la influencia y auge del positivismo jurídico, si no a desaparecer totalmente, a reducirse al ámbito del iusnaturalismo teológico.

Cada vez que el Derecho es identificado «sin más» con aquel que es «puesto» por el Estado (52), y/o todas aquellas veces en que la concepción del Derecho se «reduzca» a la Ley (en cuanto norma positiva emanada por el Estado), como ocurre con las posiciones esgrimidas desde el «positivismo jurídico» como teoría del derecho (53), deja de haber lugar para el derecho de resistencia, esto es, para el derecho

(50) Cfr. F. M. DE SANCTIS: «Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 995; también en, del mismo, *Dall'assolutismo alla democrazia*, Giappichelli, Torino, 1993, págs. 147-148.

(51) Cfr. G. GARANCINI: «Diritto di resistenza,...», *op. cit.*, pág. 131. Para G. CASSANDRO, quien refleja algunos de tales intentos de organización (pág. 606), «todos estos intentos de limitar el ejercicio del derecho de resistencia, estas tendencias de negarlo en vía de principio y de admitirlo como excepción, u opuestamente, de respetarlo en teoría pero de negarlo en la práctica, dejan fácilmente entrever que el paso sucesivo no podía ser otro que el del total rechazo del instituto» [«Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 607].

(52) Así, la doctrina alemana decimonónica del Estado de derecho, que continuará la tesis kantiana de la contradicción entre aquel tipo de Estado y el derecho de resistencia (sobre esta posición kantiana véase, por ejemplo, N. BILBENY: «Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil», *Anuario de Filosofía del Derecho* (n.e.), VI, 1989, págs. 23-31; W. SCHWARZ: «The right of resistance», *Ethics*, 74, 1964, págs. 126-134; F. CARPINTERO BENÍTEZ: «Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia», *AFD*, VII, 1990, págs. 404 y ss.). Dicha doctrina, sosteniendo el carácter soberano y originario del Estado, de un Estado que se funda sobre el Derecho para realizar el Derecho y que lo hace sin tolerar más límites que los que él mismo se imponga (teoría del Estado que se autolimita), hará desaparecer cualquier posibilidad de reconocer la existencia o la necesidad de cualquier otra esfera limitante como lo sería la del derecho de resistencia [vid. al respecto G. CASSANDRO: «Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 607; sobre el análisis de la tesis de autolimitación como único modo posible de limitación estatal y del Estado de Derecho como Estado legal vid. M. ARAGÓN REYES: «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *REDC*, 19, 1987, págs. 30 y ss.]. Como señala H. HELLER, una vez que Kant da «carácter absoluto a la validez del derecho positivo (...), el positivismo de la Teoría del Estado del continente europeo rechaza toda clase de derecho de resistencia, sacrificando por completo la juridicidad a la seguridad jurídica» (*Teoría del Estado*, FCE, México, 1985, pág. 244).

Algo similar ocurre cuando se idealiza el Estado o cuando se «diviniza» la «Voluntad General», ya que si la legitimidad del Derecho y/o del Estado es fundamentada en su idealidad absoluta (Hegel) o en la soberanía de aquélla (Rousseau), deja, automáticamente, de existir cualquier resquicio para legitimar una resistencia al poder público. En conclusión, «legitimidad popular y, sobre todo, monopolio del Derecho, parecen ser principios que excluyen la posibilidad de positivizar el derecho de resistencia» (F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho...», *op. cit.*, pág. 920).

(53) Sobre la multiplicidad de acepciones de que es susceptible la locución «positivismo jurídico» vid.: N. BOBBIO: *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1979. En este caso me refiero al positivismo jurídico no como «método» o teoría de la ciencia jurídica, ni tampoco como «ideología de la Justicia» (legalismo, positivismo meta-ético o formalismo jurídico; que, dicho sea de paso, exigiría igualmente una refutación del citado derecho, ya que no hay necesidad de resistir lo que, por válido, ya es jus-

de resistir contra las injusticias del poder público y/o del Estado. Lo contrario supondría entender que el Derecho (objetivo) reconoce la posibilidad (como derecho subjetivo) de ser resistido o desobedecido (54).

Surge así, paralelo a cualquier intento de formalización y/o reconocimiento positivo-institucional del derecho de resistencia, la imposibilidad de congeniar el mismo con el Derecho, la imposibilidad de superar la contradicción, como mínimo aparente, entre Derecho objetivo y el reconocimiento por parte de éste de un derecho de resistencia como derecho inalienable e imprescriptible de la persona a resistirse frente al poder público injusto o frente a los actos y/o disposiciones normativas del poder no conformes a Derecho.

2.2. La «constitucionalización» del derecho de resistencia

Pese a todo lo dicho hasta ahora, la mencionada contradicción pasa a ser, todo lo más, aparente cuando la expresión «positivación del derecho de resistencia» es entendida como «constitucionalización del derecho de resistencia» (55), esto es, como la asunción y/o vehiculación por parte del Derecho Constitucional (democrático) de la función de garantía que el derecho de resistencia (preconstitucional) cumplía (56).

to), sino como «teoría del Derecho» y, dentro de ésta, especialmente a la vertiente «normativista» (no tanto la del realismo) en tanto en cuanto sostiene la «reducción» del Derecho al derecho promulgado por la autoridad normativa (estatal). Para un análisis de la relación entre el derecho de resistencia y el «positivismo jurídico» *vid.*, entre otros, G. GARANCINI: «Diritto di resistenza...», *op. cit.*, págs. 130 y ss.

(54) La afirmación de este derecho será sólo posible «si se asigna a la persona humana, al hombre, un valor anterior a cualquier ordenamiento, si se considera que el hombre es aquello que da vida a la estructura social: lo que se encuentra en clara antítesis con un esquema exclusivamente estatista» (G. GARANCINI: «Diritto di resistenza...», *op. cit.*, pág. 135).

(55) «Desde el punto de vista institucional el Estado Liberal, después democrático (...), que fue instaurado poco a poco en los países más avanzados a lo largo del siglo pasado, se caracterizó por un proceso de asunción y reglamentación de las distintas exigencias provenientes de la burguesía en ascenso por medio de una contestación y de una delimitación del poder tradicional. Puesto que estas exigencias habían sido hechas en nombre o bajo la forma del derecho a la resistencia o a la revolución, *el proceso que dio lugar al Estado Liberal y democrático se puede correctamente llamar un proceso de "constitucionalización" del derecho de resistencia y revolución*» [N. BOBBIO: «La resistencia a la opresión, hoy», en, del mismo, *El tiempo de los derechos*, trad. cast. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, (págs. 189-202), pág. 191; cursiva añadida].

(56) «Sólo el concepto originario, revolucionario, de Constitución, como una forma política en la que el poder está dividido y los derechos fundamentales garantizados, puede explicar la desaparición de la vieja y fundamental institución del *ius resistendi*» (F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho...», *op. cit.*, pág. 909). «El paso del Estado autocrático al democrático se ha producido, técnicamente hablando, mediante el proceso de constitucionalización del derecho de resistencia, que ha transformado el derecho puramente natural de resistencia a la opresión, cuya legitimación siempre es póstuma, dependiendo del resultado, en un derecho positivo a la oposición, cuya legitimidad está preconstituida y, por lo tanto, es lícita cualquiera que sea el resultado» (N. BOBBIO, *Las ideologías y el poder en crisis*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 47).

En este sentido ya señalaba F. Rubio Llorente que la solución a la arriba descrita «aporía se encuentra precisamente en el concepto revolucionario de Constitución como una forma política en la que el poder está dividido y los derechos garantizados» (57), es decir, en «la Constitución como la simple positivación del derecho de resistencia en una situación de poder unificado y plena estatalización del Derecho» (58).

Hablar de la positivación o constitucionalización del derecho de resistencia no supone otra cosa que hablar de la constitucionalización [juridificación democrática (59)] de la garantía de los derechos, tanto frente al poder ejercido sin título legítimo (*absque titulo*), como frente al poder que, siendo legítimo en título, es arbitrariamente ejercido (ilegitimidad *ab exercitio*).

Como señala N. Bobbio, (1) la constitucionalización de la garantía contra el abuso en el ejercicio del poder se produce a través de dos instituciones típicas como son la separación de poderes (tanto vertical, entre los órganos al vértice de la administración central, como la horizontal entre los órganos centrales y periféricos en las distintas formas y cotas de autogobierno) y la subordinación del poder estatal, incluso de los órganos legislativos mismos, al Derecho (el llamado «constitucionalismo») (60).

(2) Por su parte, la constitucionalización de la garantía contra el poder ilegítimo (*absque titulo*) se produce a través de diversos remedios que pueden ser agrupables en las dos instituciones principales que caracterizan la concepción democrática del Estado. El primero es la «constitucionalización de la oposición» (convirtiendo en lícita la alternancia en el poder), y el segundo la «constitucionalización del poder del pueblo a sustituir a los gobernantes (...), de un poder que antes era reservado exclusivamente al hecho revolucionario», a través del sufragio universal masculino y femenino (61).

(57) *Ibidem*, pág. 922.

(58) *Ibidem*, pág. 909. Tesis, esta última, ya implícita según F. RUBIO LLORENTE en la famosa obra de K. WOLZENDORFF: *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Gewalt*. Scientia Verlag, Aalen, 1971 (reimpresión del original, Breslau, 1916).

(59) «En términos generales, el Estado constitucional no es más que el intento de juridificar la democracia» (M. ARAGÓN REYES: «Constitución y derechos fundamentales», *Quaderns de Treball*, 2, 1994, pág. 8; al respecto, véase también del mismo M. ARAGÓN: *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989).

(60) «La resistencia a la...», *op. cit.*, pág. 192.

(61) *Ibidem*, págs. 192-193. Para L. LÓPEZ GUERRA (quien parte de la posición de que «el derecho a la rebelión se predica respecto a otros ordenamientos», pues «reconocer el derecho de insurrección contra el propio ordenamiento [...] supondría admitir el carácter tiránico e ilegítimo del mismo»), «la traducción en Derecho positivo del reconocimiento (expreso o implícito) del derecho de resistencia contra (otros) regímenes tiránicos se encuentra, al menos, en dos instituciones, ambas recogidas en el ordenamiento español: el derecho de asilo y la negativa a la extradición por delitos políticos. Ambos implican un razonamiento subyacente: hay motivos que justifican la resistencia y la desobediencia al Derecho de otros países por parte de los ciudadanos de éstos, y entre esos motivos figura la lucha contra la ilegitimidad del régimen político *in toto*» («Algunas consideraciones sobre el derecho de resistencia: insurrección, resistencia y desobediencia civil», en AA.VV.: *Constitución y Derecho Público. Estudios en homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 264-265, énfasis en el original).

En otras palabras, la constitucionalización de las garantías contra la ilegitimidad y/o abusos del poder público sólo puede darse a través de la Constitución Democrática, aquella en la que el poder está «minimizado» (62), aquella en la que, como señala M. Aragon, el control del poder pasa a ser un elemento inseparable del concepto mismo de Constitución («Constitución normativa»), el elemento que pone en conexión inescindible el doble carácter instrumental-garantista y legitimador de la Constitución. De esta forma, «cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su “realización”; ocurre, simplemente, que no hay Constitución» (63) y, por tanto, tampoco positivación (constitucionalización) de la garantía contra la ilegitimidad y/o abusos del poder público (derecho de resistencia) (64).

Es así, como bien cabe señalar, que por la vía de la institucionalización de la participación democrática, de la división de poderes, la garantía efectiva de los derechos, etc., el Estado constitucional democrático (el Estado con «Constitución normativa») viene a desenvolver, salvando las distancias, una función idéntica a la afirmación en el período preconstitucional del derecho de resistencia (65). «Del dere-

(62) Y es que, como señala L. FERRAJOLI, «la función garantista del derecho consiste en general en la *minimizzazione* del poder, por otra parte absoluto: de los poderes privados, los cuales se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal; de los poderes públicos, los cuales se expresan en los arbitrios políticos y en los abusos policiales y administrativos. La técnica de esta minimización es aquella (...) de la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales, y de la correlativa limitación y funcionalización de las situaciones jurídicas de poder» (*Diritto e Ragione... op. cit.*, pág. 975), técnica únicamente arbitrable a través de la Constitución Democrática (al respecto *vid.*, del mismo L. FERRAJOLI: «Democrazia e costituzione», *Ragion Pratica*, vol. 2, 3, espec. págs. 231 y ss.).

(63) M. ARAGÓN REYES: «El control como...», *op. cit.*, pág. 52. Al margen de un uso, en términos loewensteinianos, nominalista o semántico de la expresión «Constitución», ésta implica no sólo la presencia de una pieza lógico-sistemática, formal y abstracta (de manera que puede pensarse que todo cualquier Estado tiene Constitución), sino sobre todo y esencialmente implica la presencia de un instrumento jurídico que expresa el principio de autodeterminación política comunitaria, presupuesto del principio de limitación y control del poder (de forma que, en puridad, sólo existe Constitución si ésta es democrática); sigue siendo válido en este sentido el concepto revolucionario de Constitución (art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789). Sobre todo ello véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1988, págs. 35 y ss.

(64) Positivación (constitucionalización) que, interesa reiterar ahora, no ha sido ni mucho menos sincrónica en la cultura jurídico-política occidental, pues mientras el «concepto de poder sometido a control será, desde los primeros momentos, la idea motriz del constitucionalismo norteamericano» (*ibidem*, pág. 26 y ss.), el constitucionalismo europeo no establecerá un sistema efectivo de control del poder hasta la segunda posguerra mundial que es cuando se organizará, bajo la denominación de Estado de Derecho democrático y social, un sistema de «restricciones efectivas al poder» (*ibidem*, págs. 28 y ss y 35 y ss.). Ver también E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lengua de los derechos... op. cit.*, pág. 138.

(65) Cfr. M. A. ANDRADE ESTEVES: *A Constitucionalização... op. cit.*, pág. 13; RUFFINI: *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, I. *La Libertà religiosa come diritto pubblico obbiettivo*, Torino, 1924, pág. 180, señalaba que «el concepto de derecho de resistencia se ha transfundido (*trasfuso*) en aquél de Estado de derecho, que ha concluido y coronado todo el desarrollo» [cita tomada de F. M. DE SANCTIS: «Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, págs. 999-1000]. Para G. PECES BARBA «a lo largo de la historia moder-

cho subjetivo a la resistencia se ha desarrollado un principio estructural y objetivo de la resistencia» (66), «una resistencia en el derecho constitucional mismo» (67),

na, uno de los signos de profundización de la democracia ha sido lo que he llamado "la institucionalización de la resistencia", es decir, la incorporación al ordenamiento jurídico de mecanismos de protesta frente a normas consideradas injustas, sin precedente en ningún sistema anterior. Algunos derechos, como la libertad de expresión, de prensa, de reunión y de asociación, y algunos mecanismos jurídicos de garantía de los derechos, como el recurso de amparo, o del propio sistema constitucional, como el recurso de inconstitucionalidad, son ejemplos de ese proceso» («Desobediencia civil y objeción de conciencia» en, del mismo, *Derecho y Derechos Fundamentales*. CEC, Madrid, 1993, P. 377). También L. VENTURA hace referencia a la existencia de determinadas «formas de resistencia que pueden verificarse dentro del Estado-Gobierno y, por tanto, del dispositivo institucional» (en cuanto actuadas por un órgano constitucional contra otro/s del mismo tipo, o dentro de algunos de ellos, los colegiados, por parte de las minorías) individualizando como tales los siguientes (refiriéndose al ordenamiento constitucional italiano): «el reenvío presidencial y el rechazo a la promulgación, la disolución de las cámaras, el rechazo a emanar decretos leyes y decretos legislativos, los remedios contra posibles desviaciones de la *Corte Costituzionale*, y el obstruccionismo parlamentario» (*Le sanzioni costituzionali*. Giuffrè, Milano, 1981, págs. 139-168). Para A. CERRI, «la acción contra los actos ilegítimos de la administración pública para la declaración de la nulidad relativa, o el recurso para la anulación ante el juez administrativo, naturales consecuencias del "Estado de derecho", constituyen un ejemplo de resistencia "directa" no violenta» [«Resistenza (diritto di)», *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, Roma, 1991, pág. 4]; por su parte E. GARCÍA DE ENTERRÍA hablará del proceso de «reconducción del derecho de resistencia hacia una acción judicial, por la que se pide al juez que restituya al demandante su situación arbitrariamente afectada por el agente que obra al margen o en contradicción con la ley» (*La lengua de los derechos...*, op. cit., pág. 140), proceso que acontecerá tras la Revolución Francesa en la esfera del Derecho Público; de forma similar C. LAFER: «La resistencia a la opresión y la desobediencia civil. La obligación político-jurídica» en, del mismo, *La reconstrucción de los Derechos Humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, FCE, México, 1994, pág. 218. Analizando las figuras del derecho a la huelga y el estado de necesidad como pruebas de la legalización por el sistema jurídico de actos desobedientes a ciertas normas jurídicas, R. COLSON: «La légalisation de la désobéissance à la loi. Le cas du droit de grève et de l'état de nécessité», *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 36, 1996, págs. 125 y ss..

(66) «(continúa) un principio estructural de la resistencia y del *impedimento* que más tarde (...), ha sido interpretado como "sistema di bilanciamento" o como principio de "challenge and response" (...). Los ideadores de la separación y del *impedimento* no tenían en mente ni más ni menos que instalar, mediante el sistema de poderes polarizados, una resistencia en el derecho constitucional mismo» (H. SCHOLLER: «Il diritto di resistenza nella Costituzione della Repubblica Federale di Germania e la Giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale», en la obra colectiva *Autonomia e diritto di resistenza*, op. cit., pág. 354). Tal estructuración jurídica hará, para C. SCHMITT, que «el derecho de resistencia se (convierta) de un derecho humano y de libertad en una competencia (*kompetenz*), es decir, en un derecho ciudadano concedido por el Estado. Al "organizarlo" se le ha desnaturalizado; tan pronto como se le racionaliza, queda racionado» (*La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, versión. cast. de J. Díaz García, Alianza, Madrid, 1985, págs. 310-311). En otra obra, el mismo C. SCHMITT, una vez de constatar cómo es usual concebir al derecho de resistencia como «una extrema garantía de la Constitución, para cuya protección y defensa debe servir», destaca que «sin embargo, la función constitucional del protector de la Constitución radica precisamente en suplir y hacer superfluo este general y eventualísimo derecho a la desobediencia y a la resistencia» (*La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 56).

(67) *Vid.* H. SCHOLLER: «Il diritto di resistenza...», op. cit., pág. 354.

perdiendo (o relativizando) así aquél la mayor parte de sus connotaciones individualistas tradicionales (68).

Sin embargo, esta constitucionalización del derecho de resistencia (preconstitucional) no implica la desaparición de la resistencia legítima (no institucionalizada) contra el poder (69), sino que, antes bien, implica una modulación de su fundamento, funciones y formas de concreción. Dicho de otra forma, la constitucionalización del derecho de resistencia al poder público no tiene por qué implicar la imposibilidad de justificar o legitimar constitucionalmente una resistencia (70). Lo que sí implica es la imposibilidad de hacerlo al margen del ordenamiento jurídico-constitucional (o de los principios de justicia en los que ésta y/o la comunidad política se sustenta) pues, en un Estado constitucional democrático, tanto la función de garantía del Derecho como el fundamento de la legitimidad para llevar a cabo tal función residen en la Constitución democrática (tal fundamento y función han sido asumidas, monopolizadas, por ésta) (71).

(68) *Ibidem*. «Este derecho de resistencia, en el sentido de un *strumentario oggettivo di norme costituzionali*, asume la función de garantía para la esfera de la libertad política (...). El derecho objetivo de resistencia como resultado de funciones estatales objetivas está excluido del ámbito de los derechos "subjetivos" del ciudadano, pero los garantiza con ello más intensamente» (*ibidem*, pág. 355).

(69) «El sistema mismo de la democracia viene concebido como una especie de institucionalización del derecho a la resistencia. Pero esta argumentación queda invalidada (*inficiata*) por una objeción válida de carácter pragmático: la cuestión de si una democracia protege realmente las ideas minoritarias es discutible (...). Por ello, se puede decir que la democracia hace ciertamente menos arduo el problema del derecho del individuo a la resistencia, pero no lo elimina» (F. NEUMANN: «Sui limiti di una disobbedienza giustificata», en *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, Bologna, 1973, pág. 108).

(70) La constitucionalización del derecho de resistencia sólo se puede producir a través de la forja de un sistema constitucional-democrático, esto es, en aquél sistema en el que, como señala G. ZAGREBELSY, se ha dado ya la superación de dos clásicos reduccionismos: el de la reducción de los derechos a la ley, y el de la reducción de la justicia a la ley (*Il diritto mite...*, *op. cit.*, 1992, págs. 57 y ss. y 123 y ss.). Dicho de otra forma, aquel fenómeno sólo se puede producir en un sistema en el que la legalidad no agota el marco de la legitimidad (ético-política).

(71) En este sentido R. DREIER señala que «en el Estado de derecho tiene sentido plantearse la cuestión de un derecho pre o supraestatal de resistencia sólo para aquél que considera que este Estado está pervertido y que sus instituciones son mera fachada que sirven, por ejemplo, para ocultar la dictadura del capital monopolista. Pero una concepción de este tipo, que declara que el Estado de derecho es un Estado arbitrario, puede por definición encontrar reconocimiento sólo una vez que el Estado ha sido destruido, o en otro Estado. Su reconocimiento en el Estado de derecho, mientras funcione como tal, sería absurdo o, dicho con otras palabras, equivaldría a su autoentrega. Pues mientras las instituciones del Estado de derecho, que por cierto no están inmunitizadas contra el peligro de pervertirse o de ser erosionadas, demuestren estar en condiciones de funcionar, la lucha por su mantenimiento puede y tiene que hacerse a través de los medios del derecho de resistencia acorde con la Constitución» («Derecho y Moral», en E. GARZÓN VALDÉS: *Derecho y Filosofía*, Ed. Alfa, Barcelona, 1985, págs. 99-100).

2.3. *Las formas de resistencia en el Estado Constitucional Democrático*

Situados ya en el contexto del Estado Constitucional Democrático, el Estado que ha operado la constitucionalización del derecho (subjetivo, natural, metapositivo) de resistencia, es posible realizar el siguiente intento de clasificación genérica de las («nuevas») formas de resistencia que pueden (fácticamente) operar en el mismo y/o contra el mismo:

a) Por una parte, estarían las formas revolucionarias o contraconstitucionales de resistencia (*v. gr.* la revolución, la desobediencia común o criminal, el terrorismo, el golpe de Estado, etc.), formas que ahora, constitucionalizado el derecho de resistencia, entenderemos ilegítimas por cuanto rechazan o no respetan la obligación política, ahora universalizable, fundamentada en la Constitución Democrática (72) (ya universalizable por estar fundamentado, precisamente, en la/una Constitución Democrática).

b) Por otra parte, estarían las formas constitucionales (intraordinamentales) de resistencia, aquellas que actúan dentro de los límites y márgenes de respeto al orden constitucional democrático. Orden que, como decíamos, ha operado la constitucionalización del derecho de resistencia clásico, vehiculando e institucionalizando diversas formas de garantía (formas de resistencia) contra el ejercicio arbitrario del poder (legítimo) o contra la hipotética presencia de un poder ilegítimo. Formas que, como acabamos de señalar, pueden todas ellas agruparse bajo el binomio conceptual inescindible: formas de «control del poder y/o garantía efectiva de los derechos fundamentales».

Esta nueva configuración de la resistencia constitucionalizada puede hacer pensar que la misma se identifica totalmente con una, llamémosle, formalización legalizada de los cauces de control y oposición al poder público, de forma que, más allá de los mismos, no hay lugar (ni necesidad) para hablar de la legitimidad constitucional de una resistencia o desobediencia contra dicho poder o sus actuaciones.

(72) Evidentemente, es la citada constitucionalización del derecho de resistencia (preconstitucional) la que las deslegitima o ilegítimiza. Ausente aquel fenómeno (esto es, ausente el Estado Constitucional Democrático), nada obsta para que tales formas o algunas de ellas sean consideradas legítimas. Un ejemplo para esclarecer esta modulación deslegitimante sobre algunas formas de resistencia consideradas/bles legítimas en un Estado no constitucional-democrático o preconstitucional democrático es el que cabe deducir de las palabras de Hermann Weinkauff, expresidente del Tribunal Federal de la República Federal Alemana, quien, después de enumerar las características del moderno estado totalitario, señala que cuando éstas están presentes, «la responsabilidad propia del pueblo del Estado por la degeneración del régimen jurídico emerge entonces de manera irrefrenable, de forma que la resistencia es permitida y demandada, resistencia activa y pasiva y, si fuera necesario, resistencia violenta. Luego, si no hubiera otros medios, también la muerte del tirano es permisible. Aquí ésta tendrá no el carácter legal de asesinato sino el carácter de ejecución lícita del transgresor» [*Vollmacht des Gewissens*, Alfr. Metzner Publ., Berlin, 1960, pág. 151 (cita tomada de W. SCHWARZ: «The right of resistance», *Ethics*, 74, 1964, pág. 128)]. Es obvio que la forma de resistencia que aquí se menta, totalmente identificable con las tesis tiránicas clásicas, sólo podría ser predicable como legítima en un Estado no constitucional o preconstitucional democrático, pero nunca vigente el Estado Constitucional Democrático.

Es decir, que hay lugar para concebir una resistencia legal o legalizada, pero no para una resistencia que, por ser al menos *prima facie* no legal o ilegal, fuera no contraconstitucional, no ilegítima.

Entendemos, sin embargo, que esta conclusión no es correcta. Podríamos decir que, de la misma forma que la legalidad participa de la legitimidad constitucional pero sin agotarla, tampoco las formas legales de oposición o resistencia, ni siquiera las formalmente constitucionalizadas, agotan el abanico o la gama de las formas constitucionalmente legítimas de resistencia. Es más, éstas actuarán, precisamente, cuando aquéllas sean inoperantes o ineficaces, esto es, en la medida que exista un margen de escisión entre legalidad y legitimidad.

Es cierto que, como señala R. Dreier, «en el curso de la historia del Estado de Derecho, el derecho clásico de resistencia, en la medida en que era definido a través de la invocación del derecho natural o de los derechos humanos o civiles preestatales, ha ido pasando cada vez más a segundo plano en virtud de la positivación estatal de los mismos y, sobre todo, de la ampliación de la protección judicial estatal», de forma que cabe «pensar en la tesis de que al menos allí donde (...) existe, primero, una codificación completa de derechos fundamentales y segundo, una protección jurídica completa, ya no hay necesidad de reconocer un derecho de resistencia».

Pero —continúa el citado autor— «con esto *tan sólo se ha desplazado el problema de la resistencia. Ahora se presenta como lucha por el derecho con los medios procesales y en las formas procesales del derecho*, como problema de justificación, sobre la base de los derechos fundamentales, de la desobediencia en el conflicto jurídico judicial» (73). De esta forma, concluye R. Dreier, «puede constatarse que un derecho de resistencia en este sentido, prescindiendo de la funcionalidad de la elección de la expresión y bajo reserva de una determinación más exacta de sus manifestaciones, presupuestos y límites, no es extraña al Estado constitucional, sino que, por el contrario, *pertenece esencialmente a él*. Pues, objetivamente *no se trata aquí más que del derecho a determinadas formas de ejercicio de los derechos fundamentales*» (74).

De forma similar constata G. Castiglia (75) que, si bien actualmente «la técnica de la “resistencia” está, en la mayor parte de sus manifestaciones, *normatizza-*

(73) R. DREIER: «Derecho y moral», *op. cit.*, pág. 98 (énfasis añadido).

(74) *Ibidem*, pág. 99 (énfasis añadido). A. REPOSO habla, en este sentido, de un «derecho que legitima la desobediencia al orden *legal* con el fin de asegurar la permanencia del orden *material* puesto en peligro por las violaciones y abusos cometidos por los titulares del poder público, particularmente en lo que atiene a los derechos inviolables del ciudadano» [*La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, pág. 136 (ver también págs. 50 y ss.); énfasis en el original]. Para P. BARILE «la resistencia, sea individual o colectiva, sea activa o pasiva, contra todas las *funzioni pubbliche* (y contra la actividad privada) que produzcan lesiones a los derechos fundamentales constituye un medio de defensa del régimen. La legalidad, en estos casos, “cambia de campo”: el sujeto privado, sea singular o colectivamente, tiene *derecho de resistir por motivos de legítima defensa*» (*Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, pág. 433).

(75) Para este autor «la “resistencia” no es otra cosa que la “autonomía” en su momento defensivo en relación a los otros poderes del estado-aparato o a los otros grupos organizados operantes dentro de la comu-

ta» (76), debe tenerse en cuenta que «junto a estas formas de resistencia legal, habría otras que podemos denominar legalitarias (*legalitarie*), que se pueden experimentar con todos los medios que ponen en discusión la legitimidad del funcionamiento del sistema jurídico o de algunas normas de dicho sistema, por cuanto ya no aceptadas consensuadamente e inadecuadas a la realidad del momento actual de la acción. Tales formas de “resistencia” pueden ejercitarse, por ejemplo, mediante la formación de comités de agitación, recogida de firmas, sentadas, etc., o bien en todas aquellas actividades que expresen una consciente voluntad participatoria y que, aunque no *normatizzate*, no tienen carácter de ilegitimidad» (77).

En este sentido, bien puede entenderse que allá donde se ha constitucionalizado el derecho de resistencia, esto es, en los Estados Constitucional-democráticos, la resistencia intraordinamental no se agota en la «resistencia» legal (legalizada o formalmente constitucionalizada). Aquélla abarca también a todo acto de desobediencia (infracción jurídica) que sea pro o endoconstitucional, «legalitario», a todos aquellos actos o conductas que, a pesar de configurarse como acciones de no obediencia u oposición no legal a determinadas normas o actuaciones del poder público consideradas injustas, no implican una actitud de rechazo del orden constitucional democrático vigente sino que, más bien, se caracterizan por ser conductas de respeto cuando no, incluso, de compromiso hacia el mismo, conductas en reivindicación de los valores y principios del orden constitucional democrático y de los derechos fundamentales (78).

En definitiva, abarca también a todo acto de resistencia que, pese a ser desobediente, se configura como un acto o conducta de respeto o de no rechazo respecto de la Constitución Democrática o de los principios de justicia que la informan y se reconocen en ella.

La diferencia entre las formas legales y/o legalizadas de oposición o «resistencia» (división de poderes, tutela judicial efectiva, huelga general, etc.) y las formas no legales pero endoconstitucionales («legalitarias»), respetuosas con el orden constitucional, estriba precisamente en que, mientras las primeras gozan de un reconocimiento jurídico-positivo y, por tanto, de una legitimidad jurídica, la legitimidad de las segundas es político-constitucional y el reconocimiento jurídico, si procede, será siempre *ex post facto*.

nidad. La “resistencia” consiste en hacer valer legalmente los derechos nacidos de la autonomía que el ordenamiento reconoce como tales a nivel constitucional u otros niveles normativos» («Nuove forme di “autonomia” e “resistenza” nel diritto pubblico», en AAVV: *Autonomia e diritto di resistenza*, *op. cit.*, pág. 447).

(76) Y señala, al respecto, la existencia de acciones ejercitables en vía administrativa o judicial frente a las provisiones del poder político que son tenidas por el sujeto como lesivas de su autonomía.

(77) *Ibidem*, págs. 447-448.

(78) Así, por ejemplo, R. CASARINI señala junto a la huelga general, la huelga política, «el obstructionismo técnico», otras formas de resistencia como la objeción de conciencia y la desobediencia civil, destacando que todas ellas participan de «un mínimo común denominador representado en el hecho de no rechazar el orden constituido, el sistema» («Il diritto di resistenza collettiva», en *Giustizia Penale*, 1978, pág. 130).

A nuestro entender existen diversas figuras de desobediencia o resistencia intra-constitucional. Entre ellas podríamos destacar las siguientes: la objeción de conciencia (no reconocida positivamente), la desobediencia civil, y las dos variantes contemporáneas (constitucionales) del derecho de resistencia: el llamado «derecho de resistencia individual o del particular» y el «derecho de resistencia (colectiva)» propiamente dicho, variables estas dos últimas, menos conocidas, a las que dedicaremos el siguiente epígrafe.

Las tres primeras figuras [objeción de conciencia (79), desobediencia civil (80) y «derecho de resistencia individual»] son formas que se configuran como formas de resistencia (constitucional) contra el ejercicio arbitrario o injusto del poder (legítimo en título). La última figura citada, «el derecho de resistencia (colectiva)», por su parte, se configuraría como una garantía reactiva contra el/un hipotético establecimiento de un poder ilegítimo en título.

(79) La objeción de conciencia se caracteriza como «el incumplimiento de un deber jurídico motivado por un dictamen de conciencia contrario al mismo», M. GASCÓN ABELLÁN: «A vueltas con la insubmisión», *Jueces para la Democracia*, 27, 1996, pág. 18; idéntica definición en su *Obediencia al Derecho y...*, *op. cit.*, pág. 85; para un análisis en profundidad sobre la objeción de conciencia puede acudirse inicialmente a J. LIMA TORRAO: «Bibliografía sobre objeción de conciencia al servicio militar», *Anuario de Derechos Humanos*, 7, 1990, págs. 89-111; G. GIOVETTI: «Una bibliografia sull'obiezione di coscienza», en B. PERRONE (ed.): *L'Obiezione di coscienza tra tutela...*, *op. cit.*, págs. 367-388; A. MILLÁN GARRIDO: «Bibliografía sobre objeción de conciencia al servicio militar y prestación social sustitutoria», *Revista General de Derecho*, 556-557, 1991, págs. 387-392; J. OLIVER ARAUJO: *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 377-505; J. CAMARASA CARRILLO: *Servicio militar y objeción de conciencia. Régimen jurídico de la exención del servicio militar por motivos de conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 277-285; G. ESCÓBAR ROCA: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1993, págs. 491-524; J. L. GORDILLO: *La objeción de conciencia. Ejercicio, individuo y responsabilidad moral*, Paidós, Barcelona, 1993, págs. 239-253; R. PALOMINO: *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho Norteamericano*, ed. Montecorvo, Madrid, 1994, págs. 433-440; R. NAVARRO VALLS y J. MARTÍNEZ TORRÓN: *Le obiezioni di coscienza. Profili di Diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995, págs. 213-233.

(80) Siguiendo una de las definiciones más clásicas podemos decir que la desobediencia civil es «... un acto público, no violento, hecho en conciencia, pero de carácter político, contrario a la ley, usualmente realizado con la intención de provocar un cambio *in the law or policies of the government*», J. RAWLS: «Definition and justification of civil disobedience», en H. A. BEDAU (ed.): *Civil Disobedience in Focus*, Routledge, London and New York, 1991, pág. 104. Para un estudio *in extenso* sobre esta figura *vid.* también, entre otros muchos, H. A. BEDAU (ed.): *Civil Disobedience. Theory and practice*, Macmillan Publishing Company, New York, 1969; E. GARZÓN VALDÉS: «Acerca de la desobediencia civil», *Sistema*, 42, 1981, págs. 79-92; J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA: «La desobediencia civil», *REDC*, 5, 1982, págs. 95-114; J. F. MALEM SEÑA: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988; P. HARRIS (ed.): *Civil Disobedience*, University Press of America, Lanham, 1989; R. SORIANO: *La desobediencia civil*, PPU, Barcelona, 1991; J. A. ESTÉVEZ ARAUJO: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994; M. J. FALCÓN Y TELLA: «La désobéissance civile», *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 39, 1997, págs. 27-67. Sobre las relaciones (de diferencia, semejanza, identidad, etcétera) entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil véanse, entre otros, L. PRIETO SANCHÍS: «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho», *Sistema*, 59, 1984, págs. 41 y ss.; M. GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho y...*, *op. cit.*, págs. 70 y ss., 84 y ss.

3. EL DERECHO DE RESISTENCIA CONSTITUCIONAL

3.1. *El derecho de resistencia constitucional (colectiva)*

Si de lo que se trata es de identificar el «derecho de resistencia constitucional» es evidente la necesidad de tener presente que lo que tenemos entre manos es la figura del derecho de resistencia en el contexto de un Estado Constitucional Democrático. Por lo tanto es imprescindible no confundir esta figura, pese a su denominación, con la del derecho de resistencia clásico o preconstitucional. Existe entre ambas figuras una relación de parentesco histórico y conceptual, pues las dos son formas de controlar el poder para la defensa de los derechos de los ciudadanos. Pero también es cierto que entre ambas existen diferencias notables, como son aquellas que derivan del diferente contexto jurídico-político al que se ligan una y otra (diferencias de fundamentación-justificación, función, límites de ejercicio, etc.).

El contexto jurídico-político en el que es posible identificar nuestro instituto es el que se da en los Estados constitucionales democráticos de la segunda posguerra mundial (a excepción de los EE.UU., que cuenta con una tradición constitucional democrática).

Dentro ya de este contexto puede resultar interesante distinguir entre los ordenamientos jurídicos en los que el reconocimiento del citado instituto aparece constitucionalmente «formalizado» y aquéllos en los que se encuentra ausente de la norma básica, ya que las razones aducidas por la mayoría de la doctrina constitucionalista para fundamentar la existencia de tal instituto, aun allá donde no está formalmente previsto, sirven, mejor que nada, para describir la naturaleza y caracteres del mismo.

1) Como ejemplo paradigmático de Constitución Democrática que recoge formalmente un reconocimiento del derecho de resistencia tenemos la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 20.4 (81) reza como sigue: «Cuando se hayan agotado todos los restantes medios, todos los alemanes tienen derecho a resistir frente a cualquier intento de desconocer el presente orden (constitucional)» (82).

(81) Se trata de un artículo introducido en la Ley Fundamental de Bonn (1949) en virtud de la reforma operada en su artículo 20 por la 17.^a Ley de reforma constitucional (24.6.1968). Para el estudio histórico del surgimiento del precepto *vid.* E. W. BÖCKENFÖRDE: «Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz», en *Juristen Zeitung*, 1970, págs. 168 y ss.

(82) La expresión «presente orden» está referida a los apartados precedentes del artículo 20, en los que se incluyen los principios constitucionales básicos de la Ley Federal. En ellos se establece que la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social, donde todo el poder proviene del pueblo, que designa a sus representantes a través de las elecciones, y que la legislación debe atenerse a la Constitución, y los poderes judicial y ejecutivo a la ley y al Derecho. Se trata de un artículo ligado, a su vez, al 79.3 (los apartados 1 y 2 se refieren al procedimiento de reforma de la Ley Fundamental), el cual señala que «no está permitida una modificación de esta Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Estados Federados, la participación básica de los Estados Federados en la legislación o los principios establecidos en los artículos 1 (protección de la dignidad del hombre) y 20». En este sentido se

Según la mayoría de la doctrina especializada dicho derecho de resistencia vendría configurado, más que como un derecho subjetivo en sentido estricto, como un «derecho-deber» de defensa de la Constitución, una defensa frente a cualquier atentado contra sus principios axiológico-estructurales. Un derecho-deber de sustituir al Estado, como individuo o colectividad, en la función de garantía del orden constitucional (83). La función garantista del derecho de resistencia presenta así una dimen-

ha señalado que el 20.4 actuaría como una especie de sanción frente a aquellos que violaren el citado artículo 79.3 (al respecto véase el análisis de E. GARZÓN VALDÉS: «Acercas de las limitaciones legales al soberano legal», *Sistema*, 43/44, 1981, págs. 46 y ss.). Como señala este último autor, es interesante observar que la inclusión del derecho de resistencia en la Ley Fundamental de Bonn (art. 20.4) se hizo como una suerte de contrapartida a la modificación de la Ley Fundamental para introducir las disposiciones sobre el estado de emergencia.

Además *vid.* dentro del derecho constitucional alemán: el art. 147 de la *Constitución de Hesse* (1946), en el que se recoge que todos tienen el derecho y el deber de oponer resistencia a un poder público que se ejerza de modo contrario a la Constitución; el art. 19 de la *Constitución de Bremen* (1947), según el cual, cuando los derechos humanos establecidos por la Constitución son lesionados inconstitucionalmente por los poderes públicos, la resistencia es un derecho y una obligación de todos los ciudadanos; o el 23, párrafo tercero de la *Constitución de Berlín*, donde el presupuesto del ejercicio del derecho de resistencia es una violación manifiesta de un derecho fundamental; el art. 6 de la *Constitución de la Marca de Brandeburgo*, en el que se señala que contra una ley en contraste con la moral y la humanidad subsiste un derecho de resistencia. Cfr. S. WÖHRER: *Das Widerstandsrecht in den deutschen Verfassungen nach 1945*, Frankfurt, 1973, espec. 86 y ss.

Igualmente ocurre en Portugal, donde el artículo 21 de la Constitución vigente reza: «todos têm direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública». Al respecto, *vid. in extenso*, M. A. ANDRADE ESTEVES: *A Constitucionalização...*, *op. cit.*, especialmente págs. 206 y ss.

Por lo que respecta a Francia, en el «primer» proyecto de constitución francesa de 1946 (19 de abril) el art. 21 preveía que «cuando el Gobierno viole la libertad y los derechos garantizados por la Constitución, la resistencia bajo cualquier forma es el más sagrado de los derechos y el más imperioso de los deberes»; pero este enunciado caería con el proyecto de constitución (mayo de 1946). Sin embargo, la vigente Constitución de 1958 incluye en su Preámbulo la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 de agosto de 1789, y, en este sentido, cabe entender que el derecho de resistencia (reconocido, como veíamos, en el art. 2.º de dicha Declaración) es también un derecho fundamental de la vigente Constitución, máxime partiendo del hecho que sucesivas resoluciones del Consejo Constitucional Francés han otorgado plena validez jurídica a los derechos del Preámbulo constitucional («invocado por vez primera expresamente en el fallo de 27 de diciembre de 1973, la violación por el legislador de la Declaración de 1789 no sólomente es objeto de examen por el Consejo Constitucional, sino que el espíritu de dicha Declaración justifica la anulación de la disposición legislativa atacada. Desde entonces se ha invocado y se ha tenido en cuenta en numerosas ocasiones», L. FAVOREAU: *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 108). Sobre este reconocimiento indirecto del derecho de resistencia véase G. MORELLI: *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne. Dalla «dottrina pura del diritto al sistema dell'ordinamento democratico positivo»*, PUCS, Milano, 1974, págs. 357 y ss.

(83) *In extenso*, y con diversos matices y puntualizaciones, *vid.* entre otros, además de los ya señalados: G. SCHEIDLE: *Das Widerstandsrecht. Entwickelt anhand der höchstrichterlichen Rechtssprechung der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1969; H. SCHOLLER: «Widerstand und Verfassung», en *Der Staat*, 8, 1969, págs. 19-39 o, del mismo, «Il diritto di resistenza nella Costituzione della Repubblica Federale di Germania e la Giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale» en AA.VV.: *Autonomia e diritto di resistenza*, *op. cit.*, págs. 351-364; K. DOERING: «Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes und das überpositives Recht», en *Der Staat*, 8, 1969, págs. 429-439; H. KRÖGER: *Widerstandsrecht und demo-*

sión predominantemente objetiva, puesto que el bien jurídico protegido es el orden constitucional liberal democrático. La función de aquel «derecho» sería, por tanto, la de constituir una garantía (subsidiaria y reactiva) del orden y principios estructurales de la Constitución, y en este sentido, principalmente, de los Derechos Fundamentales (84).

2) Pero, ¿cuál es la situación en los ordenamientos en los que no aparece un reconocimiento constitucional formal de dicho instituto? ¿Cabe entender que existe? Si es así, ¿en base a qué y con qué caracteres?

Estas cuestiones han sido ampliamente tratadas por la doctrina constitucionalista, en especial por la italiana debido al debate político y jurídico que se generó en torno a la iniciativa de reconocer o no formalmente el derecho de resistencia en la Constitución italiana de 1947. A pesar de que prevaleció la tesis de la no incorporación de tal reconocimiento formal a la Constitución (85), hay que señalar que la mayoría de la doctrina admite su implícita existencia (86). Por encima de puntuales

kratische Verfassung. Tubinga, 1971. *Vid.* especialmente los estudios al respecto recogidos en las obras colectivas: A. KAUFMANN y L. E. BACKMANN (eds.): *Widerstandsrecht*. Druck und Einbaud, Darmstadt, 1972; compilación de artículos sobre el derecho de resistencia por parte de autores como: E. Wolf, R. Hauser, G. Ritter, F. Bauer, P. Schneider, etc.

(84) Se ha señalado al respecto que el derecho de resistencia ve así «transmutada su función en cada uno de los diversos períodos históricos, a saber: de garante de la estabilidad de los poderes de los diversos cuerpos u órdenes, en el Estado estamental, a la tutela inorgánica y subsidiaria de los derechos fundamentales, en el Estado Constitucional» (M. A. ANDRADE ESTEVES: *A Constitucionalizaçao do...*, *op. cit.*, pág. 15; ver tam. págs. 6, 71 y ss. y 93 y ss.).

(85) El art. 50 del Proyecto de la vigente Constitución italiana disponía: «quando i poteri pubblici violino le libertà fondamentali ed i diritti garantiti dalla costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino». Sobre la historia del citado artículo y de las razones que se manejan para su definitiva no incorporación *vid.* por ejemplo, R. CASARINI: «Il diritto di resistenza collettiva», en *Giustizia Penale*, 1978, págs. 125-126; E. BETTINELLI: «Diritto di resistenza...», *op. cit.*, págs. 14 y ss.; A. CERRI: «Resistenza (diritto di)», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, pág. 7; *vid.* también A. REPOSO: *La disciplina dell'opposizione...*, *op. cit.*, quien analiza además las causas que explican la falta de inclusión (formal) del derecho de resistencia en la Constitución Americana (1787) y en las primeras diez enmiendas (1791) que entraron en vigor al momento de la instauración del gobierno federal (págs. 53 y ss. y 59 y ss.).

Para un análisis de la doctrina constitucionalista italiana sobre el derecho de resistencia constitucional, *vid.* por ejemplo, G. CASSANDRO: «Resistenza...», *op. cit.*, pág. 611; V. CRISAFULLI: «La sovranità popolare nella Costituzione italiana», en *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, 1957, págs. 456 y ss.; G. AMATO: «La sovranità nell'ordinamento italiano», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962, págs. 98-99; F. PERGOLES: *Diritto Costituzionale*, 15.ª ed., Cedam, Padova, 1963, II, pág. 161; G. MORELLI: *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne. Dalla «dottrina pura del diritto al sistema dell'ordinamento democratico positivo*, PUCS, Milano, 1974.; C. MORTATI: «Principii Fondamentali [art. 1-12]», *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, art. 1, pág. 32-33; C. MORTATI: *Istituzioni di diritto pubblico*, II, (9.ª ed.), Cedam, Padova, 1976, págs. 1245-1246; L. VENTURA: *Le sanzioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 203 y ss.; D. GALLO: *Dal dovere di obbedienza al diritto di resistenza*, De. del movimento nonviolento, Perugia, 1985, págs. 9 y ss.

(86) En este sentido C. MORTATI señalaba que «para contestar la admisibilidad del derecho de resistencia no vale remitirse a la decisión del Constituyente de eliminar la norma del proyecto que lo preveía.

matizaciones, la razón o título de legitimación principal que es invocada por la citada doctrina como fundamento del derecho de resistencia es la del principio democrático de la soberanía popular (87), «porque ésta, basada como está en la adhesión activa por parte de los ciudadanos a los valores consagrados en la Constitución, no puede no habilitar a cuantos sean más sensibles a asumir la función de su defensa y reintegración, cuando ello se evidencie necesario por la insuficiencia o la ausencia de los órganos para ello previstos» (88).

En realidad, de la discusión no emergen claramente los motivos del rechazo, muy contestado; pero parece haber sido prevalente la opinión de la inutilidad de una norma que regula los modos de ejercicio de un derecho que, por su propia naturaleza, escapa de predisposiciones abstractas» («Principii Fondamentali...», *op. cit.*, pág. 32). Reputándolo también «existente» «a pesar del silencio de los textos constitucionales» V. CRISAFULLI, para quien el así llamado derecho de resistencia «más que un derecho, consiste, por así decir, en un modo de explicar la *potestà spettante al popolo*, de una manifestación directa e inmediata de su soberanía, que se pone sobre el mismo plano de la explicación de la originaria potestad constituyente» («La sovranità popolare nella...», *op. cit.*, pág. 457); negando también que la falta de aprobación del art. 50.2 signifique la exclusión del derecho de resistencia del ordenamiento G. MORELLI: *Il diritto naturale...*, *op. cit.*, pág. 372; D. GALLO: *Dal dovere di obbedienza...*, *op. cit.*, pág. 9. También A. CERRI señala que «el rechazo de la propuesta, sin embargo, no quiere significar, según las palabras de aquellos mismos que se opusieron, el rechazo de los valores en ella presentes» [«Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 7]. Sobre la deducibilidad desde el sistema de un derecho de resistencia contra la destrucción de las libertades y de la democracia, a pesar del silencio constitucional, W. WERTENBRUCH: «Per una giustificazione della resistenza» en AAVV., *Autonomia e diritto di...*, *op. cit.*, pág. 339.

Para el caso del vigente ordenamiento constitucional español se ha señalado que, aunque el derecho de resistencia no tiene cobertura constitucional formal, «el ordenamiento jurídico, contemplado en su conjunto, refleja el reconocimiento del principio de no punibilidad de las actuaciones destinadas a defender, en casos extremos, ese mismo ordenamiento. Se trata de un reflejo parcial e incompleto del derecho, pero no por ello menos evidente» (L. LÓPEZ GUERRA: «Algunas consideraciones sobre...», *op. cit.*, pág. 271).

(87) Entre quienes mantienen esta posición (con variados matices internos) se encontrarían: V. CRISAFULLI: «La sovranità popolare nella...», *op. cit.*, pág. 456; G. AMATO: «La sovranità nell'ordinamento italiano», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962, pág. 98; C. LAVAGNA: *Istituzioni di diritto pubblico*, (5.ª ed.), Utet, Torino, 1982, pág. 88; P. BARILE: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, págs. 455-456; A. PIZZORUSSO: *Lezioni di diritto costituzionale*, ed. Il Foro italiano, Roma, 1981, pág. 95 (versión en castellano: *Lecciones de Derecho Constitucional*, I, CEC, Madrid, 1984, pág. 105); A. CERRI: «Resistenza (diritto di)», *op. cit.*, pág. 7; y especialmente C. MORTATI: «Principii Fondamentali...», *op. cit.*, pág. 32-33. En España, y en función del artículo 1.2 de la Constitución que establece que «la soberanía nacional reside en el pueblo»: M. A. GARCÍA HERRERA: «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución Española», *RFDUC* (n.e.), 2, 1979, págs. 118-119. Cabe también señalar a quienes, como CARBONE, consideran comprendido en el deber de observar la Constitución el deber de hacerla observar cuando esta observancia aparezca necesaria para realizar la solidaridad democrática (art. 2 de la Constitución italiana), integrando así el derecho y el deber de resistencia (*I doveri pubblici individuali nella costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, págs. 224 y ss.).

(88) C. MORTATI: «Principii fondamentali...», pág. 32. En este sentido, el citado profesor viene a considerar la resistencia (constitucional) como el segundo tipo de organización popular en el ejercicio de la soberanía popular (tipo contrapuesto-complementante al ejercicio de la misma a través del cuerpo electoral por vía del principio mayoritario). Tipo que surge y se configura activamente por vía informal, al margen de los esquemas normativos, y en virtud de germinación espontánea (sin conexión con el cuerpo

Atendiendo a su naturaleza jurídico-política, señala C. Mortati que esta función de garantía constitucional (89) no tiene por qué entrar en contradicción con su calificabilidad jurídica como «potere di fatto». «En realidad, esta calificación se refiere a la resistencia cuando ésta vaya dirigida a la subversión del orden *in atto*, es decir, como poder constituyente. En el sentido aquí entendido de reintegración de un orden violado, puede considerarse “fatto” bajo el aspecto de la ausencia de regulación jurídica de la actividad desarrollada (...), pero permaneciendo con todo en el campo del derecho, en consideración del objetivo perseguido» (90).

Esta resistencia, concluye el citado profesor, bien podría ser considerada como un «modo de manifestación del estado de excepción, caracterizado por el *arresto* de las formas legales cuando ello lo exija la *salus rei publicae*. Bajo otro aspecto la resistencia entra, también, en la categoría del *fatto*, dado que será el éxito obtenido el que lo haga factor de decisión política» (91).

electorales)», *ibidem*, pág. 32. Para A. PIZZORUSSO, «en la medida (...), en que el artículo 1.2 de la Constitución (italiana) atribuye la soberanía al pueblo “en las formas y con los límites de la Constitución” es claro que las hipótesis de un ejercicio directo de la soberanía por el pueblo según formas distintas de las previstas en la Constitución misma sólo podrá realizarse o bien con ocasión de una crisis del régimen en cuyo marco se efectúe una modificación extraconstitucional del ordenamiento vigente (una “revolución”, en sentido técnico) que el pueblo deba apoyar o rechazar, o bien en el caso en que pueda considerarse legítimo u obligado el ejercicio del “derecho” de resistencia frente a una autoridad ilegítima o atentatoria a la soberanía popular» (*Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, pág. 105).

(89) Sobre la función de garantía que cumple el citado instituto *vid.* por todos las obras de P. BARILE: *La Costituzione como norma giuridica*, G. Barberá ed., Firenze, 1951, págs. 100-103; *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1982, págs. 498-499; *Diritti dell'uomo e libertà...*, *op. cit.*, págs. 455-456. Este carácter de garantía es lo que permite distinguir indubitablemente el derecho de resistencia constitucional de la revolución (cfr. G. MORELLI: *Il diritto naturale nelle...*, *op. cit.*, pág. 340).

(90) C. MORTATI: «Principii fondamentali...», *op. cit.*, 33. Respecto a la naturaleza factual o no estrictamente positiva del derecho de resistencia, incluso allá donde éste está formalizado, señala E. GARZÓN VALDÉS, recogiendo las tesis de J. ISENSEE (*Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs 4 Grundgesetz*, Bad Homburg, Berlin-Zürich, 1969, págs. 79 y ss.), que «El derecho de resistencia, no obstante su formulación positiva constitucional, se encuentra más allá del orden pacífico estatal. “El derecho de resistencia es esencialmente lucha... La decisión acerca de la resistencia no sigue tanto la *ratio* jurídica cuanto la *ratio* política”(…). La autorización constitucional del derecho de resistencia tiene tan poco sentido como una “garantía de libertad en condiciones anárquicas”. Los casos en los que se puede recurrir a él son precisamente aquellos en los que el poder constitucional ha desaparecido: o bien es ineficaz, o bien ha sido sustituido por un poder eficaz pero contrario a las normas constitucionales antes vigentes. O, lo que es lo mismo: dentro del marco jurídico constitucional, el derecho de resistencia es de realización imposible. Como sanción jurídica desaparece... (y se) pone de manifiesto su carácter suprapositivo» (E. GARZÓN VALDÉS: «Acercas de las limitaciones legales...», *op. cit.*, págs. 48-49). Para N. BOBBIO, «jurídicamente el derecho de resistencia es un derecho secundario, del mismo modo que son normas secundarias las que procuran la protección de las primarias: es un derecho secundario que interviene en un segundo momento, cuando se conculcan los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad que son derechos primarios. (...) el derecho de resistencia interviene tutelando los otros derechos pero no puede a su vez ser tutelado y, por tanto, debe ejercerse por propia cuenta y riesgo» («La revolución Francesa y los derechos del hombre» en, del mismo, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pág. 141).

(91) C. MORTATI: «Principii fondamentali...», *op. cit.*, pág. 33.

En resumen, cabe concluir que el derecho de resistencia constitucional, ya esté o no formalizado en la Constitución o en las Leyes, se configura como una institución (bien como derecho-deber o bien como simple acto) de garantía constitucional, de carácter reactivo pero no jurisdiccional, subsidiaria e inorgánica, frente a las violaciones (graves y manifiestas) de los principios básicos del orden constitucional democrático. No se trata ahora de un derecho del ciudadano contra el poder del Estado (como lo es, básicamente, el derecho de resistencia preconstitucional), ahora constitucional-democrático, sino de un derecho-competencia para defender dicho orden.

En concreto, por lo que se refiere a los Derechos Fundamentales, la garantía que despliega el derecho de resistencia será sobre todo una garantía desplegada en cuanto éstos resultan ser un pilar básico imprescindible del orden democrático (garantía del Derecho objetivo), y no tanto una garantía directa contra una concreta violación de un derecho fundamental provocada por una decisión arbitraria del poder público (garantía de derecho/s subjetivo/s) (92).

3.2. *El derecho de resistencia «individual o del particular»*

Junto al instituto del derecho de resistencia que acabamos de ver, instituto que, en ocasiones, es también adjetivado como derecho de resistencia «colectiva» en atención a que se trata de un derecho cuyo sujeto es la colectividad ciudadana como órgano en defensa del bien jurídico «orden constitucional», es también posible encontrar la expresión «derecho de resistencia» calificada con el adjetivo «individual» o como «derecho de resistencia del particular» (93). Con el uso de la expresión «dere-

(92) «El derecho de resistencia es un derecho de la colectividad ciudadana como órgano. Su justificación debe tener lugar antes que nada en referencia al Estado, a la conservación o al restablecimiento de su ordenamiento global de Estado de derecho, y a la corresponsabilidad del ciudadano para con el Estado de derecho (...). No es un "derecho del hombre", ni respecto a su dimensión personal (...), ni con referencia a su objetiva esfera de aplicación, sino que es un verdadero "derecho del ciudadano". (...) es primariamente un derecho del pueblo (*Staatsvolk*) como órgano, y sólo secundariamente un derecho de las partes del órgano (grupos sociales, clases, etc., incluido el ciudadano particular)», W. WERTENBRUCH: «Per una giustificazione della resistenza», en AAVV: *Autonomia e diritto di...*, op. cit., págs. 336-337. De forma similar R. CASARINI señala que «entender el derecho aquí en examen como derecho individual de cada particular, directamente como derecho a la garantía de la inviolabilidad de todos los otros derechos, no parece cumplir la que es, en cambio, la característica *pregnante* de derecho a la tutela de la Constitución. Su justificación debe tener lugar antes que nada con referencia al Estado, a la conservación o al restablecimiento de su ordenamiento y a la corresponsabilidad del ciudadano para con el Estado de derecho» («Il diritto di resistenza collettiva», op. cit., pág. 130). El bien jurídico protegido por su ejercicio es el orden constitucional democrático (M. A. ANDRADE ESTEVES: *A Constitucionalizacao do Direito...*, op. cit., págs. 201 y ss.).

(93) En este sentido, por ejemplo, P. BARILE señala que mientras «mediante el derecho de resistencia *individual* el sujeto se opone directamente a la ejecución del acto inconstitucional (aunque siempre a su riesgo y a salvo la ejecutoriedad de las provisiones administrativas), mediante el derecho de resistencia *colectiva* los sujetos se oponen directamente al cambio de régimen» (*Istituzioni di diritto...*, op. cit.,

cho de resistencia individual» se suele hacer referencia a la existencia de una facultad de las personas para poder resistir legítimamente ciertas (muy determinadas) actuaciones del poder público.

A su vez, dentro de estas resistencias individuales legítimas es también posible distinguir entre aquellas resistencias originadas en un contexto de «relaciones de subordinación jerárquica» y aquellas otras que se generan en el contexto de unas «relaciones de mera subordinación» o de subordinación política de un particular respecto a los representantes del poder público (94).

Las primeras son aquellas realizadas por las propias autoridades, agentes o funcionarios públicos contra las órdenes o mandatos manifiestamente ilegales o arbitrarios de sus superiores jerárquicos.

Las segundas, que son las que ahora nos interesan, están siempre referidas a una concreta orden o mandato de la autoridad, de sus agentes o de un funcionario público (ciudadano/Poder Ejecutivo; ciudadano/Poder Judicial). Esto es, bien una resistencia contra una actividad ejecutoria de la Administración referida al sujeto resistente, o bien una desobediencia a una concreta y personalísima obligación.

Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, la posibilidad de que se dé esta resistencia individual jurídicamente legítima «se refleja en la norma que excluye los delitos de violencia, amenaza, resistencia y ultraje al funcionario público cuando éste hubiera dado origen al hecho [resistente] “*eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni*”» (art. 4 del decreto núm. 282/1944 que modifica el art. 337 del Código Penal italiano) (95).

En el ordenamiento español no existe una norma que refleje de forma tan clara como en el ordenamiento italiano la posibilidad de la resistencia individual o particular dentro del contexto de las «relaciones de mera subordinación» (96). No obs-

pág. 499; énfasis en el original; *vid.* también del mismo, *Diritti dell'uomo e libertà...*, *op. cit.*, págs. 452-457).

(94) Sobre la distinción entre ambas relaciones de sujeción véase, por ejemplo, J. J. QUERALT I JIMÉNEZ: *La obediencia debida en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1986, págs. 71 y ss.

(95) P. BARILE: *Diritti dell'uomo e libertà...*, *op. cit.*, págs. 453-454. Al respecto, *in extenso*, véase por ejemplo, E. MORSELLI: *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*, Cedam, Padova, 1966; S. KOSTORIS: «Qualche ulteriore riflessione sull'art. 4 del d. lgt. 14 settembre 1944 n. 288», *Archivio Penale*, I, 1971, págs. 313-319; G. AMENDOLA: «Atti arbitrari del pubblico ufficiale e legittima reazione del cittadino», *Giurisprudenza di Merito*, II, 1972, págs. 172-176; S. RAMAJOLI: «La resistenza individuale. Fondamento costituzionale e riflessi penali», *Archivio Penale*, II, 1972, págs. 22 y ss. Por lo que se refiere a la existencia de una cláusula normativa similar en el ordenamiento portugués o en el alemán, ver M. A. ANDRADE ESTEVES: *A Constitucionalização do...*, *op. cit.*, págs. 217 y ss.

(96) No ocurre así en el contexto de las «relaciones de subordinación jerárquica», pues el art. 410.2 del vigente Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre) señala que: «[n]o obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general» (modificando en parte los dictados del art. 369 del derogado CP). Al respecto *vid.* J. J. QUERALT I JIMÉNEZ: *La obediencia debida...*, *op. cit.*, págs. 271 y ss. *Vid.* también el artículo 5.1.d de la LO 2/86, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, o el art. 31 de la Ley de la Policía Vasca.

tante, puede entenderse que aquellos que se «resistan» (a una ejecución autoritaria) o «desobedezcan» (una obligación personalísima) incurrirán en alguno de los tipos delictivos de «atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia» (regulados en los arts. 550-556 y 634 del Código Penal), *a no ser que* la autoridad o agentes o funcionarios públicos resistidos o desobedecidos se hayan «extralimitado» en sus funciones (STS 2.ª, de 31 de marzo de 1988).

«Estas situaciones se producen cuando (las autoridades, agentes, etc.) insultan, provocan y se dirigen con actitud amenazadora contra las personas a quienes intentan imponer su mandato; cuando emplean coacciones o malos tratos no determinantes de un propio estado de defensa (STS 2.ª 24-6-94); cuando se ejerce una represión para la que el funcionario o autoridad no tiene atribuciones (STS 2.ª 13-11-92); o cuando el ejercicio de la función pública se impregna de excesos, abusos, extralimitaciones, ilegalidades, violencias innecesarias o actitud altanera o despectiva (STS 2.ª 15-10-90). En todo caso, las extralimitaciones han de ser graves, negándose que la pérdida de la tutela penal pueda ocurrir si se trata de extralimitaciones leves (STS 2.ª 3-2-93)» (97).

La doctrina penalista no se pone de acuerdo a la hora de analizar los fundamentos jurídicos que permiten determinar la legitimidad o corrección de estas resistencias individuales.

Así, para unos, dicha legitimidad descansa en la «*nullidad radical* del acto» resistido, ya que en tales casos «la ilegitimidad de la actuación [resistida] provocará la falta de un elemento del tipo: el funcionario no se hallará en el ejercicio de funciones públicas. Por consiguiente, no será necesario acudir a las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho) para extraer la conclusión de la impunidad de la conducta que actúa el derecho de resistencia» (98). A idéntica conclusión habría que llegar también en el caso de las «extralimitaciones», ya que en tanto se extralimita, el funcionario no ejerce la función pública y, en consecuencia, no se cumplen los tipos penales correspondientes (99). Si partimos de esta base, hay que llegar a la conclusión de que las resistencias legítimas no son auténticas resistencias al Derecho, o dicho de otra manera, no son resistencias infractoras jurídicamente justificadas, sino que son resistencias no infractoras.

Otros autores, por el contrario, se inclinan por la consideración (que aquí compartimos) de que, tratándose de una conducta típica, su valoración como jurídica-

(97) J. GARCÍA SAN PEDRO: «Delitos contra el orden público», *Cuadernos de la Guardia Civil*, 15, 1996, pág. 454; *vid.* también J. MESTRE LÓPEZ: *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*. Bosch, Barcelona, 1988, págs. 32-33; J. M. PRATS CANUT, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y J. M. VALLE MUÑIZ: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1528-1529; C. JUANATEY, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(98) T. S. VIVES ANTÓN *et alii*: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 790.

(99) *Ibidem*, pág. 790.

mente correcta responderá únicamente a la aplicación de alguna causa de justificación (100), esto es, a la consideración de que la realización del tipo penal de «resistencia» o «desobediencia» estaba jurídicamente justificada en el caso concreto dadas las circunstancias del mismo. Aplicación de unas causas de justificación (legal) que hace referencia de alguna forma a la prevalencia en el caso concreto de unos bienes jurídicamente protegidos (derechos, etc.) frente a aquel otro que protegen los tipos delictivos de «atentado», «resistencia» y «desobediencia» (101).

De cualquier forma, de lo dicho hasta ahora bien puede deducirse que ni el derecho de resistencia (constitucional) colectiva ni la variante conocida como «individual o del particular» son o se configuran como un derecho en sentido estricto (*legal right*), al menos no como un derecho subjetivo autónomo, sino más bien, como una facultad o competencia de las personas ínsita en la propia dinámica del ejercicio legítimo de los derechos y en el reconocimiento de los principios constitucionales democráticos.

4. CONCLUSIÓN

La aparición del constitucionalismo democrático implica la aparición de un parámetro válido, en cuanto objetivo y universalizable, para la determinación de la legitimidad ético-política o civilidad de las formas de resistencia al poder público por motivos de justicia.

Ello, en realidad, se debe a que con el surgimiento de la Constitución democrática se consigue la juridificación democrática del histórico derecho de resistencia contra las injusticias del poder público ilegítimo en título o en ejercicio, la juridificación democrática de las formas de control del poder y garantía de los derechos y libertades.

Esta constitucionalización del derecho de resistencia no implica, sin embargo, la desaparición de la resistencia legítima contra el poder público (buena prueba de ello es la existencia de las modalidades de derecho de resistencia que acabamos de analizar), esto es, la imposibilidad de legitimar una resistencia al mismo. Lo que sí implica es la imposibilidad de llevar a cabo (de forma legítima) una resistencia al margen

(100) Al respecto, y analizando en qué casos procede aplicar la legítima defensa o el estado de necesidad ante «actos antijurídicos (de la Administración) formalmente obligatorios» (pueden no serlo, por ejemplo, los que manifiestamente constituyan delito), F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial*, 11.ª ed., Tirant, Valencia, 1996, pág. 762. Para un análisis *in extenso* de los «mandatos antijurídicos vinculantes» vid. J. J. QUERALTI JIMÉNEZ: *La obediencia debida en el Derecho Penal*, *op. cit.*, págs. 211 y ss.

(101) Dentro del marco de la Constitución de 1978 es indudable que el bien jurídico protegido por estos tipos penales debe fundarse «en las necesidades propias de la función pública, como servicio a los ciudadanos, cuya alteración redundaría en perjuicio de éstos, los cuales tienen el derecho a reclamar que la función pública se ejerza conforme a derecho, tanto por parte de los agentes como por parte de terceros que se relacionen con éstos, y ahí es donde cabe buscar la fundamentación de estos delitos» [J. M. PRATS CANUT en G. QUINTERO (dir.) y J. M. VALLE (coord.): *Comentarios a la parte...*, *op. cit.*, pág. 1525].

o en contra de los principios de justicia que fundamentan el ordenamiento jurídico-constitucional ya que, como se ha visto, en un Estado constitucional-democrático, tanto la función de garantía del Derecho como el fundamento de la legitimidad para desarrollar tal función residen en la Constitución democrática y/o en los principios de justicia que la caracterizan y son reconocibles en ella.

